

Roj: **STS 4948/2013** - ECLI: **ES:TS:2013:4948**Id Cendoj: **28079120012013100750**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **14/10/2013**Nº de Recurso: **482/2013**Nº de Resolución: **759/2013**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **ANTONIO DEL MORAL GARCIA**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a catorce de Octubre de dos mil trece.

En el recurso de casación por infracción de Ley que ante Nos pende, interpuesto por el **MINISTERIO FISCAL**, contra Sentencia dictada por la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Barcelona, que condenó al acusado Olegario como autor responsable de un delito de lesiones con uso de objeto ya peligroso, los Excmos. Sres. Magistrados componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para deliberación, votación y Fallo bajo la Presidencia del primero y Ponencia del Excmo. Sr. D. Antonio del Moral Garcia. Siendo parte recurrida Olegario, representado por la Procuradora Sra. Pequeño Rodríguez.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción núm. Siete de los de Barcelona incoó Diligencias Previas 6156/2007, contra Olegario, Carlos Antonio y Ángel, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona (Sec. Décima) que, con fecha dos de noviembre de dos mil doce, dictó sentencia que contiene los siguientes **Hechos Probados**:

<<PRIMERO Se declara probado que sobre la 1,30 de la madrugada del día 25 de noviembre de 2007, Olegario, mayor de edad y sin antecedentes penales, junto con otros dos amigos se encontraba en el "Karaoke Sing Sing" sito en la calle Taquígrafo Garriga nº 106 de Barcelona, junto con otros dos amigos.

Cuando estaban sentados en unos sillones, se les acercaron Carlos Antonio y Ángel, ambos mayores de edad y sin antecedentes penales preguntándoles si habían visto un teléfono móvil que habla perdida Carlos Antonio, ya que con anterioridad a Olegario y sus amigos, Carlos Antonio y Ángel, junto con su grupo, habían estado sentados en dicha zona.

Como quiera que el móvil en un principio no aparecía Carlos Antonio pensó que se ocultaban y se dirigió a Olegario de malas maneras, iniciándose entre ellos una discusión verbal, que pasa a ser una mutua agresión, en la que intervino Ángel, quien propinó un golpe en la cabeza a Olegario. A continuación Carlos Antonio empujó a Olegario, y éste a su vez le estampó en la cara a Carlos Antonio el vaso que llevaba en la mano, que se rompió.

A consecuencia de estos hechos Carlos Antonio sufrió herida inciso contusa en rostro de 4 cm de longitud, y 1 cm. de profundidad, así como múltiples erosiones en rostro y en zona lumbar, donde también sufrió una contusión. Estas lesiones, y en especial la herida del rostro precisaron tratamiento médico-quirúrgico consistente en puntos de sutura en planos interior y exterior, que precisaron para su curación diez días durante los que estuvo impedido para sus ocupaciones habituales. Como secuela ha quedado cicatriz de 3x2 cm., en la zona izquierda de la cara, debajo del ojo, en la línea del arco Cigomático, que genera perjuicio estético moderado.

Olegario sufrió lesiones consistentes en contusión craneal con hematoma y herida, que precisó cura tópica sin tratamiento médico, tardado en curar cinco días durante lo que no estuvo impedido para sus obligaciones habituales. Como secuela ha quedado cicatriz de 2 cm. en la zona occipital.



El presente procedimiento se inicio mediante auto de 18 de diciembre de 2007

En 30 de enero de 2008 y 5 de febrero de 2008 se emiten por el médico forense los informes de sanidad de los lesionados Olegario y Carlos Antonio .

A continuación el procedimiento se paraliza totalmente hasta 10 de julio de 2009 fecha en la que se acuerda recibir declaración a los acusados y dos testigos, que inicialmente fueron llamados como imputados.

Olegario presta declaración como imputado en 8 de octubre de 2009. Ángel solicita Abogado de oficio en 12 de enero de 2010 y presta declaración como imputado, por vez primera en 4 de noviembre de 2010.

Carlos Antonio solicita Abogado de oficio en 22 de enero de 2010 y presta declaración como imputado en 18 de noviembre de 2010. En 18 de noviembre de 2010, se dicta auto de condición de diligencias previas e incoación de procedimiento abreviado, habiéndose practicado, únicamente, las diligencias referidas y las declaraciones de Abelardo , y de Eladio en 30 de septiembre de 2009, ambos en calidad de imputados. Durante la fase de instrucción no se ha formulado recurso alguno por parte de los imputados.

Por el Ministerio Fiscal se formula recurso de reforma contra el auto. de 18 de noviembre de 2010, que se resolvió mediante auto de 1 de abril de 2011 con carácter estimatorio.

En 9 de agosto de 2011 se dicta auto de apertura del juicio oral teniendo entrada las actuaciones en esta Sección Décima en 13 de marzo de 2012, señalándose juicio oral para el día 21 de junio de 2012, que se debió suspender por tener señalamientos previos los Letrados de las defensas. >.

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

<<FALLO.- CONDENAMOS a Olegario como responsable criminalmente en concepto de autor de un delito de lesiones con uso de objeto peligroso ya definido, con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal in atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas, también definida, a la pena de UN AÑO DE PRISIÓN, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por igual tiempo, y al pago de las costas procesales causadas en el enjuiciamiento del delito, incluidas las de la acusación particular.

En materia de responsabilidad civil expresamente condenamos a Olegario a indemnizar a Carlos Antonio en veintinueve mil ciento cincuenta y cuatro euros -29.154- por las lesiones y secuelas sufridas. Estas cantidades devengarán el interés legalmente establecido en el art. 576 LEC .

Declaramos prescritos los hechos por los que venían siendo acusados Carlos Antonio y Ángel y declaramos EXTINGUIDA su responsabilidad criminal respecto a los mismos, declarando de oficio las costas causadas en un juicio de faltas.

Notifíquese al Ministerio Fiscal y a las demás partes, haciéndoles saber que contra la presente cabe la interposición de recurso de casación que deberá, en su caso, prepararse ante esta Sección Décima de la Audiencia Provincial, en el plazo de cinco días desde su última notificación >>.

3.- Notificada la Sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley, por El Ministerio Fiscal, que se tuvo por 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, alegando los motivos siguientes:

Motivos aducidos por el Ministerio Fiscal.

Motivo primero .- Por infracción de ley al amparo de lo establecido en el art. 849.1º LECrim por indebida inaplicación del art. 150 CP .

4.- La representación legal de D. Olegario , **interesando la impugnación del recurso formulado por el Ministerio Fiscal** ; la Sala admitió el recurso, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

5.- Realizado el señalamiento para Fallo se celebró la deliberación y votación prevenidas el día ocho de octubre de dos mil trece.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En un único y muy bien fundado motivo, con exuberancia de argumentos y referencias jurisprudenciales, el Ministerio Fiscal reclama por la vía del art. 849.1º, que se case parcialmente la sentencia recaída sustituyendo la condena por el delito de lesiones con medio peligroso de los arts. 147 y 148.1º CP por las lesiones agravadas por el resultado (deformidad) que recoge el art. 150.

**No puede ignorarse esa razonada petición que ha de ser acogida: el recurso va a ser estimado.**

El núcleo de la discrepancia es puntual y puramente jurídico-penal (art. 849.1º LECrim). Para el Fiscal las lesiones causadas a Carlos Antonio integran el concepto de deformidad que atrae la aplicación del art. 150 CP . Los hechos probados las describen así: una " herida inciso contusa en rostro de 4 cm de longitud, y 1 cm. de profundidad, así como múltiples erosiones en rostro y en zona lumbar, dónde también sufrió una contusión. Estas lesiones, y en especial la herida del rostro precisaron tratamiento médico-quirúrgico consistente en puntos de sutura en planos interior y exterior, que precisaron para su curación diez días durante los que estuvo impedido para sus ocupaciones habituales. Como secuela ha quedado cicatriz de 3x2 cm., en la zona izquierda de la cara, debajo del ojo, en la línea del arco Cigomático, que genera perjuicio estético moderado".

Los jueces a quibus rechazan esa tipificación con la siguiente argumentación: " El concepto de deformidad no es objetivo y así la STS 1174/2009 de 11 de noviembre con cita de la STS 1154/2003, de 18 de septiembre , recuerda pronunciamientos anteriores sobre el concepto jurídico de deformidad, como secuela jurídicamente relevante de los delitos de lesiones, declarando al efecto que la deformidad consiste "en toda irregularidad física, visible y permanente, que suponga desfiguración o fealdad ostensible a simple vista" (v. Sentencias de 25 de abril de 1989 y 17 de septiembre de 1990).

Son tres las notas características de la misma: irregularidad física, permanencia y visibilidad. La jurisprudencia exige también que el Tribunal lleve a efecto un juicio de valor sobre la referida irregularidad, con objeto de destacar, en su caso, que la misma sea de cierta entidad y relevancia, con objeto de excluir del concepto jurídico de deformidad aquellos defectos que carezcan de importancia por su escasa significación antiestética (v. SS. de 10 de febrero de 1992 y 24 de octubre de 2001). Dicho juicio valorativo habrá de realizarlo el Tribunal teniendo en cuenta las condiciones personales de la misma y su aspecto físico previo a las lesiones. En cualquier caso, los criterios valorativos deberán ser más estrictos cuando las secuelas afecten a la anatomía facial (v. S. de 10 de febrero de 1992).

En este caso concreto la cicatriz está en el rostro, es visible y permanente, por lo que tiene entidad para producir desfiguración o fealdad. Sin embargo, la calificación de la deformidad, exige la valoración de las circunstancias personales de la víctima, quien en este caso, y atendiendo a la acusación formulada en su nombre no reclama la aplicación de la deformidad, pues de hecho ha calificado por vía del artículo 147 y 148.1 del CP , lo que obliga a concluir que no se siente desfigurado, ni considera que la cicatriz le genere fealdad. De otra parte en el juicio oral el perjudicado Carlos Antonio nada ha manifestado en este sentido.

Por tanto, difícilmente podemos calificar un perjuicio estético que debemos calificar de moderado, como constitutivo de deformidad cuando el propio perjudicado no tiene esta percepción, por lo que no es de aplicación el artículo 150 CP ".

SEGUNDO.- El Fiscal combate ese razonamiento. De la inicial afirmación de que el concepto de deformidad no es objetivo, se " pasa a considerar -explica el Ministerio Público- no solo que es un concepto subjetivo, sino que ha de ser integrado por la percepción subjetiva que pueda tener el Abogado de la Acusación Particular, al calificar o no las secuelas producidas como delito de lesiones con deformidad del art. 150 CP .

Tales consideraciones no se corresponden en absoluto con la consolidada doctrina del Tribunal Supremo sobre los criterios jurisprudenciales que han de ser utilizados para determinar la existencia de la deformidad en el delito de lesiones, pues el fundamental es determinar si desde un punto de vista objetivo y material la acción agresiva del acusado ha causado desfiguración o fealdad en el cuerpo de la víctima. En este sentido, las Sentencias del Tribunal Supremo nº 2/2007, de 16 de enero , 722/2010 de 21 de julio nº 916/2010 de 26 de octubre , 1099/2003 de 231 de julio, entre otras muchas, señalan que "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 con suficiente entidad cuantitativa para modificar peyorativamente el aspecto físico del afectado...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 pretende hacer de ésta, de suerte que estos 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 influye en el concepto jurídico penal de deformidad 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".

A juicio de este Ministerio, las lesiones de Carlos Antonio declaradas probadas en la sentencia pueden y deben ser subsumidas en el artículo 150 del Código Penal , partiendo de la declaración de hechos probados donde se



recoge que Carlos Antonio sufrió herida inciso contusa en rostro de 4 cm. de longitud y 1 cm. de profundidad, que precisó sutura en planos interior y exterior, quedando como secuela cicatriz de 3x2 cm., en la zona izquierda de la cara, debajo del ojo, en la línea del arco cigomático, que genera perjuicio estético moderado, y de la propia precisión complementaria que el propio Tribunal hace en la fundamentación jurídica de la sentencia en el sentido de que la cicatriz está en el rostro, es visible y permanente, por lo que tiene entidad para producir desfiguración o fealdad.

A efectos de realizar dicha subsunción jurídica debe tenerse en cuenta, según ha declarado el Tribunal Supremo en su sentencia núm. 722/2010 y en sus recientes Autos de inadmisión núm. 1135/2011 de 21 de julio y 1234/2012 de 28 de junio, que "el tipo penal del artículo 150 no requiere una deformidad "grave", que es la que contempla el precedente artículo 149, siendo suficiente para constituir aquel que la irregularidad estética que presente el cuerpo de la víctima, tenga cierta entidad y relevancia desfiguradora, subsistente y visible. De este modo quedan excluidas las secuelas que, pese a ser físicas, sensibles y permanentes, carezcan de importancia por su mínima significación antiestética".

El Fiscal cierra su rocosa argumentación con la invocación de otra panoplia de referencias jurisprudenciales que abonan la catalogación de las secuelas descritas en los hechos probados en el concepto de deformidad (no grave) que se recoge en el art. 150 CP : SSTS 1184/2004, de 8 de octubre , 968/2003 de 31 de marzo , 111/2011, de 22 de febrero , 1003/2003, de 4 de julio , 745/2007, de 21 de septiembre , 348/2007 de 20 de abril , 2/2007, de 16 de enero , 811/2008, de 2 de diciembre ó 877/2008, de 4 de diciembre .

TERCERO.- No mucho se puede añadir al documentado dictamen del Fiscal. En realidad, como se subraya, la Audiencia no es que discuta que estemos ante un alteración física que reúne todas las cualidades "objetivas" para ser etiquetadas como "deformidad", sino que viene a añadir un requisito más: no basta con que estemos ante una deformidad, sino además sería necesario que el perjudicado (y/o su dirección letrada, habría que apostillar) la considerase como tal. Pero eso es un requisito sin sustento legal que vendría a convertir ese tramo agravado de las lesiones en algo "disponible", es decir, solo perseguible a instancia de parte; y "perdonable" por el lesionado en esa porción de injusto. Lo mismo que las lesiones consistentes en la pérdida de un miembro *principal*, v. gr., no requieren que el afectado otorgue carácter esencial a ese "órgano" corporal (su opinión es indiferente), la deformidad es noción compatible con que el afectado rechace o no asuma, implícita o explícitamente, esa conceptualización. La afirmación de que es un concepto *subjetivo* no significa eso, sino que es *valorativo*, en el sentido de que hay que perfilarlo con valoraciones y estimaciones no exactas o aritméticas, pero no de que exija un " *placet*" o conformidad por parte del sujeto pasivo del delito. No puede confundirse naturaleza valorativa del término manejado por el legislador, con hacer descansar esa valoración en la opinión ni del sujeto pasivo, ni de su dirección letrada.

En el presente supuesto, además, el momento en que se efectúa la calificación por parte de la Acusación particular, antes de la formulada por el Fiscal; la similitud de las penas solicitadas, pese a la diversidad de tipificación; y la renuncia del afectado en virtud de la indemnización recibida, aunque sea posterior a la sentencia, hacen más que discutible que la interpretación de esa actitud procesal sea la que efectúa la Audiencia. Pero, aunque fuese correcta y el perjudicado rechace que esa secuela constituya deformidad, la aplicación de un precepto penal, salvo en casos excepcionales (injurias señaladamente: no pueden considerarse graves si el afectado las reputa leves), no queda al albur de la voluntad de la víctima, que no puede constituirse en ese sentido como en *dominus litis*, lo que no es compatible con la naturaleza de la ley y del proceso penales.

Es más, si nos sumergimos en el procedimiento (art. 899) a los únicos efectos de indagar si efectivamente existen elementos que puedan pasar inadvertidos a esta Sala en casación y que pudieran abonar el mantenimiento de la calificación más benigna del Tribunal *a quo*, lejos de ello se confirman esas apreciaciones. En el escrito de la acusación particular se habla de "*perjuicio estético tan importante que ha sido cifrado por el Médico Forense en 22 puntos*" (folios 205 y 287). Y se solicita una pena de Tres años de prisión. Y en el trámite de informe al explicar esa posición procesal invoca loables razones más bien humanitarias y de compasión hacia quien es una persona joven que se va a ser afectada por una condena, lo que llevó al profesional a "*contenerse*" al plasmar su petición acusatoria. Es comprensible y perfectamente justificable esa posición: el principio de legalidad no vincula de igual forma a una acusación particular que a la pública. Pero proclama el propio letrado que no tiene duda de que penalmente la catalogación técnicamente más correcta es la que lleva los hechos al art. 150 CP y que el propio afectado le ha expresado los perjuicios que le acarrea una cicatriz en ese lugar visible, cuando percibe, o cree percibir, miradas de curiosidad fijas en la cicatriz en las que cree adivinar pensamientos no precisamente positivos, al tratar con otras personas o realizar alguna entrevista de trabajo. Quien asumió la dirección letrada como acusación particular lo dice claramente en el informe: "*Existe esa deformidad... se ve...*".

En efecto, **existe** .



CUARTO.- Procede la declaración de las costas de oficio conforme a lo ordenado por el artículo 901 de la LECrim .

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos **HABER LUGAR** al recurso de casación interpuesto por el **MINISTERIO FISCAL** , contra Sentencia dictada por la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Barcelona, que condenó al acusado Olegario como autor responsable de un delito de lesiones con uso de objeto ya peligroso, **por estimación del motivo único de su recurso , y en su virtud casamos y anulamos la Sentencia dictada por dicha Audiencia c** on declaración de las costas de oficio.

Comuníquese la presente resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal Sentenciador a los efectos procesales oportunos, 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. **Perfecto Andres Ibañez Miguel Colmenero Menendez de Luarca Francisco Monterde Ferrer Manuel Marchena Gomez Antonio del Moral Garcia**

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a catorce de Octubre de dos mil trece.

En la causa que en su día fue tramitada por el Juzgado de Instrucción nº Siete, fallada posteriormente por la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Barcelona, y que fue seguida por un delito de lesiones con uso de objeto ya peligroso contra Olegario , Carlos Antonio y Ángel , teniéndose aquí por reproducidos todos los datos que aparecen en el encabezamiento de la Sentencia recurrida y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del **Tribunal Supremo** , integrada por los Excmos. Sres. Magistrados anotados al margen y bajo la Presidencia y la Ponencia del Excmo. Sr. D. Antonio del Moral Garcia, se hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

ÚNICO .- Se dan por reproducidos los antecedentes de Hecho y los Hechos Probados de la Sentencia de instancia.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Conforme a los razonamientos contenidos en la anterior sentencia los hechos son constitutivos de un delito del art. 150 del Código Penal .

SEGUNDO .- Habiéndose apreciado la atenuante de dilaciones indebidas con el carácter de muy cualificada, procede rebajar la pena en un único grado asumiéndose los razonamientos de la sentencia de instancia sobre esta primera acotación penológica. En cuanto a la individualización concreta se opta por el mínimo posible dentro de ese marco que se concretará en la pena de **UN AÑO Y SEIS MESES** de prisión que es la que solicita el Fiscal en casación, y que deja abierta la posibilidad de beneficios y sustitutivos penales.

III. FALLO

Que debemos **condenar y condenamos** a Olegario como autor de un **delito de lesiones** con deformidad con la atenuante cualificada de dilaciones indebidas a las penas de **UN AÑO y SEIS MESES** de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Se mantienen el resto de pronunciamientos de la sentencia de instancia no afectados por éste.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos . **Perfecto Andres Ibañez Miguel Colmenero Menendez de Luarca Francisco Monterde Ferrer Manuel Marchena Gomez Antonio del Moral Garcia**

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