

Roj: **STS 240/2007** - ECLI: **ES:TS:2007:240**Id Cendoj: **28079120012007100016**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **16/01/2007**Nº de Recurso: **1043/2006**Nº de Resolución: **2/2007**Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**Ponente: **DIEGO ANTONIO RAMOS GANCEDO**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciséis de Enero de dos mil siete.

En los recursos de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, que ante Nos penden, interpuestos por el MINISTERIO FISCAL y por los acusados Oscar y Carlos José, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Sexta, que les condenó por delitos de lesiones y daños, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Diego Ramos Gancedo, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dichos recurrentes acusados representados por la Procuradora Sra. González Díez y la parte recurrida Benito, representado por la Procuradora Sra. García Mallén.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción nº 22 de Barcelona, instruyó sumario con el nº 3 de 2.004 contra Oscar y Carlos José, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Sexta, que con fecha 7 de marzo de 2.006 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados: Ha sido probado, y así expresa y terminantemente se declara que en la madrugada del día 11 de julio de 2.003 se encontraban los acusados Oscar (mayor de edad y sin antecedentes penales) y Carlos José (también mayor de edad y sin antecedentes penales) alternando por los locales de ocio sitios en el Puerto Olímpico de Barcelona. Siendo aproximadamente las 4,45 horas, se dirigían a coger su vehículo cuando -por circunstancias que no han podido ser determinadas, pero que en ningún caso generaron ninguna lesión o perjuicio de entidad a ninguno de ellos-, iniciaron una discusión con Benito, que en ese momento se disponía a abandonar con su vehículo el recinto portuario. Como quiera que Benito hubo de detener su vehículo delante de la barrera que franquea el acceso al parking del lugar, fue alcanzado por los acusados, quienes le abordaron de forma violenta. Armado ya en ese momento Oscar con un bastón terminado en una bola de hierro, al menos él la emprendió a golpes con el turismo propiedad de Benito, reventando capó, puertas y ventanas hasta dejar el vehículo en un estado exterior de total destrozo, alcando el importe de su reparación la cantidad de 2.712,44 euros. Al tiempo, asumiendo ambos acusados la determinación de agredir al conductor y hacerle pagar con dolor la que ellos estimaran que era la afrenta, colocándose al lado de la puerta del conductor comenzaron a golpear a éste desde fuera del vehículo, causándole importantes lesiones que determinaron que el habitáculo del automóvil quedara con ostensibles manchas de sangre. A fuerza de violencia y golpes, sacaron o forzaron a salir del vehículo al atacado, para una vez en el exterior continuar entre ambos una brutal agresión que incluyó la utilización contundente del palo antes descrito y que abatió literalmente al Sr. Benito, a quien siguieron golpeando en el suelo con patadas hasta dejarlo inconsciente y tendido en un charco de sangre. Machacado su objetivo, los acusados se dirigieron a su propio vehículo, siendo detenidos por la policía cuando trataban de salir del recinto de aparcamiento. Consecuencia de la agresión, Benito sufrió traumatismo craneo-encefálico, heridas contusas craneales, heridas penetrantes palpebrales en ojo izquierdo con subluxación de cristalino, prolapso de humor vítreo a cámara anterior, hipertensión ocular, catarata traumática y uveitis. Para alcanzar la sanidad, y a falta de una eventual operación de cirugía estética, el Sr. Benito precisó de 275 días durante los



cuales se vio imposibilitado para el normal desarrollo de sus funciones, siendo tres de ellos de hospitalización y precisando de tratamiento quirúrgico y farmacoterapia. Como consecuencia de las graves lesiones en el ojo izquierdo ha quedado en éste sin cristalino, de suerte que la defectuosa proyección de la luz en su retina le determina una absoluta pérdida funcional de la visión, por estar únicamente capacitado para la percepción de sombras, si bien alcanzando una agudez visual de aproximadamente el 50% mediante la colocación de una lente ocular interna o externa. El lesionado sufre además como secuela una ptosis palpebral izquierda y una cicatriz longitudinal de 4 cm., 2 cm. transversal, irregulares, con zonas engrosadas en ambos párpados del ojo izquierdo, así como quemosis conjuntiva y asimetría ocular, que por sí misma y por su modificación de la expresión facial y visual, constituyen un defecto estético importante. El acusado ha desembolsado hasta la fecha 707 euros en prótesis visuales, teniendo cada lente externa un precio mínimo de 45 euros.

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos a Oscar y a Carlos José como autores responsables de un delito de lesiones del artículo 150 del C.P., concurriendo la agravante de abuso de superioridad del artículo 22.2 del C.P., a la pena de prisión por tiempo de 4 años y 6 meses para cada uno de ellos e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; condenando como condenamos a Oscar como autor de un delito de daños del artículo 263 del C.P., con la circunstancia atenuante de reparación del artículo 21.5 del C.P. a la pena de 6 meses multa en cuota diaria de 15 euros. Condenamos igualmente a Oscar y a Carlos José a que indemnicen conjunta y solidariamente a Benito en 70.707 euros por las lesiones causadas, secuelas que le restan y gastos médicos inherentes a las mismas, y a Oscar a que indemnice a Benito en la cantidad de 2.712,44 euros por los daños causados en su vehículo. Que debemos absolver y absolvemos a Carlos José del delito de daños del que venía acusado. Todo ello condenando como condenamos a Oscar al pago de la mitad de las costas procesales causadas y a Carlos José al pago de un cuarto de las mismas, declarándose de oficio el resto de ellas. Aplíquense las cantidades consignadas al pago de las reparaciones económicas declaradas, declarándose de abono la totalidad del tiempo que hubiesen estado privados de libertad por la presente causa, siempre que no se les hubiere computado en otras. Notifíquese esta sentencia al Ministerio Fiscal y resto de partes personadas y hágaseles saber que contra la misma podrán interponer recurso extraordinario de casación por infracción de ley o quebrantamiento de forma que habrá de prepararse ante este mismo órgano jurisdiccional en el término de cinco días a partir de la fecha de notificación de la presente resolución.

3.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, por el Ministerio Fiscal y por las representaciones de los acusados Oscar y Carlos José, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

4.- I.- El recurso interpuesto por el MINISTERIO FISCAL, lo basó en el siguiente MOTIVO DE CASACION: Motivo único.- Por infracción de ley del nº 1 del art. 849 L.E.Cr., por inaplicación indebida del art. 149 del C. Penal (delito de lesiones por pérdida o inutilidad de miembro principal).

II.- El recurso interpuesto por la representación del acusado Carlos José, lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION: Primero.- Infracción de ley del artículo 849.2 L.E.Cr., por existir error en la apreciación de la prueba basado en documentos obrantes en autos; Segundo.- Infracción de precepto constitucional del artículo 852 de la L.E.Cr. en relación con el artículo 5.4 L.O.P.J., al entenderse vulnerado el derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la C.E.; Tercero.- Infracción de precepto constitucional del artículo 852 de la L.E.Cr. en relación con el artículo 5.4 L.O.P.J., al entenderse vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la C.E. en su vertiente de falta de motivación; Cuarto.- Infracción de precepto constitucional del artículo 5.4 L.O.P.J., al entenderse vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 de la C.E.; Quinto.- Infracción de ley del artículo 849.1 L.E.Cr., por indebida aplicación del art. 150 del Código Penal; Sexto.- Infracción de ley del artículo 849.1 L.E.Cr., por inaplicación del art. 21.5 del Código Penal; Séptimo.- Infracción de ley del artículo 849.1 L.E.Cr., por indebida aplicación del art. 22.2 del Código Penal.

III.- El recurso interpuesto por la representación del acusado Oscar, lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION: Primero.- Infracción de ley del artículo 849.2 L.E.Cr., por existir error en la apreciación de la prueba basado en documentos obrantes en autos; Segundo.- Infracción de precepto constitucional del artículo 852 de la L.E.Cr. en relación con el artículo 5.4 L.O.P.J. al entenderse vulnerado el derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la C.E.; Tercero.- Infracción de precepto constitucional del artículo 852 L.E.Cr. en relación con el artículo 5.4 L.O.P.J., al entenderse vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la C.E. en su vertiente de falta de motivación; Cuarto.- Infracción de precepto constitucional del artículo 5.4 L.O.P.J., al entenderse vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 de la C.E.; Quinto.- Infracción de ley del artículo 849.1 de la L.E.Cr., por indebida aplicación del art. 150 del Código Penal; Sexto.- Infracción de ley del artículo 849.1 L.E.Cr., por inaplicación del art. 21.5 del Código Penal; Séptimo.- Infracción de ley del artículo 849.1 de la L.E.Cr., por indebida aplicación del art. 22.2 del Código Penal. 5.-



Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos por la representación de los acusados, solicitó la inadmisión de los mismos y subsidiaria desestimación, dándose igualmente por instruida la representación de la parte recurrida, apoyando el recurso del Ministerio Fiscal y oponiéndose a la admisión de todos los motivos formulados por los acusados, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 9 de enero de 2.007.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La A.P. de Barcelona dictó sentencia por la que condenaba a los acusados Oscar y Carlos José como autores responsables de un delito de lesiones previsto y penado en el art. 150 C.P. con la concurrencia de la circunstancia agravante de abuso de superioridad del art. 22.2 del mismo Código, así como al acusado Oscar como autor responsable de un delito de daños del art. 263 C.P. con la atenuante de reparación del art. 21.5 C.P.

SEGUNDO.- La defensa de los acusados interpone sendos recursos de casación contra la sentencia de instancia, con la misma motivación y desarrollo en ambos, comenzando por formular un motivo por error de hecho en la apreciación de la prueba que autoriza el art. 849.2º L.E.Cr., que, en el caso, se concretan en dos afirmaciones fácticas de la declaración de Hechos Probados que el recurrente entiende equivocadas.

La primera de ellas es la que declara que la víctima de la agresión "como consecuencia de las graves lesiones en el ojo izquierdo ha quedado éste sin cristalino, de suerte que la defectuosa proyección de la luz en su retina le determina una absoluta pérdida funcional de la visión, por estar únicamente capacitado para la percepción de sombras, si bien alcanzando una agudeza visual de aproximadamente el 50% mediante la colocación de una lente ocular interna o externa" pese a que se ha acreditado mediante informes médicos (tanto forenses como de parte) que la pretendida absoluta pérdida de visión y, consecuentemente, la inutilidad del ojo izquierdo del Sr. Benito es inexistente pues se trata de una pérdida parcial que se puede mitigar mediante corrección (interna o externa) lo que permite una visión por encima del 50%, llegando incluso a afirmar los Médicos Forenses que la visión corregida es del 100%.

El segundo "error facti" se produce cuando el Tribunal a quo declara probado que "el lesionado sufre además como secuela una ptosis palpebral izquierda y una cicatriz longitudinal de 4 cm., 2 cm. transversal, irregulares, con zonas engrosadas en ambos párpados del ojo izquierdo, así como quemosis conjuntiva y asimetría ocular, que por sí misma y por su modificación de la expresión facial y visual, constituyen un defecto estético importante" cuando, en realidad, las mismas no fueron apreciadas por Casimiro y Eva, ambos Doctores en Medicina y Cirugía de la Universidad de Barcelona de reconocido prestigio, que reconocieron al lesionado en fecha 28 de noviembre de 2.005 -es decir un año y ocho meses después de que la Médico forense emitiese el parte de sanidad de 24 de marzo de 2.004- determinando, además, que el defecto estético del Sr. Benito era leve.

TERCERO.- En cuanto a la primera, el motivo señala como documental acreditativa del error denunciado el Informe médico forense (parte de sanidad) de fecha 24 de marzo de 2.004 emitido por la Dra. Soledad (folio 177 de las actuaciones) que señala que al perjudicado le ha quedado como secuela, entre otras, la siguiente: "El ojo izquierdo ha quedado sin cristalino, viendo sin corrección sólo movimientos de mano con dicho ojo; con corrección por lentilla corneal su agudeza visual es 10/10 en el mismo ojo, según medición realizada en la Clínica médico forense, por lo que la alfaquia unilateral con corrección no implica pérdida de la agudeza visual. Es de prever en un futuro nueva intervención quirúrgica para colocación de lente intraocular".

Añade el motivo que dicho dictamen está corroborado por otro Informe forense que obra al folio 274 de la causa, emitido por el Dr. Luis Francisco, especialista en Medicina Interna y por el especialista de Oftalmología, Arturo Es pacífica y uniforme la doctrina de esta Sala según la cual los informes periciales sólo excepcionalmente tienen carácter de "documentos" a efectos del art. 849.2º L.E.Cr., cuando siendo únicos o plurales, todos tienen el mismo contenido y establecen las mismas conclusiones sin divergencia alguna, de manera que si el Tribunal sentenciador declara un dato fáctico en contra del sentido probatorio de aquéllos, sin explicación razonable, los informes periciales pueden ser tomados en consideración como documentos demostrativos del error del juzgador sobre el dato en cuestión, pero no cuando los dictámenes periciales son contradictorios sobre dicho dato. Y esto es, precisamente, lo que sucede en el caso presente, pues los informes periciales elaborados por los doctores Casimiro y Eva son manifiestamente discrepantes de los que menciona el recurrente, al establecer la conclusión de que mediante una lente de contacto la funcionalidad del ojo lesionado se sitúa en torno al 50%.

El submotivo debe ser desestimado.



CUARTO.- En lo que concierne al segundo error alegado, el reproche casacional se apoya ahora en el dictamen emitido por los citados doctores Casimiro y Eva , en el que señalan que "se objetiva una cicatriz vertical que afecta a ambos párpados del O.I. y ceja de ese lado. No tiene repercusión en la función palpebral. Constituye un defeto estético poco relevante".

Aquí sucede lo mismo que en el caso anterior, toda vez que el informe médico forense de sanidad, emitido el 24 de marzo de 2.004, y corroborado por el de 15 de julio siguiente, mencionan la existencia de las cicatrices que figuran en la declaración de Hechos Probados de la sentencia. Y, si bien es cierto que el informe médico forense se realizó un año y cuatro meses antes que el emitido por los médicos de la parte recurrente, no lo es menos que ello no anula el anterior, y que los jueces a quibus pudieron constatar por propia percepción el grado de deformidad del rostro de la víctima.

El motivo debe ser desestimado.

QUINTO.- El segundo motivo del recurso se ampara en el art. 5.4 L.O.P.J ., para alegar la vulneración del derecho de los acusados a la presunción de inocencia que consagra el art. 24.2 C.E .

El motivo carece de todo fundamento.

En efecto, los recurrentes reconocen que agredieron a Benito sobre las 04,45 horas, y no niegan que utilizaran contra éste el palo que se describe en el "factum" como un bastón terminado en una bola de hierro. Junto a la prueba de confesión, el Tribunal a quo valoró también la "brutalidad" de la agresión en base a otras pruebas como la circunstancia -negada por los acusados- de haberse iniciado ya una agresión cuando el perjudicado estaba en el interior del vehículo, como se deriva de las declaraciones policiales y del testigo que abordó la reparación del turismo, quienes manifestaron que eran muy visibles las manchas de sangre existentes en el interior y del hecho de que cuando el perjudicado salió del turismo (o fue sacado) no terminaran los golpes, lo que se acredita por el reconocimiento de los acusados de haberle agredido a partir de ese momento.

De hecho, lo que los recurrentes ponen en entredicho es la existencia de prueba de que las lesiones sufridas por la víctima en el ojo izquierdo "..... derivada directamente de la actuación de los acusados", planteamiento éste palmariamente voluntarista y que se sustenta en la teoría meramente especulativa de que las lesiones del ojo de la víctima "fuesen consecuencia de una caída accidental del propio lesionado por su estado de embriaguez", siendo así que no ha quedado verificada esta supuesta embriaguez por prueba alguna al margen de las declaraciones de los acusados (cuya credibilidad está reservada en exclusiva a los jueces en virtud del principio de inmediación) que afirmaron que la víctima "estaba un poco borracho". Al margen de ello, todo el desarrollo del motivo está fundamentado en una parcial e interesada valoración de la prueba practicada en el plenario para sustituir por la suya la efectuada por el Tribunal sentenciador, lo que es de todo punto inadmisibles como no sea para evidenciar que el resultado valorativo alcanzado por los jueces de instancia es arbitrario o irracional a la luz de las pruebas practicadas, lo que de modo patente no sucede en el caso, en el que la conclusión obtenida por aquéllos resulta palmariamente racional.

Por último, conviene señalar que, en todo caso, y aunque a efectos puramente dialécticos admitiéramos que las graves lesiones oculares no se hubieran producido como consecuencia "directa" de los golpes propinados, sino por una caída que sufriera la víctima, ninguna duda cabe desde una interpretación racional de los hechos, que dicha supuesta caída habría sido resultado inmediato y directo de la brutal agresión, por lo que, a la postre, la diferencia carecería de relevancia.

SEXTO.- En realidad, las cuestiones jurídicamente más importantes del recurso se plantean en los motivos tercero y cuarto en los que se denuncia la vulneración del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 C.E. en su vertiente de falta de motivación. Por otra parte, estos motivos se encuentran directamente vinculados con el quinto en el que se alega la indebida inaplicación del tipo delictivo básico de lesiones del art. 147.1 en relación con el 148 C.P .

Comienzan los recurrentes manifestando que en relación a la pérdida de visión del ojo izquierdo de la víctima como consecuencia de la agresión sufrida y ante la existencia de varios informes médicos en la causa sobre la misma cuestión, el Tribunal a quo toma en consideración el Informe emitido por Don. Casimiro y Doña. Eva en detrimento de lo expuesto en el dictamen forense -siendo casualmente el más perjudicial para los condenados el escogido- sin expresar las razones jurídicas en las que se fundamenta dicha elección.

Añade que lo mismo acaece en relación al perjuicio estético en el rostro del lesionado respecto del cual existen también dos posturas contrapuestas sobre dicha cuestión: los informes forenses de fecha 24 de marzo y de 15 de julio de 2.004 (folio 177 y 274 de la causa) establecen que constituye un perjuicio estético importante pero, por el contrario, el informe aportado por esta parte de fecha 28 de noviembre de 2.005 -realizado después de haber reconocido al perjudicado- refiere que se trata de uno leve.



Empezando por este segundo reproche, se advierte que la divergencia entre ambos dictámenes se ciñe a la entidad del perjuicio estético, pero no discrepan en la causa generadora de éste, que es una cicatriz vertical que afecta a ambos párpados, a lo que se añade otras secuelas que modifican la expresión facial de la víctima.

Cabe señalar, en primer lugar, que la calificación del deterioro estético sufrido como consecuencia de determinadas lesiones no es competencia de los facultativos, que cumplen con su cometido describiendo las lesiones, su origen y sus resultados orgánicos y funcionales, siendo a los jueces a quienes corresponde la función de ponderar el grado de desvalor de la imagen del perjudicado.

Sea como fuere, y aunque el informe pericial de parte califique el defecto estético de "poco relevante", también precisa que constituye deformidad aunque la adjetiva de "no importante". Pues bien, como ya dijimos en nuestra STS de 1 de marzo de 2.002, a falta de una interpretación auténtica, la jurisprudencia ha definido la deformidad como irregularidad física, visible y permanente que suponga desfiguración o fealdad ostensible a simple vista (SS.T.S. de 14 de mayo de 1.987, 27 de septiembre de 1.988 y 23 de enero de 1.990) con suficiente entidad cuantitativa para modificar peyorativamente el aspecto físico del afectado, sin que lo excluya la posibilidad de su eliminación por medio de una operación de cirugía reparadora (SS.T.S. de 13 de febrero y 10 de septiembre de 1.991), pues la ley penal sólo contempla el estado en que quedó el lesionado, con independencia de su reparación correctiva posteriormente provocada. Y, si durante cierto tiempo se atendió para formular el juicio de valor de la existencia y entidad de la deformidad, además de los citados, a circunstancias subjetivas de la víctima como la edad, el sexo, profesión y otras de carácter social, la moderna doctrina considera a éstos como irrelevantes para establecer el concepto de deformidad porque no disminuyen el desvalor del resultado, cualquiera que sea la edad, el sexo, ocupación laboral o el ámbito social en que se desenvuelve el ofendido, toda vez que el derecho de éste a la propia imagen no depende del uso que la víctima pretenda hacer de ésta, de suerte que esos matices subjetivos que concurren en el caso enjuiciado deberán ser valorados a la hora de determinar o graduar el "quantum" de la indemnización, pero no influyen en el concepto jurídico penal de deformidad (SS.T.S. de 22 de marzo de 1.994, 27 de febrero de 1.996 y 24 de noviembre de 1.999) que deberá ser apreciada con criterio unitario atendiendo al resultado objetivo y material de la secuela, pero con independencia de la condición de la víctima y de sus peculiaridades personales.

Cabe significar a estos efectos que la doctrina de esta Sala restringe el ámbito penal de la deformidad a aquéllas que junto a las notas de irregularidad física, permanencia y ostensible visibilidad tengan también una cierta entidad y relevancia, excluyéndose las alteraciones o secuelas que aún siendo físicas, indelebles y sensibles, carecen de importancia por su escasa significación antiestética, pero también demanda la aplicación de un criterio riguroso cuando las irregularidades se traducen en imperfecciones estéticas que alteran la morfología del rostro como son las cicatrices perdurables y afeantes de la cara.

En el caso presente, se trata de cicatrices de 4 centímetros longitudinal y de 2 centímetros transversal, irregulares, que afectan a ambos párpados del ojo izquierdo y a la ceja de ese lado y que producen una deficiencia en la estética facial de la víctima. Sin duda, esta secuela integra de lleno el concepto jurídico penal de deformidad. Pero, como también exponíamos en la sentencia citada, ello no significa que toda secuela que afecte al rostro deba inexorablemente rebasar el marco de la deformidad básica que sanciona el art. 150 y se incluya en el ámbito de la "grave deformidad" que contempla el art. 149 C.P., que habrá de quedar reservado a los supuestos de degradaciones estéticas de singular y manifiesta relevancia y notoriedad que desfiguren el rostro de modo ostensible.

Las secuelas estigmatizantes sufridas por la víctima que se describen en el hecho probado no tienen envergadura suficiente, a juicio de esta Sala, para configurar la "grave deformidad" del tipo penal del art. 149 ni por sus repercusiones estéticas ni funcionales, por más que no quepa ignorar la consecuencia negativa en la armonía facial de la víctima que esa cicatriz imprime y el indudable quebranto moral que ello supone, si bien este último factor únicamente habrá de valorarse, según lo dicho anteriormente, para la cuantificación de la indemnización por esos daños morales.

Resultado de cuanto antecede es la desestimación de los motivos en cuanto se refieren a este concreto extremo, y la confirmación de la correcta subsunción del hecho en el tipo delictivo del art. 150 C.P. efectuada por el Tribunal de instancia.

SÉPTIMO.- Ahora debemos analizar el problema desde la perspectiva de las otras secuelas resultantes de la agresión, consistentes en la pérdida de la visión del ojo lesionado.

Como consideraciones previas, debemos dejar sentadas las siguientes:

- el ojo, como elemento corporal mediante el cual opera el sentido de la vista, es un órgano principal y, por ende, su conservación y funcionalidad son bienes jurídicamente tutelados por el tipo delictivo del art. 149 C.P.



- en el concepto legal de "inutilidad" se incluye la pérdida de la eficacia funcional, que no debe entenderse en términos absolutos, bastando un déficit o menoscabo sustancial de la misma.
- los tipos delictivos de lesiones son delitos de resultado y especialmente los definidos en los arts. 149 y 150, que lo son de resultado concreto.

A los efectos que nos ocupan, la cuestión nuclear radica en determinar cuál es el resultado que debe considerarse a la hora de efectuar la subsunción jurídica, si el inmediato fruto de la lesión sufrida por el agredido, o el mediato, esto es, el resultante de los procedimientos médicos utilizados para la eliminación o reducción de las secuelas derivadas de los daños corporales producidos, una vez producida la sanidad de las lesiones.

En el caso actual, no hay discrepancia en que las lesiones que sufrió la víctima consistieron en traumatismo craneo-encefálico con heridas contusas craneales, heridas penetrantes palpebrales en ojo izquierdo con subluxación de cristalino, prolapso de humor vítreo a cámara anterior, hipertensión ocular, catarata traumática, y vueritis.

En cuanto a las secuelas que quedaron tras el tratamiento quirúrgico al que fue sometido el lesionado, el informe médico-forense emitido en 24 de marzo de 2.004 (f. 177) señala que "el ojo izquierdo ha quedado sin cristalino, viendo sin corrección sólo movimientos de mano con dicho ojo", sentando el informe pericial de los doctores Casimiro y Eva esta misma conclusión. Es decir, una pérdida casi completa de visión, como recoge el "factum".

La divergencia entre los dictámenes periciales opera respecto al grado de pérdida de visión del ojo dañado una vez realizado el tratamiento de recuperación de la capacidad visual del órgano lesionado, esto es, después de instalarse en éste una lente correctora mediante la cual se consigue una recuperación visual más o menos apreciable. El informe médico-forense, nos dice que con el mecanismo corrector, la visión se recuperaría completamente (diez sobre diez, se señala); en cambio el otro dictamen concluye que, en ese caso, la agudeza visual quedaría limitada en un 40 ó 50%.

Si convenimos en que es éste el resultado al que debe atenderse para efectuar la subsunción, debería darse la razón al recurrente, puesto que, como es de ver, la sentencia declara probado que como consecuencia de las graves lesiones en el ojo izquierdo ha quedado en éste sin cristalino, de suerte que la defectuosa proyección de la luz en su retina le determina una absoluta pérdida funcional de la visión, por estar únicamente capacitado para la percepción de sombras, si bien alcanzando una agudeza visual de aproximadamente el 50% mediante la colocación de una lente ocular interna o externa. Pero el Tribunal sentenciador no sólo no menciona la prueba en la que fundamenta su convicción sobre tal extremo (irregularidad, en este caso, sin mayor trascendencia, dado que no puede ser otra que la pericial practicada al respecto), sino que, ciertamente, habría incumplido manifiestamente su obligación de motivación al no dejar constancia alguna de las razones en virtud de las cuales acoge el informe pericial particular y rechaza sin más el dictamen médico-forense, palmariamente diferente de aquél. Esa absoluta falta de explicación de una decisión tan importante, por mínima que hubiera sido, es lo que vulneraría el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva.

Sin embargo, todo ese debate es inocuo, porque el resultado al que hay que atender y el que deviene determinante para la calificación de los hechos es el otro al que nos hemos referido: el que fue consecuencia inmediata y directa de la agresión sufrida por la víctima y requirió los cuidados médicos, quirúrgicos y farmacológicos necesarios para su curación, considerando las secuelas que quedaron tras la sanidad del lesionado y sobre el cual uno y otro dictámenes periciales son contestes y coincidentes: la casi absoluta pérdida de visión del ojo izquierdo de la víctima por la rotura del cristalino a causa de los golpes recibidos. El hecho de que, independientemente del tratamiento médico efectuado para lograr la sanidad del herido de las lesiones causadas por los acusados, se llevara a cabo otro distinto y específicamente proyectado a conseguir disminuir lo más posible el resultado de la pérdida de la funcionalidad del ojo dañado (como en el supuesto de autos lo evidencia el informe del médico-forense que tras dictaminar la curación de las lesiones al cabo de 257 días, señala que "es de prever en un futuro nueva intervención quirúrgica para colocación de lente intraocular"), no tiene mayor relevancia para la calificación jurídico-penal de los hechos, y únicamente podrá ser valorado este otro resultado respecto a la cuantificación de las responsabilidades civiles derivadas del delito.

La doctrina jurisprudencial de esta Sala no es muy abundante en supuestos de pérdida o grave disminución de la funcionalidad de un miembro o de un órgano del cuerpo humano, y viene más bien referida a los casos de lesiones que, una vez sanadas, dejan como secuelas la deformidad grave o menos grave de la víctima, que es otra de las modalidades delictivas típicas de los artículos 149 y 150 C.P. y que son perfectamente predicables de aquellos otros resultados. Pues bien, esa jurisprudencia declara que debe afirmarse la irrelevancia de la posibilidad de eliminar la deformidad por medios quirúrgicos y de cubrirla con la ropa u otros medios artificiales (SS.T.S. de 15 de noviembre de 1.990, 23 de febrero de 1.990 y 10 de febrero de 1.992), de conformidad



con la doctrina científica que sostiene que si la deformidad -como secuela de las lesiones causadas tras la curación de éstas- es corregible a través de una operación quirúrgica, ello no es óbice a que la calificación de tal deformidad se dé, pues a nadie se le puede obligar a someterse a una intervención de esa naturaleza. En este mismo sentido, la STS de 27 de febrero de 1.996 declaraba que, ni puede ser argumento que la situación antiestética pueda ser modificable con cirugía u odontología estética, que en todo caso supone unos costes y sufrimientos físicos, que en todo caso se traducirán en la reparación, pero que no supone la alteración del diagnóstico final del médico forense - STS de 11 de julio de 1.991 -. Doctrina ésta reiterada en otras muchas resoluciones -ad exemplum 5 de febrero de 1.987, 14 de julio de 1.989, 19 de enero, 9 de marzo, 17 de septiembre y 4 de octubre de 1.990-.

Doctrina ésta en la que insiste la sentencia de 25 de marzo de 2.003 . También la STS de 10 de marzo de 1.989 , declaraba que "es por este motivo que la jurisprudencia de esta Sala viene sosteniendo invariablemente que la responsabilidad de la deformidad causada por la lesión no excluye la aplicación del artículo 420.3º del C.P ., dado que no es exigible a la víctima que deba afrontar la intervención quirúrgica necesaria para tales fines - por ejemplo, SS.T.S. de 28 de junio de 1.983 y 14 de mayo de 1.987 -".

Ya más recientemente, al tratar de las secuelas consistentes en pérdida del cristalino con limitación de la visión de un 40%, señalaba con rotundidad que es constante el criterio de esta Sala que entiende, por un lado, que el debilitamiento de visión no equiparable a la ceguera se incardina en el tipo básico del artículo 150 e incluso en supuestos especialmente graves en el artículo 149, y, por otro, que la posibilidad de posterior cirugía reparadora o bien las implantaciones postizas que palíen el efecto final de la lesión no impiden calificar los hechos de conformidad con aquellas figuras penales.

En consecuencia de lo que ha quedado expuesto, los hechos probados son constitutivos de un delito de lesiones tipificado en el art. 149 C.P ., tal y como los había calificado la acusación pública y la acusación privada de consuno y como, en postulación de esa calificación jurídica se articula el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal, que, por lo dicho, debe ser estimado en tanto que procede la desestimación de los formulados por la defensa de los acusados.

OCTAVO.- Denunciasé también por los acusados al amparo del art. 849.1º L.E.Cr ., infracción de ley por indebida aplicación de la circunstancia agravante de abuso de superioridad del art. 22.2 C.P ., porque, se aduce, que si bien es cierto que eran dos y que portaban un garrote, como dice la resolución impugnada, no lo es menos que la agresión se inició cuando el lesionado estaba dentro del coche y ello significa dos cosas: por un lado, que tenía una protección especial, como lo es la carrocería del vehículo que no es lo mismo que encontrarse a cuerpo descubierto, y por otro, que un vehículo puede constituir un arma extremadamente peligrosa.

El motivo debe ser desestimado atendiendo a los datos del "factum" de la sentencia. Así, la protección que al sujeto pasivo le brindaba el automóvil en cuyo interior se encontraba, desaparece inmediatamente que los acusados, utilizando el garrote mencionado, "reventaron puertas y ventanas" "sacando o forzando a salir del vehículo al atacado", con lo que impidieron la posibilidad de usar el coche como medio de defensa agresivo contra los atacantes.

El relato histórico pone de manifiesto sin discusión posible la nota característica de la agravante que consiste en un "modus operandi" que produce un notable desequilibrio de fuerzas en favor de la parte agresora frente al agredido, generando de este modo una apreciable disminución de las posibilidades de defensa de la víctima, sin que llegue a eliminarlas, pues, de ser así, estaríamos en presencia de la alevosía. Por ello, el ataque más o menos sorpresivo de dos personas contra una sola, que, además, en el inicio del proceso se encuentra sentada al volante de su coche, parado, lo que supone una disminución considerable de su capacidad de movimientos, y utilizando aquéllos un instrumento peligroso como el bastón terminado en una bola metálica, integra inmediatamente la agravante correctamente apreciada por el Tribunal de instancia.

NOVENO.- Finalmente, y por la misma vía impugnativa, se alega la indebida inaplicación de la atenuante de reparación del daño del art. 21.5 C.P ., porque, se aduce, los acusados consignaron la cantidad de 4.500 euros en la cuenta del Juzgado para paliar las consecuencias del daño ocasionado a la víctima. Y, aún reconociendo "que se trata de una pequeña cantidad si se compara con la elevada cifra de 90.000 euros solicitada por las acusaciones", no se puede negar el esfuerzo que ha comportado la consignación de esos 4.500 euros para los acusados, que son personas de "muy limitados recursos económicos".

Tiene declarado esta Sala de forma pacífica y reiterada que el art. 21.5ª C.P . considera circunstancia atenuante la de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral.



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

Por lo tanto, son principalmente razones de política criminal orientadas a la protección de las víctimas de toda clase de delitos, las que sustentan la decisión del legislador de establecer una atenuación en la pena en atención a actuaciones del autor del delito, posteriores al mismo, consistentes en la reparación total o parcial, aunque siempre ha de ser significativa, del daño ocasionado por la conducta delictiva. Ello sin desconocer que también puede ser valorable la menor necesidad de pena derivada del reconocimiento de los hechos que, como una señal de rehabilitación, puede acompañar a la reparación, aunque la atenuante del artículo 21.5ª no lo exija.

Estas consideraciones sobre el fundamento de la atenuación se corresponden con la desaparición, en su formulación legal, de elementos subjetivos referidos al arrepentimiento del autor, que la jurisprudencia anterior al nuevo Código Penal ya había ido abandonando progresivamente.

Importa, pues, el cumplimiento de las exigencias de tipo objetivo que se concretan en un elemento cronológico y otro de carácter sustancial. El primero exige para apreciar la atenuante que la acción reparadora tenga lugar con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral. Excluye pues del efecto atenuatorio las reparaciones realizadas durante el mismo plenario, después de su finalización o con posterioridad a la sentencia.

El segundo se refiere a la reparación del daño o a la disminución de sus efectos. No se refiere solo a daños materiales, sino que incluye los de naturaleza moral (STS nº 1517/2003, de 18 de noviembre), y, de otro lado, comprende cualquier forma de "reparación del daño o de disminución de sus efectos, sea por la vía de la restitución, de la indemnización de perjuicios, de la reparación moral o incluso de la reparación simbólica (Sentencias núm. 216/2001, de 19 febrero y núm. 794/2002, de 30 de abril, entre otras)".

Las cuestiones que puedan plantearse en casos de reparación parcial habrán de resolverse en atención a su relevancia en función del daño causado y de las posibilidades del autor.

En este mismo orden de cosas debemos insistir en que el elemento sustancial de esta atenuante consiste en la reparación del daño causado por el delito o la disminución de sus efectos, en un sentido amplio de reparación que va más allá de la significación que se otorga a esta expresión en el artículo 110 del Código Penal, pues el artículo 110 se refiere exclusivamente a la responsabilidad civil, diferenciable de la responsabilidad penal a la que afecta la atenuante. Cualquier forma de reparación del daño o de disminución de sus efectos, sea por la vía de la restitución, de la indemnización de perjuicios, de la reparación moral o incluso de la reparación simbólica (sentencias núm. 216/2001, de 19 febrero y núm. 794/ 2002, de 30 de abril, entre otras), puede integrar las previsiones de la atenuante.

Lo que pretende esta circunstancia es incentivar el apoyo y la ayuda a las víctimas, lograr que el propio responsable del hecho delictivo contribuya a la reparación o curación del daño de toda índole que la acción delictiva ha ocasionado, desde la perspectiva de una política criminal orientada por la victimología, en la que la atención a la víctima adquiere un papel preponderante en la respuesta penal. Para ello resulta conveniente primar a quien se comporta de una manera que satisface el interés general, pues la protección de los intereses de las víctimas no se considera ya como una cuestión estrictamente privada, de responsabilidad civil, sino como un interés de toda la comunidad. Al mismo tiempo la colaboración voluntaria del autor a la reparación del daño ocasionado por su acción puede ser valorada como un inicio de rehabilitación que disminuye la necesidad de pena.



La reparación debe ser suficientemente significativa y relevante, pues no se trata de conceder efecto atenuatorio a acciones ficticias, que únicamente pretenden buscar la aminoración de la respuesta punitiva sin contribuir de modo eficiente y significativo a la efectiva reparación del daño ocasionado (sentencias núm. 1990/2001, de 24 octubre, 1474/1999 de 18 de octubre, 100/2000 de 4 de febrero y 1311/2000 de 1 de julio). Desarrollando este criterio jurisprudencial, la STS de 10 de febrero de 2.005 ha rechazado la aplicación de esta atenuante en el caso de entrega de 100 euros por daños y perjuicios ocasionados que ascendían a 450,76 euros; y la de 12 de mayo de 2.005 la ha excluido también cuando la cantidad consignada no alcanza ni al 20% de la indemnización señalada.

Es cierto que incluso cuando la cantidad que se entrega para la reparación es exigua, no tiene porqué suponer mecánicamente la inaplicación del art. 21.5ª C.P ., pues, como se ha dicho, esa cantidad está íntimamente relacionada con las posibilidades económicas del acusado, de manera que si ésta es de necesidad y de penuria, la entrega de una cantidad reducida puede servir de fundamento a la atenuante. Pero en estos casos, debe estar perfectamente acreditada la insolvencia total o cuasi total del acusado, tarea que corresponde a la parte que solicita la apreciación de la atenuante, y ello aquí no se produce, cuando el recurrente no habría tenido especial dificultad en acreditarlo en el caso de que así fuera.

El motivo debe ser desestimado.

DÉCIMO.- Recapitulando cuanto antecede, deben ser desestimados todos los motivos de casación articulados por la defensa de los acusados, y estimado el formulado por el Ministerio Fiscal, declarando en segunda sentencia que los hechos probados son constitutivos de un delito previsto y penado en el art. 149 C.P ., con la concurrencia de la agravante de abuso de superioridad del art. 22.2 C.P ., por lo que siendo la pena establecida para el delito de prisión de seis a doce años, la concurrencia de la agravante mencionada requiere la aplicación del art. 66.3º C.P . y la imposición de la pena en su mitad superior: de 9 a 12 años, fijándose definitivamente en nueve años de prisión.

III. FALLO

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACION por infracción de ley, con estimación de su único motivo, interpuesto por el Ministerio Fiscal; y, en su virtud, casamos y anulamos la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Sexta, de fecha 7 de marzo de 2.006 , en causa seguida contra los acusados Oscar y Carlos José por delitos de lesiones y daños. Se declaran de oficio las costas procesales.

Asimismo, DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR A LOS RECURSOS DE CASACION por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuestos por las representaciones de los acusados Oscar y Carlos José , contra indicada sentencia. Condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas procesales ocasionadas en sus respectivos recursos. Y, comuníquese esta resolución, y la que seguidamente se dicte, a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

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

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciséis de Enero de dos mil siete.

En la causa instruida por el Juzgado de Instrucción nº 22 de Barcelona, con el nº 3 de 2.004, y seguida ante la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Sexta , por delitos de lesiones y de daños contra los acusados Oscar , nacido el 23 de mayo de 1.984, hijo de Erminio y Encarnación, natural de Barcelona y con domicilio en la CALLE000 NUM000 . NUM001 . NUM002 y contra Carlos José , nacido el 2 de junio de 1.985, hijo de Vicente y Josefa, natural de Barcelona y con domicilio en la CALLE001 NUM003 . NUM002 de Sant Adrià (Barcelona), y en cuya causa se dictó sentencia por la mencionada Audiencia, con fecha 7 de marzo de 2.006 , que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. Diego Ramos Gancedo, hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES



UNICO.- Procede dar por reproducidos e incorporados al presente, los hechos probados de la sentencia de instancia.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

UNICO.- Los de la sentencia impugnada en lo que no se opongan a los que figuran en la primera sentencia de esta Sala.

III. FALLO

Que debemos condenar y condenamos a Oscar y a Carlos José como autores responsables de un delito de lesiones del artículo 149 C.P. concurriendo la agravante de abuso de superioridad del artículo 22.2 del C.P., a la pena de prisión por tiempo de 9 años para cada uno de ellos e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Manteniéndose el resto de los pronunciamientos del fallo de la sentencia recurrida en cuanto no contradigan la presente resolución.

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

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