

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BIZKAIA - SECCIÓN PRIMERA

BIZKAIKO PROBINTZIA AUZITEGIA - LEHEN SEKZIOA

BARROETA ALDAMAR 10 3ª Planta - CP/PK: 48001
Tel.: 94-4016662
Fax / Faxes: 94-4016992

NIG P.V. / IZO EAE: 48.04.1-14/041774
NIG CGPJ / IZO BJKN :48020.43.2-2014/0041774

Rollo penal ordinario / Penaleko erroilu arrunta 7/2017 - RS

Atestado nº. / Atestatu-zk.: 57418-14

Hecho denunciado / *Salatutako egitatea*: LESIONES POR AGRESION /

Juzgado Instructor / Instrukzioko Epaitegia:

Juzgado de Instrucción nº 4 de Bilbao / Bilboko Instrukzioko 4 zk.ko
Epaitegia

Sumario / Sumarioa 3528/2014

Contra / *Noren aurka*:

Procurador/a / *Prokuradorea*: MAITANE CRESPO ATIN

Abogado/a / *Abokatua*: LUIS INFANTE ESCUDERO

en calidad de PERJUDICADO(A)

Abogado/a / *Abokatua*: JOSE MANUEL GALLO ETXEBARRIA

Procurador/a / *Prokuradorea*: MARGARITA BARREDA LIZARRALDE

SENTENCIA Nº: 47/2018

ILMOS. SRES.

D. ALFONSO GONZALEZ-GUIJA JIMENEZ

D. JUAN MANUEL IRURETAGOYENA SANZ

D. JESUS AGUSTIN PUEYO RODERO

En BILBAO (BIZKAIA), a uno de junio de dos mil dieciocho.

Vista en juicio oral y público ante la Sección Primera de esta Audiencia Provincial de Bizkaia la presente causa, dimanante del Sumario número 3528/2014 del Juzgado de Instrucción número 4 de Bilbao, en la que figura como acusado con DNI número [redacted] cuyas demás circunstancias personales constan en autos, representado por la Procuradora D^a. Maite Crespo Atin, defendido por el Letrado D. Luis Infante Escudero, personándose como ACUSACIÓN PARTICULAR representado por la Procuradora Sra. [redacted]

Margarita Barreda Lizarralada y asistido por el Letrado Sr. José Manuel Gallo Etxebarria, siendo parte acusadora el Ministerio Fiscal representado por D^a Pilar Sánchez.

Expresa el parecer de la Sala como Ponente el Ilmo. Sr. D. Alfonso González-Guija Jiménez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En virtud del atestado de la Policía Municipal de Bilbao nº 57.418/14, se instruyó por el Juzgado de Instrucción Nº 4 de Bilbao el presente Procedimiento Sumario 3528/14, en el que fue encausado
por si los hechos pudieran ser constitutivos de un presunto delito de lesiones, personándose como perjudicado, el cual fué remitido a esta sección de la Iltra. Audiencia Provincial en fecha de 17/01/2017.

SEGUNDO.- Formado el oportuno Rollo de Sala, y remitidas las actuaciones oportunas, a esta Audiencia Provincial, tras los trámites procedentes se admitieron todas las pruebas por las partes y se señaló la vista oral, que ha tenido lugar los días 16 y 17 de Mayo de 2018.

TERCERO.- El Ministerio Fiscal calificó los hechos como constitutivos de un delito de lesiones previsto y penado en el art. 149 del Código Penal, en su modalidad de ocasionar la pérdida de un sentido, del que es responsable en concepto de autor el acusado, arts. 28 y 29 del Código Penal, concurriendo la circunstancia atenuante analógica a la anomalía o alteración psíquica, prevista en el art. 21.7, en relación con el art. 21.1 y 20.1 del Código Penal; procediendo imponer al acusado la pena de 7 años de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Abono de las costas procesales. Debiendo indemnizar a
en la cantidad de 22.455 euros, por los días de curación necesarios, y en 13.958,98 euros por las secuelas causadas, con aplicación a estas cantidades de lo dispuesto en el art. 576 de la L.E.C.

La Acusación Particular calificó los hechos como constitutivos de un delito de lesiones previsto y penado en el art. 149.1 del Código Penal, del que es responsable en concepto de autor el acusado, concurriendo la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, concretamente la atenuante analógica de anomalía o alteración psíquica, prevista en el art. 21.7, en relación con los arts. 21.1 y 20.1 del mismo cuerpo legal; procediendo imponer al acusado la pena de 8 años de prisión y a indemnizar por las lesiones causadas, en la suma de 44.724,31 euros más los intereses del art. 576 de L.E.C., así como las costas procesales, incluidas las de esta Acusación Particular.

La defensa mostró disconformidad con el relato fáctico del Ministerio Fiscal y la Acusación Particular, solicitando la libre absolución. Aún no concerniendo los hechos a su representado, los hechos en ningún caso constituyen un delito del art. 149.1 del Código Penal, y si en todo caso un delito de lesiones del art. 147.1 del mismo Código Penal, solicitando su libre absolución. En el supuesto hipotético de condena, sería de aplicación la eximente incompleta del art. 21.1 del Código Penal, en relación con el art. 20.1, por grave alteración psíquica, y la atenuante de toxicomanía y embriaguez del art. 21.2 en relación con el art. 20.2 del Código Penal, y la atenuante de dilaciones indebidas del art. 21.6 del Código Penal.

CUARTO.- En el acto de la vista, el Ministerio Fiscal, Acusación Particular y defensa elevaron a definitivas sus respectivas conclusiones provisionales.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- Sobre las 4,00 horas del 14 de noviembre de 2014, , con DNI y con antecedentes penales no computables, se encontraba en el interior del Bar , sito en la calle de Bilbao, donde también se encontraba a quien conocía con anterioridad al mediar una deuda de éste con aquél.

Precisamente por tal motivo del impago de la deuda, se había acercado ya en una primera ocasión a y le había arrojado el contenido de una consumición que estaba tomando, propinándole, además, un pequeño cachete o palmada en el rostro, que no provocó respuesta por parte de

Posteriormente, sobre la hora descrita, se acercó de nuevo a y le propinó un puñetazo en el cabeza que provocó que éste cayera al suelo, golpeándose contra el mismo.

Como consecuencia de estos hechos sufrió lesiones consistentes en hemorragia subaracnoidea postraumática, traumatismo craneo encefálico grave, contusiones cerebrales frontobasales bilaterales, fractura craneal en hueso temporal derecho, lesiones que requirieron para su sanidad, además de una primera asistencia, tratamiento médico de traumatología y otorrinolaringología, tardando en curar un periodo de 485 días, de los cuales 7 estuvo hospitalizado y 345 incapacitado para sus ocupaciones habituales. Sufre como secuelas las siguientes: anosmia, acúfenos en el oído derecho e hipoacusia mixta en mismo oído derecho.

SEGUNDO.- En el momento de los hechos, padecía un trastorno de personalidad, y un trastorno por consumo de tóxicos que afectaba sus capacidades intelectivas y volitivas disminuyéndolas, y que se vieron por ello mermadas de manera importante.

FUNDAMENTOS DERECHO

PRIMERO.- Los hechos declarados probados son constitutivos de un delito de lesiones en su modalidad agravada prevista en el artículo 149 del código penal, tal y como sostienen el Ministerio Fiscal y la Acusación Particular.

El delito de lesiones, constitutivo de una infracción de resultado, carece de una definición auténtica en el código penal, está constituido, desde el punto de la acción, por los ataques dirigidos a bienes jurídicos representados por la salud y la integridad personal, entendiéndose por lesiones, cualquier daño afectante a la integridad corporal o a la salud de las personas.

Los elementos básicos que dan lugar al nacimiento de la infracción que supone agresión contra una persona son los siguientes: a) Originar un daño o mal que menoscabe la integridad corporal o la salud física o mental del sujeto pasivo del delito; b) Que dicho resultado se lleve a cabo por cualquier procedimiento o por cualquier medio, comprensivo dentro de los mismos, tanto la fuerza física del sujeto activo de la infracción como la utilización por el mismo de cualquier otro medio dirigido a la finalidad de lesionar; c) relación de causalidad entre la acción ejecutada y el resultado sobrevenido; d) la existencia de del dolo genérico de lesionar o *ánimus laedendi*, requisito o elemento subjetivo del injusto, dolo general indiferenciado o inespecífico, genérico o indeterminado de lesionar, sin que sea preciso que el agente se represente y desee una duración de las lesiones de exacta dimensión o unas consecuencias residuales de mayor o menor gravedad (Sentencia de esta Audiencia Provincial de 15-6-2014, entre otras muchas).

En tal sentido, la jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo tiene afirmado que para la comisión de un delito de lesiones se precisa la concurrencia de dos elementos: uno objetivo, definido por la existencia de un daño a la víctima del hecho que pudiera encuadrarse en los tipos penales previstos en el código penal, y otro subjetivo, consistente en un dolo de lesionar menoscabando la integridad corporal o la salud física o mental del sujeto pasivo, elemento éste que puede concurrir tanto si el agente ha querido directamente el resultado como si solamente se lo ha representado como posible --de eventual ocurrencia--, pero, a pesar de ello, lo ha aceptado y continuado con la realización de la acción.

A su vez, el artículo 149 del código penal establece “El que causara a otro, por cualquier medio o procedimiento, la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad, o una grave enfermedad somática o psíquica, será castigado con la pena de prisión de 6 a 12 años”.

El Tribunal Supremo en sentencia, STS Penal, sección 1, del 23 de noviembre de 2017, aunque referida a un miembro principal, en el supuesto concreto analizado en el recurso 791/2017 de un ojo, refiere que *“el elemento normativo de 'inutilidad' del órgano o miembro principal, cuenta con una amplia y pacífica concreción jurisprudencial, como "pérdida de eficacia funcional", que no debe entenderse en términos absolutos, bastando un menoscabo sustancial STS 1728/2001, de 3 de octubre, que cita a su vez, las de 13 de abril y 18 de diciembre de 1976, 13 de febrero y 21 de junio de 1991, 20 de enero de 1993. Igualmente la STS 1856/2000, de 21 de noviembre señala que el artículo 149 (y el 150), concreta el resultado a la inutilidad, esto es, en la ineficacia del órgano o miembro para la realización de la función que tienen atribuidas, o a la pérdida que supone, además de la ineficacia funcional, el menoscabo anatómico. Lo relevante es la pérdida de funcionalidad del órgano o miembro lo que no debe ser entendido en su acepción literal, pues bastará un menoscabo sustancial de carácter definitivo. La STS 3 de marzo de 2005, rec. 1739/2003: La doctrina de esta Sala incluye en el concepto de "inutilidad" la "pérdida de eficacia funcional", que no debe entenderse en términos absolutos, bastando un menoscabo sustancial (SSTS. 13 de febrero y 21 de junio de 1991, 20 de enero de 1993, y 5 de marzo de 1993)..."*.

Pero en concreto, la sentencia del Tribunal Supremo 54/2015, de 11 de Febrero en un caso similar al presente (pérdida irreversible del sentido del olfato y parcial del gusto), cuando concluye que *"no hay duda de que la pérdida de cualquiera de los cinco sentidos, ha de incardinarse en la dicción literal del num. 1 del art. 149 CP, pues si bien en el caso del primer inciso del precepto, cuando se trata de la pérdida o inutilidad de un miembro, éste debe tener el carácter de principal, aquella Ley sustantiva no distingue la importancia de los sentidos, cuya privación ha sido el resultado de un acto lesivo, deparando a todos ellos una significación idéntica a la hora de predicarse la correspondiente reprochabilidad penal. En este sentido no hay diferenciación penológica en relación a los demás sentidos, castigándose la pérdida del olfato como tipo agravado previsto y penado en el art. 149.1 C Penal"*.

La anosmia se define por el Diccionario de la Real Academia Española como la "pérdida completa del olfato", y al olfato como el "sentido corporal con el que se perciben aromas y sustancias diversas, como el humo, etc.", y siendo incuestionable que se trata de uno de los cinco sentidos que posee el ser humano, encaja plenamente en el tipo penal del art. 149, tal y como hemos manifestado.

SEGUNDO.- De los citados hechos es responsable en concepto de autor el

acusado, _____, dada su participación directa, voluntaria e inmediata en los mismos (artículo 27 y 28 del código penal).

Esta conclusión se extrae del material probatorio que se menciona a continuación, que valorado conforme a los principios de publicidad, inmediación, contradicción y oralidad del conjunto de todos los practicados en el juicio o reproducidos conducen a la desvirtuación del derecho fundamental a la presunción de inocencia que tiene el acusado. En concreto se contraen a los medios de prueba siguientes:

- Las declaraciones testificales con especial significación de los testimonios prestados por _____ y _____

Comencemos señalando que el denunciante Sr. _____ sin duda a causa del traumatismo craneoencefálico, no recuerda nada de las circunstancias concretas de la agresión. No obstante confirma que debía dinero al encausado y manifiesta que estaba sufriendo amenazas por tal motivo, y que aquella noche se encontraba en compañía de, su por aquel entonces cuñado, _____, y sus amigos _____ y _____, y otro dato que también confirman el resto: que su cuñado estaba en la planta baja del local y los otros dos se encontraban en la planta superior cuando sucedieron los hechos.

_____, testimonio que pese a su relación de amistad y casi parentesco nos transmite plena credibilidad, explica que discutieron por motivo de la deuda y que medió para que lo solucionaran en otro momento u otro día. También que en el momento concreto de la agresión no estaba presente porque había descendido a la planta baja y fue avisado de que _____ estaba en el suelo sangrando. También nos refiere, negando lo que sostiene el acusado, que en ningún momento de la noche acorralaron a _____ y le inmovilizaron para impedir una pelea, o para que _____ le agrediera.

Finalmente, los testigos Sres. _____ y _____ también amigos del denunciante, coinciden al afirmar que aunque no estaban al lado de _____ en el momento concreto, sí vieron que estaban juntos éste y el acusado, que estaban gesticulando y que, aunque no vieron la acción concreta de golpear, escucharon un fuerte impacto, lo que provocó que al mirar por su procedencia vieran a _____ tendido en el suelo.

Desde la óptica de la credibilidad subjetiva de los citados testimonios no nos surgen dudas que afecten a su veracidad. No ocultan su relación de amistad, pero aún con ello se manifiestan en el juicio de manera espontánea, relatando lo que vieron y respondiendo con sinceridad acerca de lo que no vieron. Si hubieran mostrado una afectación de su credibilidad subjetiva basada en sus relaciones personales con el denunciante, podían haber llegado a afirmar que vieron a _____ golpear a _____, y sin

embargo cada uno de ellos explica a su manera que estaban de fiesta sin mantener un contacto constante entre ellos en todo momento, también su ubicación exacta en el momento de los hechos, y que no presenciaron el puñetazo. Sí que como consecuencia del fuerte impacto que escucharon vieron a su amigo tumbado en el suelo, y que instantes antes de ello, al menos [redacted] vio a [redacted] y a [redacted] juntos gesticulando.

De la prueba practicada en los términos explicados no hemos extraído conclusión alguna que nos haga dudar de la veracidad de sus testimonios, o de que estén afectados de elementos de incredibilidad subjetiva.

Desde el prisma de la verosimilitud objetiva, los citados testimonios tienen importantes corroboraciones periféricas de carácter objetivo. En tal sentido, con independencia de la constatación efectiva de las lesiones y su compatibilidad con el mecanismo agresor que se desprende de la documentación médica y de los informes forenses obrantes en las actuaciones, y que será objeto de un análisis independiente, contamos con otros datos periféricos corroboradores de los testimonios prestados, entre los que podemos incluir la propia declaración del acusado, y su falta de verosimilitud o credibilidad.

El acusado, Sr. [redacted], relata que estaba molesto con [redacted] por el impago de la deuda, y que el cuñado ([redacted]) y el resto de amigos de [redacted] no le dejaban aproximarse a éste, cuando pasados unos 40 minutos se acercó “le dio un cachete” y le arrojó el líquido de la copa. Refiere que a continuación le sujetaron entre varios, le acorralaron contra la pared, vio aproximarse a [redacted] y cerró los ojos, y al abrirlos, [redacted], ya se encontraba en el suelo, marchándose del lugar inmediatamente ante ello y al escuchar gritos de que se fuera de allí. También manifiesta que escuchó decir a alguien, sin especificar, que le manifestó que ya le había resuelto el problema, expresándole “yo te lo he quitado de encima”.

Hemos manifestado la falta de credibilidad de su relato, porque, con el respeto que su derecho a no autoinculparse nos merece, no resulta mínimamente creíble que con la irritación que sentía hacia el denunciante por el impago de la deuda, se limite a aproximarse y darle una palmadita o cachete y le tire el líquido de la copa, ni que tampoco fuera agarrado, cerrara los ojos y al abrirlos alguien hubiere golpeado “misteriosamente” a [redacted] resolviéndole el problema. No sólo lo niegan los testigos acompañantes del denunciante, sino que de resultar mínimamente verosímil no se alcanza a comprender, de seguirse su versión, cómo los acompañantes de [redacted] no actuaron de manera parecida con el hipotético y desconocido agresor, y cómo no efectuaron actuación alguna en defensa de aquél. Resulta ciertamente inverosímil que los amigos salgan en defensa de [redacted] por sufrir éste un leve cachete o palmadita en la cara, pues prácticamente tal y como lo cuenta el encausado más bien parece un acto amigable o afectuoso que una ofensa, y sin embargo no ejecuten acción alguna ante alguien que supuestamente le ha tumbado en el suelo de un golpe. Y sencillamente no

es creíble porque no sucedió como lo narra el denunciado, sino como es referido por los testigos. Primer encuentro con cachete y lanzamiento de líquido de la consumición, intento de mediación del ex cuñado para que resuelvan la disputa en otro momento, y en momento posterior y con mayor grado de enojo ante la falta de respuesta a la primera provocación, golpe en forma de puñetazo, tal y como hemos declarado probado.

Argumenta la defensa en su informe que ni siquiera existen indicios incriminatorios, no ya prueba de cargo suficiente, y afirma que hay dos momentos o incidentes a lo largo de la madrugada. El primer incidente sería el del cachete o la palmada en la cara y el lanzamiento del líquido, y el segundo sería el del golpe de

contra el suelo. Respeto de este último sostiene que nadie vio el puñetazo, a pesar de que el lugar era de reducidas dimensiones, que la Policía no apreció en el momento circunstancias anómalas que aconsejaran una investigación, y finalmente que no se sabe ciertamente cómo se produjo el resultado de la caída al suelo del lesionado. Entiende que las acusaciones se basan en conjeturas o elucubraciones y no en pruebas, y que el denunciante bien pudo caer él sólo por estar muy bebido o, bien, incluso, porque un tercero diferente al acusado le golpease.

Sin embargo, a nuestro juicio, olvida el Letrado que existen dos corroboraciones periféricas de carácter objetivo que contribuyen a dotar de plena credibilidad los referidos testimonios y que complementan lo único que los testigos no presenciaron directamente; es decir, el acto concreto del puñetazo propinado por el encausado desencadenante causalmente del resultado lesivo.

El agente de la Policía Municipal nº 485 nos relató que fue a detener al encausado y que éste, que estaba muy agresivo, les manifestó que ya sabía porqué le iban a detener, en clara alusión a la agresión a [redacted]. Según el testigo, evidentemente sin interés cuestionable alguno, el acusado, Sr. [redacted], no paraba de proferir expresiones amenazantes hacia los causantes de ello, y de “lanzar juramentos”. Al contrario de lo que sostiene su defensa, que lo interpreta como el lógico enfado de quien va a ser detenido sin haber hecho nada, entendemos que es una conducta muy reveladora de quien conoce perfectamente el motivo de la presencia policial en su domicilio, quien se muestra muy alterado con el transcurso de unos acontecimientos que se han saldado con un resultado lesivo, y sin mínima satisfacción de su principal interés consistente en cobrar su deuda. En tal sentido no podemos obviar que el acusado presenta fuertes dificultades en el control de sus impulsos, según se ha acreditado a través de los informes forenses (folios 147-148, y 305) y de la prueba pericial de los doctores Garay e Iza, y que esa noche no pudo solucionar el cobro de una deuda que llevaba persiguiendo desde hacía meses, y que amentó su crispación hasta llevarle a golpear al denunciante. Obran al folio 92 de las actuaciones, diversas comunicaciones del encausado con la que era pareja del denunciante que evidencian el grado de crispación que la falta de pago la deuda le estaba causando; mensajes que ratificó plenamente su destinataria,

, en el plenario, manifestándonos que cuando le comunicaron que su pareja había resultado lesionado, supo en aquel instante quién era el autor, en clara referencia al acusado. No resulta extraña o ilógica esta conclusión que refiere, si se repara en que en los mensajes le transmite que se está cansando de ver como algunos se pasan de listos a costa de otros, que le va a ir a buscar a su trabajo, que a ver si le pilla tomando que es lo único que sabe hacer, tomar lo que no es suyo como regalado, constando como respuesta de la Sra. que no vaya a buscarle y que ya le pagará ella cuando pueda.

Lo que se evidencia a través de estos medios de prueba es que el acusado estaba realmente molesto, enfadado y hasta iracundo con la conducta del acusado, y en esas circunstancias se produce el encuentro de ambos la citada noche con la secuencia de actos ya descrita.

Pero hay una corroboración periférica de enorme significación incriminatoria consistente en que nada más ocurrir los hechos el encausado intenta ponerse en contacto con , vía llamada de teléfono móvil, y como no lo consigue, le envía un mensaje interesándose por el estado de su cuñado, manifestándole “oye, qué tal tu cuñado, yo creo que casi no le he tocado”; manifestaciones textuales del testigo que ni siquiera negó el encausado, sino que, al contrario, admitió haberlas efectuado con parecidas palabras: “Amigo, qué tal tu cuñado que creo que le he tocado, pero no muy fuerte”.

A nuestro juicio, estos elementos objetivos periféricos corroboran lo declarado por los testigos que, aunque no vieran concretamente el puñetazo, no dudan en inferir que provino del encausado, porque ya le habían tenido que intentar disuadirle, y porque se hallaba junto a éste en el momento de su caída al suelo. El referido contacto, es decir el mensaje enviado por el encausado demostrando interés por su estado no nos lo explicamos más que en el contexto de quien es consciente de que ha originado un resultado lesivo de importancia, puesto que no olvidemos que : comenzó a sangrar llamativamente por la cabeza con lo que esto impresiona, y de quien, a su vez, quiere proporcionar una explicación exculpatoria al modo de minimizar de manera expresa y formal la agresión ante una persona que, debido a todas las circunstancias acaecidas, puede incriminarle.

Finalmente la prueba pericial practicada también corrobora la testifical de cargo al desprenderse de ella la correspondencia del resultado lesivo con el mecanismo de causación.

- La prueba documental médica, los informes forenses y consiguiente prueba pericial.

La documental médica (folios 183 y 212), los informes forenses (folios 146 y 224) y la pericial de los médicos forenses practicada en el plenario acreditan plenamente, a nuestro juicio, el resultado lesivo y las secuelas que padece el Sr.

anosmia, acúfenos en oído derecho y moderada hipoacusia en el mismo.

La defensa cuestiona el resultado lesivo, formulando por ello una calificación alternativa a la principal absoluta y concretada en la concurrencia del delito básico de lesiones del artículo 147 y no del subtipo agravado del artículo 149 C.P., negando la anosmia. Alega que la pérdida del olfato no ha sido acreditada porque prácticamente es imposible detectarla. Afirma que no existen técnicas médicas que puedan objetivar a ciencia cierta este padecimiento, que, según explica, no pasa de ser meramente referencial de quien lo afirma padecer, o, en términos médicos un mero síndrome no objetivable.

A nuestro juicio, las manifestaciones de los doctores Garay e Iza permiten tener por acreditadas plenamente la existencia de las referidas secuelas, y no sólo por la mera ratificación de los informes forenses ya emitidos sino por las explicaciones que proporcionaron en el desarrollo de la prueba pericial. El doctor Garay precisó que, si bien la resonancia magnética nuclear es una técnica médica que proporciona mayor precisión en el diagnóstico de patologías de etiología neurológica, el TAC (tomografía axial computerizada) que le practicaron en el servicio de neurocirugía permite apreciar la lesión en el nervio olfativo, tal y como manifiesta el especialista en su informe obrante a los folios 183 y 212 de las actuaciones. En realidad, le practicaron al menos dos pruebas de TAC, una al ingreso hospitalario y otra con posterioridad en seguimiento de la evolución de las lesiones, que permiten que el especialista concluya que el nervio olfativo está lesionado y que padece anosmia; patología ésta que un especialista en neurología conoce perfectamente y califica como tal, frente al uso de otros prefijos provenientes del latín o del griego como “dis o hipo” que conforman por derivación una palabra de significado distinto, tal y como explica en parecidos términos el doctor Garay, y que el especialista igualmente conoce. Anosmia es pérdida, mientras que disnosmia o hiponosmia significarían disfunción o disminución sensorial. En definitiva, nos resulta incuestionable que un especialista de un servicio de neurocirugía no informa de la pérdida del olfato, si ésta no existe. Esto nos lo confirman plenamente los médicos forenses, y nos acredita con suficiencia la secuela. Y además, no solo la anosmia, sino la hipoacusia que sí se ha objetivado y que los forenses califican de moderada; secuela ésta que, acaso, afectaría al tipo penal si fuera la única, que no lo es, y que también consideramos plenamente acreditada.

Por último, en cuanto al elemento intencional, conviene recordar que la doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en su sentencia de 21 de Octubre de 2015 entre otras, indica que el dolo eventual esta Sala lo ha ido construyendo sobre la tesis de la probabilidad y el consentimiento, por lo que tal dolo exigiría la doble condición de que:

- 1) El agente conozca o se represente la alta probabilidad o riesgo serio y elevado de producción del resultado que su acción contiene.
- 2) Que además se acepte o asuma esa eventualidad, decidiendo ejecutar la acción dañosa.

Actualmente ha evolucionado la doctrina de esta Sala hacia el concepto normativo, que pone el acento en el concreto peligro de lesión del bien jurídico protegido. En el conocimiento del riesgo se encuentra implícito el consentimiento o aceptación de resultado, y desde luego la decisión del autor está vinculada a tal resultado. En consecuencia concurrirá el dolo eventual en quien "conociendo que su conducta genera un peligro concreto jurídicamente desaprobado, no obstante actúa y continúa 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, se hace cargo de que hay un elevado índice de probabilidad de que se produzca", que es precisamente lo que, entendemos, sucede en el caso de autos. Además, recuerda la STS. 1123/2001 de 13.6, que el texto del art. 150 o del art. 149 del código penal no requiere expresamente un dolo especial y que no existe ninguna razón teleológica que permita suponer que la Ley penal ha querido limitar la protección del bien jurídico a los ataques producidos con un dolo directo en el que el autor se haya representado exactamente la lesión producida y la haya aprobado expresamente antes de actuar.

TERCERO.- Concorre en el acusado la eximente incompleta de alteración psíquica prevista en el artículo 21.1 en relación con el artículo 20.1 y 68, todos ellos del código penal.

El artículo 20-1 del Código Penal declara exento de responsabilidad criminal al que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión, estableciendo el artículo 21-1 que cuando no concurren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad penal se apreciará como circunstancia atenuante de la responsabilidad penal.

En el caso de autos, los informes forenses ratificados en el acto del plenario por los doctores, ya citados, Garay e Iza, acreditan que el encausado padece un trastorno de la personalidad, y un trastorno asociado al consumo de sustancias tóxicas que afecta de manera importante a sus facultades intelectivas y volitivas en relación con los hechos enjuiciados. No pueden precisar el grado de compromiso de sus facultades intelectivas, porque según nos manifiestan el encausado precisa de un examen psiquiátrico y pruebas de neuroimagen, que nunca se le han practicado. No obstante, afirman que por sus antecedentes clínicos, entre los que destaca un importante traumatismo craneoencefálico, se puede inferir que parece una pérdida neuronal, pérdida que podría

acarrear un compromiso o afectación mermadora de sus facultades intelectivas.

Pero además, nos refieren claramente que su imputabilidad estaba disminuida por su trastorno de la personalidad asociado al consumo de tóxicos, describiendo que su consecuencia inmediata es la de mostrarse como una persona con poco control de sus impulsos, con poco control de su voluntad, y con las consecuencias inherentes que todo ello conlleva. Nivel bajo de resistencia a la frustración ante el fracaso, y falta de conciencia de todo ello. Resultó sumamente ilustrativo para este Tribunal, la cara de sorpresa, de extrañeza, de asombro, y de disconformidad que en determinados momentos de la prueba pericial el encausado mostraba ante las afirmaciones que los médicos forenses estaban realizando. Ilustración plenamente acreditativa de su nula conciencia de enfermedad o de patología afectante a la personalidad alguna.

Ante ello, entendemos que ha resultado acreditado que la imputabilidad del encausado se encontraba afectada en el sentido de disminuida en el momento de los hechos para apreciar el grado de ilicitud de los mismos, por padecer un trastorno de origen psicopatológico fundamentalmente asociado al consumo de tóxicos, que no obstante no le impedía en modo alguno apreciarlo.

No procede la apreciación de la atenuante de dilaciones indebidas alegada por la defensa. Como expresa el ATS 4959/2017, 4-5 *“Hemos dicho que la atenuante de dilaciones indebidas (artículo 21.6 CP), para poder ser aplicada, exige de la concurrencia de una serie de elementos constitutivos: a) que tenga lugar una dilación indebida en el sentido de no justificada; b) que sea extraordinaria, en el sentido de relevante; c) que ocurra durante la tramitación del procedimiento; d) que esa demora o retraso no sea atribuible al imputado; y e) que la dilación no guarde proporción con la complejidad del litigio, lo que constituye en último término una especificación concreta de un requisito anterior: que sean indebidas (STS 1883/2016, de 6 de abril)”*.

Aplicando esta doctrina al supuesto de autos, en primer término no se nos concreta plazo alguno de paralización injustificada del procedimiento, ni hipotética causa de paralización imputable al órgano judicial. Nos parece que la defensa alega la atenuante con carácter testimonial, formal o instrumental, porque no se toma la molestia de concretar los plazos que considera que la causa haya estado paralizada, ni si los supuestos plazos de paralización son imputables al órgano judicial. No apreciamos que exista una dilación extraordinaria si atendemos a que los hechos ocurrieron a finales de 2015; que el procedimiento de sumario ha conllevado la necesidad de practicar más diligencias que las precisas en el procedimiento abreviado; que el lesionado ha precisado de un considerable periodo de tiempo en su estabilización lesional de más de 1 año, más 14 meses; que a partir de ello hubieron de emitirse varios informes médicos y forenses; y que, en definitiva se han enjuiciado los hechos en mayo de 2018 en un

Tribunal que como mínimo celebra semanalmente tres sesiones de juicios, o, incluso, cuatro; circunstancias todas ellas que nos llevan a apreciar la inexistencia de la alegada atenuante.

CUARTO.- En cuanto a la determinación de la pena, el artículo 68 del código penal establece que en los casos previstos en la circunstancia primera del artículo 21, los tribunales impondrán la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley, atendidos el número y la entidad de los requisitos que falten o concurren, y las circunstancias personales de su autor. A su vez, el ya mencionado artículo 149 del código penal castiga a los responsables de este delito con una pena de prisión de 6 a 12 años.

En el caso de autos, consideramos que lo procedente y adecuado es la rebaja de la pena señalada para el delito en un grado, sustancialmente porque entendemos que la afectación de las facultades intelectuales y volitivas del encausado no es tan grave como para hacerle acreedor de mayor rebaja penológica. Ya hemos valorado que tenía afectadas de manera importante dichas facultades, pero lo que entendemos debe ser determinante para la concreción de la pena es la consideración de que de la pericial forense, aun afirmando la importante afectación o compromiso de sus facultades para el enjuiciamiento de los hechos, inferimos el dato de que es superior o de mayor prevalencia el grado de compromiso o afectación de sus facultades volitivas como consecuencia de su trastorno conductual por el consumo de sustancias tóxicas. Ciertamente se informa de la necesidad de un examen psiquiátrico, de que sea evaluado, diagnosticado y controlado por un psiquiatra o por un psicoterapeuta ante la posibilidad de una pérdida de neuronas resultante de un pretérito traumatismo craneoencefálico, y con ello poder determinar con la precisión de que se sea posible, su afectación de sus facultades intelectivas. Pero, con independencia de que no dudamos de ello, lo cierto es que a la fecha presente no existe como tal una evaluación psiquiátrica en torno al origen de su trastorno de la personalidad, ni tampoco respecto al grado de afectación de este trastorno en sus capacidades exclusivamente intelectivas.

De ahí, que entendamos que, aun sin descartar una disminución de las facultades intelectivas, el déficit de su imputabilidad proviene más de la merma en sus capacidades volitivas, facultades que se encuentran mucho más ligadas a su trastorno causado por el consumo de sustancias tóxicas. Ello nos lleva también a concluir que esta disminución de las capacidades volitivas no revestía la intensidad suficiente como para reducir la pena disminuyéndola en dos grados. No nos cuestionamos que se trata de una persona débil en el control de los impulsos, pero que no tiene la condición de toxicómano habitual y de gran consumo --nada en tal sentido se nos ha acreditado-- que provocaría que fuera mucho menos consciente de esta debilidad en su personalidad. Al contrario, siendo un consumidor más o menos esporádico de tóxicos, entendemos que era más consciente de su falta de control sobre sus frenos inhibitorios, motivo por el que

entendemos que la eximente merece la traducción penológica de la rebaja de un grado de la pena y no de dos grados.

A su vez en aplicación del artículo 70.1-2, concretándose la pena inferior en grado en una horquilla de tres años y un día a seis años, estimamos adecuado y proporcionado imponerle la pena de cuatro años de prisión, porque entendemos que los hechos revisten la suficiente gravedad como para no ser sancionados con el límite mínimo legal previsto en este caso. Es obvio decir que no se puede ir por la vida, o comportarse en las relaciones sociales con las personas que nos rodean propinando golpes o mamporros cuando no se cobra una deuda. Si una persona elige esta opción como válida para la solución de sus intereses en conflicto, está haciendo uso de conductas o de comportamientos propios de grupos organizados o mafiosos, y debe por ello recibir la respuesta que el código penal establece para estas conductas; puesto que no es posible prescindir de que el hecho cometido es muy grave y el resultado lesivo causado fue muy grave.

Además se le impone la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por igual tiempo (artículo 56 del código penal).

Por último, en aplicación de lo establecido en el artículo 104 del código penal (que establece que en los supuestos de eximente incompleta en relación con el número 1 del artículo 20 del código penal, los Tribunales podrán imponer, además de la pena correspondiente, las medidas del artículo 101 del código), estimamos necesario, por conveniente para la propia salud mental del encausado, imponerle la medida de seguridad consistente en el sometimiento a un examen psiquiátrico y en el seguimiento del tratamiento que determinen los especialistas, medida que se acuerda de cumplimiento simultáneo a la pena privativa de libertad en el propio centro penitenciario, y hasta el límite que se determine por los servicios médicos o facultativos correspondientes, y en todo caso de cuatro años.

QUINTO.- Estableciendo el artículo 109 del código penal que la ejecución de un hecho descrito por la ley como delito obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados, resulta procedente que el acusado indemnice a _____ en la cantidad solicitada por éste de 44724 euros, cantidad que consideramos proporcionada al daño sufrido y ajustada al resarcimiento del mismo. Con independencia de que se justifica calculada con arreglo a los criterios indemnizatorios del baremo circulatorio, y que obviamente no nos vincula, entendemos que las secuelas que padece son de tal entidad que resulta acreedor de la suma solicitada.

Recordemos que estamos hablando de una persona relativamente joven que se va ver privado el resto de su vida del sentido del olfato con lo que ello conlleva. No va a poder percibir ningún aroma ni agradable ni desagradable, ni podrá en consecuencia

disfrutar de olores que provocan por sí mismos un efecto placentero, y, a su vez, de otros que inciden con semejante influencia en el sentido del gusto. Ya lo mencionó el doctor Iza en la prueba pericial al expresar que ambos sentidos suelen estar muy asociados o interrelacionados, y aunque no se ha establecido como secuela probada, porque ningún perito o especialista lo determinó (fue ciertamente lacónica la expresión del perito cuando, tras referir esta asociación natural, manifestó que eso no lo habían tratado), no hay inconveniente en afirmar que la anosmia, le privará de disfrutar del placer que determinados aromas provocan como efecto reflejo anterior en el sentido del gusto. En semejantes términos podemos expresarnos de los olores desagradables, que igualmente no percibirá, y que no podrán permitirle contar con un indicador esencial para evitar incluso el riesgo de exposición a sustancias tóxicas para el organismo. Buena prueba de ello es su insensibilidad al olor que desprenden los disolventes con los que trabaja, y cuya exposición prolongada puede conllevar riesgos de los que el primer indicador lo constituye el olfato. Lo mismo podríamos decir en caso de emisión de gases, etc. Nos parece innecesario continuar con más ejemplos para nada teóricos, y sí reales en la vida del denunciante.

En suma, las secuelas que padece y los días que tardó en curar de sus graves lesiones, entendemos, deben ser indemnizados en la cantidad solicitada de 44.724 euros, cantidad a la que será de aplicación lo dispuesto en el artículo 576 de la ley de enjuiciamiento civil.

SEXTO.- Conforme determinan los artículos 123 y siguientes del código penal y 239 y siguientes de la ley de enjuiciamiento criminal, procede imponer al acusado, las costas procesales causadas en esta instancia.

Vistos los artículos legales citados y demás de pertinente aplicación

FALLAMOS

Que condenamos a _____ como autor responsable de un delito de lesiones agravadas, previsto en el artículo 149 del código penal ya definido, concurriendo la eximente incompleta de alteración psíquica, a la pena de **4 años de prisión**, con la accesoria legal de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante igual tiempo, y la medida de seguridad consistente en el sometimiento a un examen psiquiátrico y en el seguimiento del tratamiento que determinen los especialistas en el centro penitenciario, con el límite que se determine por los facultativos y en todo caso no superior a 4 años, así como al abono de las costas procesales causadas en esta instancia.

Así mismo, deberá indemnizar a
en la cantidad de 44.724 euros, cantidad a la que será de aplicación lo
dispuesto en el artículo 576 de la ley de enjuiciamiento civil.

Contra esta Sentencia cabe interponer recurso de Casación del que
conocerá la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en el plazo de cinco días hábiles a
contar desde su notificación, y que deberá ser preparado ante esta Audiencia Provincial.

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

PUBLICACION.- Dada y pronunciada fué la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres.
Magistrados que la firman y leída por el Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de
su fecha, de lo que yo la Secretario certifico.