

Roj: **STS 2841/2014 - ECLI:ES:TS:2014:2841**Id Cendoj: **28079120012014100521**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **17/06/2014**Nº de Recurso: **333/2014**Nº de Resolución: **531/2014**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **LUCIANO VARELA CASTRO**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP M 104/2014,**
STS 2841/2014

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecisiete de Junio de dos mil catorce.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto los recursos de casación por infracción de ley, precepto constitucional y quebrantamiento de forma, interpuestos por **Aida**, representada por el Procurador D. Alberto Collado Martín, **Benedicto**, representado por el Procurador D. Fernando Rodríguez-Jurado Saro, Enrique y Hipolito, representados por el Procurador D. José Pedro Vila Rodríguez y **Marino**, representado por el Procurador D. Miguel Ángel Aparicio Urcia, contra la sentencia dictada por la Sección Tercera de la **Audiencia Provincial de Madrid**, con fecha **16 de enero de 2014**. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Magistrado Ponente, el Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 19 de Madrid, instruyó sumario nº 2/2011, contra Benedicto, Hipolito, Enrique, Marino y Aida, por un delito de homicidio intentado, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid, que con fecha 16 de enero de 2014, en el rollo nº 3/2013, dictó sentencia que contiene los siguientes **hechos probados**:

"Sobre las 17,30 horas del día 19 de julio de 2010 la procesada Aida, mayor de edad y sin antecedentes penales, tenía su vehículo estacionado en la c/ Villajimena de Madrid y al intentar desapárcarlo, golpeó otro vehículo que se hallaba indebidamente estacionado, hechos que fueron observados por Jose Ignacio y su novia Mariola, quienes conociendo al propietario del vehículo golpeado, se acercaron a avisarle, saliendo éste y señalándole a Aida que no había causado daño alguno y que la culpa era suya por haberlo aparcado mal, no obstante lo cual aquélla marchó del lugar del altercado, llamando chivato a Jose Ignacio y advirtiéndole que iba a volver con su marido.

Efectivamente, pocos minutos después llegaron al lugar Aida y su marido y procesado Marino, mayor de edad y sin antecedentes penales, junto con los también procesados, Hipolito y Enrique, hermanos de Marino, ambos mayores de edad y con antecedentes penales no computables a esta causa y el sobrino de los anteriores, igualmente procesado, Benedicto, mayor de edad y con antecedentes penales no computables en esta causa, todos ellos a bordo de un vehículo Opel Astra que detuvieron en medio de la calle y bajando los cinco del mismo, dejando, incluso, las puertas abiertas, se dirigieron al establecimiento en que se encontraban Jose Ignacio y Mariola y directamente fueron a por Jose Ignacio y todos a la vez comenzaron a propinarle golpes y mordiscos, utilizando también en la agresión algún objeto cortante, acometida indiscriminada que empezó dentro del local, donde Jose Ignacio cayó sobre un mostrador vitrina que se rompió por la mitad haciéndose dos trozos y que continuó en la calle, llegando Jose Ignacio a refugiarse en un bar, del que también fue sacado a golpes tras romper uno de los procesados el cristal del mismo, siendo rodeado nuevamente por los procesados que siguieron



propinándole golpes y patadas a la vez que proferían gritos animándose entre sí e insultos contra Jose Ignacio , hasta que en un determinado momento, cesaron en su agresión, subiendo al vehículo -todos menos Benedicto - si bien su marcha fue detenida de manera casi inmediata por efectivos de la Policía Nacional que habían sido comisionados para que se personaran en el lugar.

Jose Ignacio fue trasladado por el SAMUR al Hospital Ramón y Cajal donde se le apreciaron contusiones múltiples en abdomen y torax, así como en región craneoencefálica, amputación por mordisco de la falange distal del 2º dedo de la mano derecha y soluciones de continuidad por arma blanca en hombro derecho, región supraclavicular derecha, muslo izquierdo, cortes superficiales en región pretraqueal, tabique nasal y cara interior de mucosa labial izquierda, sufriendo insuficiencia renal aguda, **lesiones** que precisaron para su sanidad además de una primera asistencia facultativa, tratamiento quirúrgico y medicamentos, requiriendo para su sanación además de dos días de ingreso hospitalario y 71 días impositivos y otros 30 días no impositivos, resultando como secuelas amputación de la falange distal del segundo dedo de mano derecha, tres cicatrices de 2 a 3 cm en porción superior de la cara anterior de tórax, cicatriz de 5 cm en muslo izquierdo, cicatriz circular por mordedura humana en la zona del trapecio izquierdo, habiendo renunciado el lesionado a cualquier indemnización que pudiera corresponderle."

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

"FALLAMOS:

Que debemos **CONDENAR Y CONDENAMOS** a Aida , Marino , Hipolito , Enrique y Benedicto , como autores responsables de un delito de **lesiones**, ya definido, con la concurrencia de la circunstancia agravante de abuso de superioridad, a la pena para cada uno de ellos, de **prisión de cinco años** , con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como al pago de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular, por partes iguales entre todos ellos.

Para el cumplimiento de las penas impuestas abónese a los procesados el tiempo que hayan estado privados de libertad por esta causa."

TERCERO.- Con fecha 23 de enero de 2014, se dictó auto de aclaración con la siguiente parte dispositiva:

"LA SALA ACUERDA: ACLARAR el error observado en la sentencia de fecha 16 de enero de 2014 , en el sentido que deberá constar en el antecedente de hecho primero **"con la concurrencia de circunstancia agravante"** y no **"sin la concurrencia de circunstancia agravante"** como consta en la misma, manteniendo los restantes pronunciamientos."

CUARTO.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación, por infracción de ley, precepto constitucional y quebrantamiento de forma, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

QUINTO.- Las representaciones de los recurrentes, basan sus recursos en los siguientes motivos:

Recurso de Marino

1º.- Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ en relación con el art. 24 de la CE , en cuanto a los siguientes derechos: derecho a un proceso con las debidas garantías.

2º.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la LOPJ , por vulneración del art. 24 de la CE , en cuanto a la presunción de inocencia.

3º.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECrim . por la no aplicación de la atenuante muy cualificada de arrebató, obcecación u otro estado pasional de semejante entidad del art. 21.3 del CP .

4º.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECrim . por la no aplicación del art. 21.6 del CP .

5º.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECrim . por la indebida aplicación del art. 66 del CP .

Recurso de Enrique y Hipolito

1º y 2º.- Al amparo del art. 849.2 de la LECrim ., por error en la interpretación de la prueba basado en documentos auténticos que obran en autos.

3º.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim ., por vulneración de precepto penal sustantivo (no se puede condenar como autores de un delito de **lesiones** agravadas del art. 150 del CP , con la agravante de abuso de superioridad).

4º.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim . por infracción de precepto penal sustantivo , en relación a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia, se produce vulneración o no aplicación de la atenuante de



arrebató y obcecación dados los hechos declarados probados y lo que no ha sido consignados en los mismos hechos, los cuales carecen de un lógica temporal, en unión al art. 24 de la CE , presunción de inocencia y tutela judicial efectiva.

5º.- Al amparo del art. 852 de la LECrim ., en relación con el art. 5.4 de la LOPJ , por vulneración del art. 24 de la CE , presunción de inocencia, así como de la tutela judicial efectiva.

6º.- Al amparo del art. 852 de la LECri., en relación con el art. 5.4 de la LOPJ , por vulneración del art. 24 de la CE , presunción de inocencia.

Recurso de Aida

1º.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 851.1 de la LECrim . -cuando en la sentencia no se expresa clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideran probados, o resulte manifiesta contradicción entre ellos, o se consignen como hechos probados, conceptos que, por su carácter jurídico implique la predeterminación del fallo.

2º.- Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1 de la LECrim . -cuando dado los hechos que se declaren probados en las resoluciones comprendidas en los dos artículos anteriores, se hubiere infringido un precepto penal de carácter sustantivo y otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la ley penal.

3º.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.2 de la LECrim ., cuando haya existido error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obren en Autos, que demuestren la equivocación del Juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios, y por aplicación indebida de los arts. 20.2 y 21.2 del CP .

4º.- Por vulneración de precepto constitucional, al amparo de lo previsto en el art. 5.4 de la LOPJ . por entender que se ha infringido los derechos constitucionales previstos en el art., 24.1 y 2 de la CE .

Recurso de Benedicto

1º.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECrim . por infracción de precepto penal de carácter sustantivo que debe ser observado en la aplicación de la Ley Penal, concretamente infracción penal. Denuncia la incorrecta aplicación de los arts. 28 y 150 del CP .

2º.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.2 de la LECrim . por cuanto esta parte estima hay error en la apreciación de la prueba.

3º.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 849.1 de la LECrim . al apreciarse y aplicarse de forma incorrecta la circunstancia agravante de abuso de superioridad prevista en el art. 22.2 del CP .

4º.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 852 de la LECrim . en relación con el art. 5.4 de la LOPJ , por vulneración de derechos fundamentales recogidos en la CE.

5º.- Por infracción de ley, al amparo del art. 846. bis C) b) de la LECrim . por infracción de precepto constitucional o legal en la calificación jurídica de los hechos y en la determinación de la pena.

6º.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 851.1 de la LECrim . al entender que la sentencia incurre en predeterminación del fallo y en contradicciones de hechos probados.

SEXTO.- Instruido el Ministerio Fiscal y las partes de los recursos interpuestos, la Sala los admitió, quedando conclusos los autos para el señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 11 de junio de 2014.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso de Marino

PRIMERO.- 1.- El primero de los motivos denuncia la vulneración de precepto constitucional, con amparo en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , siquiera hubiera sido más actualizado citar el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal . Estima que el derecho a la tutela judicial efectiva, en cuanto incluye el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes y útiles, se vio desconocido por la decisión del tribunal de instancia de no admitir para su práctica el reconocimiento por médico forense del acusado a fin de dictaminar la "anomalía psíquica" que éste padecía y su influencia en los hechos.

La solicitud rechazada fue presentada al tribunal pocos días antes de la fecha señalada para celebración del juicio oral, sin que en el escrito de calificación se hubiera propuesto tal medio de prueba.



Se justificaba la pretensión alegando que había habido un cambio de Letrado en la dirección técnica del acusado y acompañando un informe de asistencia médica, suscrito pocos días antes de los hechos, en el que se hacía referencia a aquella eventual patología psiquiátrica.

2.- La garantía constitucional invocada -derecho a la utilización de medios de prueba- mal puede estimarse conculcada, como recuerda nuestra STS nº 985/2012 de 27 de noviembre, cuando ni siquiera cabe estimar que se ha cometido la infracción legal. Es decir cuando la inadmisión de la prueba propuesta es conforme a ley.

Al efecto conviene recordar lo ya advertido en nuestra STS nº 699/2011 de 30 de junio, cuando decíamos que, respecto a esa queja con alcance constitucional, el *Tribunal Constitucional sintetiza en la Sentencia 308/2005 de 12 de diciembre* la doctrina sobre el derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, en el sentido de que, para la apreciación de su vulneración, se requiere básicamente la concurrencia de los requisitos siguientes: **a)** que la prueba se haya solicitado en la **forma y momento** legalmente establecidos; **b)** que la falta de práctica de la prueba admitida sea imputable al órgano judicial, o que se hayan inadmitido pruebas **relevantes** para la decisión final **sin motivación** alguna o mediante una interpretación y aplicación de la legalidad arbitraria o irrazonable, en el entendido de que **fuera de esos supuestos excepcionales corresponde sólo a la jurisdicción ordinaria el examen sobre la legalidad y pertinencia de las pruebas** y **c)** que la falta de actividad probatoria se haya traducido en una **efectiva indefensión** del recurrente, es decir, que sea «decisiva en términos de defensa», siendo carga del recurrente justificarlo, lo que requiere, de un lado, que razone en esta sede la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas y, de otro lado, que **argumente de modo convincente que la resolución final del proceso a quo podría haberle sido favorable, de haberse aceptado y practicado la prueba objeto de controversia** (*SSTC 168/2002 de 30 de septiembre* y *71/2003 de 9 de abril*), es decir, la trascendencia de la prueba en orden a posibilitar una modificación del sentido del fallo (*STC 73/2001, de 26 de marzo*).

En el ámbito de la legalidad ordinaria hemos establecido los siguientes requisitos para admitir la denuncia de indebida inadmisión:

a) formal: que el medio se haya propuesto en tiempo y forma (*STS 1307/1997 de 13 de febrero* ; *1616/2005 de 7 de diciembre* y *las de 02-07-2004 y 27-11-2000*). Y, como dijo la primera de éstas: "En forma estarán pedidas las pruebas que se ajusten a las reglas procesales, exigiendo el art. 656 de la LECrim los datos identificativos de.... peritos";

b) pertinencia por lo que el recurrente ha de demostrar, de un lado, la relación existente entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar por las pruebas inadmitidas (*STS 104/2002 de 29 de enero*) o que tenga relación con lo que es objeto del juicio y constituya "*thema decidendi*" (*STS 1341/2000 de 20 de noviembre*);

c) necesidad del medio denegado. Se alude con ello a que el medio denegado sea fundamental e imprescindible para la formación de la convicción del juzgador (*STS 104/2002 de 29 de enero*). Por ello, por prescindirse del medio denegado se derivó indefensión. (*STS 1341/2000 de 20 de noviembre*). Este requisito se ha equiparado también a la ausencia de redundancia (*STS 74/2007 de 26 de enero*);

d) relevancia. De tal manera que su denegación sea capaz de causar **lesión** en los derechos del recurrente quien debe argumentar convincentemente que la resolución final del proceso "a quo" podría haberle sido favorable de haberse aceptado la prueba objeto de controversia (*STS 1341/2000 de 20 de noviembre* ; *104/2002 de 29 de enero* y *1230/2006 de 1 de diciembre e*);

e) que **no haya devenido de práctica imposible** (*STS 1616/2005 de 7 de diciembre*) o, como decía la *Sentencia 1387/1997 de 13 de febrero*, que la práctica de la prueba sea posible y no se hayan agotado las diligencias para conseguir su realización efectiva, o, como se dice en la *STS 74/2007 de 26 de enero*, que sea posible, en cuanto pueda practicarse en términos de racionalidad, sin tener que superar extraordinarias dificultades procesales;

f) que la denegación, como recuerda la *STS 74/2007 de 26 de enero*, que recuerda la del *Tribunal Constitucional 1/2004 de 14 de enero*, que los órganos judiciales hayan rechazado su práctica **sin motivación**, con una motivación incongruente, arbitraria o irrazonable, de una manera tardía o que, habiendo admitido la prueba, finalmente no hubiera podido practicarse ésta por causas imputables al propio órgano judicial;

g) y que se haya formulado la oportuna **protesta** (*STS 1616/2005 de 7 de diciembre*).

Doctrina expuesta, entre otras en la *Sentencia de este Tribunal nº 395/2007 de 27 de abril* y en la *nº 746/2010 de 27 de julio*.

3.- Aquel canon constitucional de indefensión no ha sido alcanzado. La denegación no estuvo huérfana de toda motivación, ni el recurrente aporta razones de suficiente entidad que avalen la trascendencia en el empleo del medio probatorio no practicado.



La extemporaneidad de la propuesta es evidente. Que la parte decidiera un cambio de Letrado para su asistencia no sitúa a éste en un marco procesal que prescinda de lo antes practicado o precluido. Y la propuesta de prueba había precluido cuando se presenta el escrito. Tanto más cuanto que el documento aportado ni siquiera es un elemento nuevo ya que aparece datado en fecha anterior incluso a los hechos.

No menos relevante es que esa defensa Letrada, en el acto del juicio oral, ni siquiera modificó sus conclusiones provisionales, afirmando una patología psiquiátrica del defendido.

Pero tampoco cabe predicar como indubitable la relevancia o trascendencia al sentido del fallo de lo que el informe pericial denegado podría aportar.

Ni desde luego ha quedado sin respuesta argumentada la pretensión relativa a la prueba ya que la decisión de inadmisión se justifica con dos argumentos. Uno que el escrito presentado no acredite por si solo que el sujeto deba ser objeto de pericia psiquiátrica sobre el estado de salud mental, que había de recaer sobre la que disfrutaba al tiempo de esta nueva solicitud. otro que desde los hechos ha transcurrido tiempo de suerte, se entiende que el estado al tiempo del reconocimiento pedido no predica la situación al tiempo de los hechos juzgados.

Por lo que la cuestión no va más allá del ámbito de la legalidad ordinaria.

4.- Y tampoco cabe reprochar a la decisión recurrida la vulneración de los requisitos de legalidad ordinaria.

No parece dudosa la pertinencia del medio probatorio. Pero si su necesidad y utilidad. Sobre el estado al tiempo de los hechos ya informa el escrito presentado con la historia clínica.

El motivo se rechaza.

SEGUNDO.- 1.- El segundo de los motivos pretende que se declare vulnerado el derecho a la presunción de inocencia ya que, en su planteamiento, no podría imputársele la causación de la **lesión** con secuela atribuida en la sentencia porque "en ningún momento propina mordiscos a la víctima" ni causó de otro modo la mutilación ocasionada a ésta. Aún añade que tampoco era previsible que tal causación física del daño corporal fuera llevado a cabo por cualquiera otro de los que el recurrente denomina "intervinientes".

2.- Confunde el motivo el juicio de valor normativo de la imputación de tal resultado con el fáctico de la proclamación de los hechos que constituyen el objeto o base empírica de dicho juicio de valor normativo.

La garantía constitucional invocada solamente da cobertura al acusado frente a la proclamación de datos de hecho. No respecto a los juicios de valor construidos a partir de ellos.

Pues bien el motivo no expresa cual sea el dato, de la descripción histórica de lo declarado probado, que el recurrente estima formulado en el vacío probatorio. Ciertamente niega que haya mordido a la víctima, pero tampoco la sentencia afirma que llevara a cabo esa concreta acción. Niega la previsibilidad de tal acción por otro interviniente. Pero ese predicado de previsibilidad es otro juicio de valor. La sentencia lo formula a partir de los concretos actos que describe como ejecutado por cada interviniente. Y ninguno de tales actos afirmados de la ejecución del recurrente es negado por éste. Como tampoco los que los demás realizaron, según la sentencia de instancia.

Como veremos al examinar los motivos alegados por otros recurrentes, la conclusión de la sentencia de instancia (Fundamento jurídico segundo), es ampliamente avalada por la doctrina de este Tribunal, que allí se cita con amplitud. Parte del viaje conjunto de todos al escenario de los hechos, hasta donde saben se encuentra la víctima, entrando juntos en el establecimiento, y su actuación es conjunta hasta el voluntario irse del citado lugar. Pese a la literatura de la sentencia, ni siquiera se requiere que todos "peguen, muerdan o persigan" a la víctima. Basta la cooperación presencial al común objetivo del resultado deseado. Y es razonable que todos, como dice la sentencia, se consideren con dominio del hecho incluidos los excesos de alguno de los coautores si "tienen lugar en el marco habitual de los hechos emprendidos" de tal suerte que "con las circunstancias del caso concreto" no puedan esos excesos valorarse como imprevisibles para los partícipes.

Por todo ello el motivo, en cuanto dirigido a discutir cuestiones normativas y no fácticas, no puede ser estimado al invocar una garantía constitucional que es ajena a aquéllas.

TERCERO.- 1.- El tercero de los motivos protesta, como vulneración de precepto legal, la no estimación de la atenuante de arrebató del artículo 21.3º del Código Penal .

Alega que al "verse en una situación límite como una pelea con numerosas personas" fueron afectadas su facultades volitivas y cognitivas. Particularmente dado su estado mental, que requería tratamiento con medicación muy fuerte.



2.- Conforme a reiterada doctrina jurisprudencial que citamos en nuestra STS nº 809/2011 de 18 de julio , son presupuestos para la aplicación de esta atenuante los siguientes: **a)** una alteración en el estado de ánimo del autor que, sin llegar a producir un trastorno mental merecedor de exención, afecte a la imputabilidad, por afectar a la capacidad de entender y de autodeterminarse libremente, pero que vaya más allá de la mera reacción colérica o acaloramiento; **b)** que el estímulo desencadenante sea suficientemente relevante como para considerarlo causa proporcionada; **c)** que la alteración sea una reacción a comportamientos de la víctima, siquiera este requisito no siempre ha sido exigido; **d)** que **axiológicamente, conforme a los valores propios de una sociedad democrática, no se considere inaceptable o repudiable tal reacción** y **e)** que no haya transcurrido un tiempo excesivo entre estímulo y reacción, que se considera arrebató cuando es instantánea e inmediata y obcecación si tiene alguna mayor persistencia (STS. de 14 de Abril del 2011 resolviendo el recurso 1494/2010 y las allí citadas nº 170/2011 de 24.3 , 487/2008 de 17.7 , 18/2006 ; 1003/2006 de 19.10 ; nº 1147/2005).

Falta la premisa en el relato histórico que afirme la alteración del ánimo en los autores más allá del repugnante belicismo propio de la bravuconería cobarde, que se manifiesta pertrechada del refuerzo en la agresión que da el consorcio múltiple de plurales agresores.

Es claro que el recurrente, como los agresores ni siquiera presenciaron la actuación de la víctima a la que pretenden erigir en mera coartada de su cobarde comportamiento. La distancia entre ese hecho desencadenante, que ni siquiera presencian, y su agresiva actuación, es también difícilmente conciliable con la atenuante legal que vanamente invocan.

CUARTO.- En el cuarto de los motivos se busca minorar la pena impuesta pretendiendo que en la tramitación de la causa se ha incurrido en dilaciones indebidas, por lo que invoca el artículo 21.6 del Código Penal como vulnerado.

Peró el único argumento que se esgrime es la fecha de incoación de la causa sin especificar que periodo de tiempo cayó en paralización sin justificación para ello.

Eso hace inviable incluso discutir si concurren o no los presupuestos de la atenuante que exige concreción de dilaciones (tiempos de paralización) de los que pueda predicarse las notas de extraordinario y de injustificado. Aquella falta de concreción impide estas valoraciones. Y por ello la estimación del recurso, que rechazamos.

QUINTO.- En el último de los motivos se denuncia vulneración del artículo 66 del Código Penal por considerar que se le impone la misma pena que a otro acusado al que se imputa actos de mayor protagonismo.

Sin embargo dicho precepto no incluye entre los criterios de individualización de la pena la entidad de la imputada a un coacusado. Por ello mal cabe considerar vulnerado dicho precepto.

El motivo se rechaza.

Recurso de Enrique y Hipolito

SEXTO.- En el primero de los motivos denuncia la aportación entre los medios de prueba del visionado de un soporte en CD con la grabación de los hechos. Niega que conste su "veracidad" y denuncia falta de corroboración por medios legales. El motivo pretende amparo en el cauce establecido en el artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

La escena es grabada por una persona -que ocultó su identidad por miedo- mediante el uso de un terminal telefónico previsto de cámara fotográfica, que, después, envía la grabación a un testigo agente policial.

Pese a la reiterada alusión a conculcaciones de normas legales en la obtención custodia y aportación de ese medio de prueba, lo cierto es que el recurrente no invoca ni un solo precepto que pueda estimarse vulnerado.

La única cuestión que se suscita en definitiva es si el modo de obtención de la grabación afecta a su credibilidad, que no a su legalidad. Pero la credibilidad de un medio de prueba es ajena a los motivos que pueden justificar la casación al amparo del precepto legal invocado. Ningún documento se invoca por el recurrente que por sí solo (de)muestre que la conclusión probatoria de la sentencia es errónea.

Por otro lado la convicción del tribunal se formó atendiendo a otros medios -múltiples testigos presenciales-, que no hacen otra cosa que corroborar, y ser corroborados, por ese medio vanamente denunciado.

El motivo, dado el cauce elegido, era inadmisibile y, ya en este trance, es desestimable. Por lo que lo rechazamos.

SÉPTIMO.- El segundo de los motivos reincide en la invocación del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , para quejarse de que el informe médico forense, que proclama que la **lesión** del dedo de la víctima se causó mediante mordisco y las demás con uso de arma blanca, no es aceptable. Ni el arma blanca fue vista, ni existe indicio del mordisco. Es decir que el recurrente discute las conclusiones de la pericia invocada.



El debate que se plantea no tiene acogida en la casación a través de ese motivo casacional, ya que éste exige la invocación de un documento que acredite el supuesto error y que no exista otro medio de prueba con resultado diverso que pueda fundar la convicción del Tribunal. Paradigma de existencia de contrapuesto medio es precisamente el propio informe pericial cuya conclusión se discute. Respecto del que, para mayor desautorización de la elección del cauce casacional, ni siquiera se hace referencia a documento contrapuesto alguno.

OCTAVO.- 1.- En el tercero de los motivos, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia vulneración de precepto legal por indebida consideración de los hechos como subsumibles en el artículo 150 del Código Penal.

Admite el recurrente que hubo "sección de falange que pudo ser reinsertada" y que ello no puede calificarse como pérdida de miembro no principal. Por otra parte la posibilidad de reinsertación no fue excluida por actuación imputable a los acusados.

Dejamos fuera de consideración las referencias a que el comportamiento de los acusados fue de mera interposición entre combatientes para evitar las agresiones de aquéllos, o que las **lesiones** de la víctima pudieron ser causadas por ella misma con cristales en el suelo. Tales premisas son ajenas al hecho probado y por ello no puede justificar la pretensión en este cauce casacional.

2.- Debemos recordar que este motivo de casación obliga a partir de los hechos tal como resultan de la declaración de los que se estiman probados. No cabe discutir esa declaración. Solamente cabe discutir la subsunción en la norma penal que se invoca como vulnerada.

En la Sentencia nº 557/2013 de 1 de julio, hemos admitido que no es encuadrable en el artículo 150 del Código Penal la mera pérdida de movilidad en la articulación interfalángica, que allí diferenciábamos de la amputación de una falange.

Porque, en efecto, como recordábamos en nuestra STS nº 188/2006 de 24 de febrero, citando la *Sentencia TS nº 1541/2002, de 24 de septiembre, la pérdida de un dedo o de la falange de un dedo, de forma reiterada se ha estimado como supuesto incluido en el tipo descrito en el actual art. 150 CP. Basta con recordar que la mano es miembro principal y el dedo o una de sus falanges, se ha estimado por esta Sala constitutivo de pérdida de miembro no principal -SSTS de 2 de octubre de 1972, 16 de febrero de 1990-. Más en concreto, la amputación de la primera falange del dedo anular de la mano izquierda, ha sido estimado por esta Sala como deformidad -SSTS de 15 de noviembre de 1907, 8 de abril de 1954, 19 de noviembre de 1966 y 27 de noviembre de 1987-.*

Preterada es la jurisprudencia que advierte que la reparabilidad de la secuela, se haya llevado a cabo o no la reparación, y cualquiera que sean las razones en este caso, es algo posterior a la consumación del delito e intrascendente para su tipificación.

Ciertamente este planteamiento ha tenido alguna matización en el caso de pérdida de piezas dentarias en virtud del acuerdo plenario de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo de fecha 19 de abril de 2002, pero incluso en esa hipótesis la agravación solamente desaparece si cabe la reparación acudiendo a fórmulas "habitualmente utilizada con carácter general, fácilmente accesible y sin necesidad de riesgo alguno" STS nº 796/2013 de 31 de octubre y as allí citadas.

Pero con carácter general se afirma la intrascendencia de la reparabilidad de la secuela entre otras en la STS nº 880/2013 de 25 de noviembre y en las allí citadas, de 13 de febrero y 10 de setiembre de 1991. Y lo mismo se recuerda en la STS 851/2013 de 14 de noviembre cuando se expone que *"el carácter permanente de la deformidad no se desvirtúa por la posibilidad de su corrección posterior, pues la restauración no puede ser obligatoria para el perjudicado y su posible corrección no elimina el resultado típico"* -- SSTS de 27 de Diciembre 2005 ; 6 de Octubre 2010 y 30 de Junio 2011 --. **Tampoco elimina el resultado típico "la posibilidad de cubrir con ropa el defecto corporal" - STS de 28 de Abril 2010 --, ni la posibilidad de recurrir a medios extraordinarios, como la cirugía reparadora "** -- STS de 28 de Junio 2011 --.

NOVENO.- En el cuarto de los motivos estos acusados también pretenden el beneficio atenuante de un alegado arrebató, que, además, se relaciona con las garantías de tutela judicial y presunción inocencia.

Lo cierto es que el recurso, pese a buscar amparo en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no renuncia a introducir nuevos datos fácticos ajenos a los que se proclaman como probados en la recurrida. Así una versión del incidente previo con la víctima, que no tildan de mera discusión de tráfico, sino de verdadera agresión a D^a Aida .

Reiterado que no cabe modificar el hecho probado en este cauce casacional, por lo que se refiere a la alegación de arrebató damos por íntegramente reproducido lo dicho para rechazar idéntica alegación en el anterior recurrente.



DÉCIMO.- En el quinto de los motivos, como vulneración del derecho a la presunción de inocencia, denuncia la imputación del tipo agravado de **lesiones**, por estimar que la prueba de descargo acreditaría que D. Enrique no participó en modo alguno en la agresión a la víctima, más allá de su actuación tendente a pararla. Lo que no hace es exponer la prueba de descargo que llevaría a excluir lo que se declara probado en la sentencia.

Menos aceptables son las referencias a una insuficiente instrucción, respecto de lo cual ha precluido toda posibilidad de debate, y la reiterada alusión a la no aceptabilidad de la prueba constituida por la grabación de los hechos antes examinada. La alusión a que aquella insuficiencia ha de vincularse a la etnia gitana de los acusados solamente se entiende como manipulación victimista de desesperada defensa, por más que sobrepasa con mucho lo tolerable, en especial en un escrito bajo dirección técnica.

UNDÉCIMO.- Se reitera en el último de los motivos la alegación de insuficiente valoración de prueba de descargo, que, según estima, debería concluir en la condena por un delito de **lesiones** no agravado del artículo 147 del Código Penal .

Ahora la referencia a la etnia gitana, según el recurso, debió traducirse en una valoración de sus costumbres en lo relativo a la defensa de la familia. Así como en la reclamación de una mayor credibilidad a lo manifestado por los agresores que a lo dicho por la víctima.

La carencia de seriedad del argumento releva de toda otra consideración para rechazar el motivo. No solamente en lo relativo a la supuesta especificidad étnica en la sensibilidad respecto de familiares, sino en la ponderación aliorrelativa de credibilidades que distribuye la retórica del motivo.

Recurso de Aida

DUODÉCIMO.- En el primero de sus motivos esta recurrente pretende que se considere que la sentencia incurre en defectos de forma, como la falta de claridad en lo que denomina "síntesis histórica", que aquella efectúa al declarar el hecho probado.

Pero en realidad, tras esa fundamentación, lo que hace, al exponer el motivo, es reconducirlo a la protesta de falta de aval probatorio, pese a que el cauce que invoca es el previsto en el artículo 851.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal . Niega su presencia en el escenario de los hechos

Basta la lectura de la sentencia para coincidir en su conclusión, dado el enorme arsenal probatorio -testifical y grabación- que sitúan a esta recurrente en el lugar y momento de causación de las **lesiones** a la víctima. Más aún, uno de esos testigos precisa incluso que esta recurrente fue la que mordió a la víctima. Y todos recuerdan y declaran que fue la propia recurrente la que gritó que era ella quien había propinado esa mordedura.

Sí el motivo se evidencia como arbitrario y gratuito. Debe ser rechazado.

DÉCIMO TERCERO.- El segundo de los motivos pretende que ha de asumirse la misma premisa fáctica que deja expuesta en el anterior: ni siquiera estaba en el escenario de los hechos. Pero este frustrado alegato se articula a través del art 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que solamente habilita la discusión sobre subsunción del hecho tal como se declara probado en la norma penal. No a discutir la misma probanza.

También discute la existencia de un acuerdo entre los acusados para la **lesión** de la víctima y la realización conjunta del hecho.

Pero aunque tal debate fuera posible, la conclusión de la recurrida permanecería incólume. La existencia del incidente previo con protagonismo de esta recurrente, el anuncio de su vuelta y el efectivo regreso al escenario con el múltiple acompañamiento que culmina en la plural agresión, aleja toda duda sobre la coherencia y veracidad de la inferida puesta de **acuerdo en la conjunta acción** posterior que se les imputa.

El motivo se rechaza.

DÉCIMO CUARTO.- En el tercero de los motivos la protesta se centra en la no toma en consideración por la recurrida de los "problemas psicológicos" que afirma padecer la recurrente. Por ello estima vulnerado lo dispuesto en los artículos 20.2 y 21.2 del Código Penal . Sin embargo el cauce casacional elegido es el previsto en el apartado segundo del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , alegando que la sentencia "no ha entrado a valorar los elementos modificativos de la responsabilidad" que derivarían de la "documentación que se aportó".

Basta señalar que no se especifica ninguno de esos documentos en el motivo, ni se expone en qué medida de ellos deriva un error probatorio y la trascendencia de éste para la aplicación de los preceptos invocados.

Por ello el motivo debe ser rechazado.



El mismo motivo, con idéntica defectuosa técnica casacional, se queja de la no estimación de la atenuante del artículo 21.3 del Código Penal (arrebato).

Reiteramos lo dicho al respecto de idéntica invocación de otros penados.

DÉCIMO QUINTO.- El último de los motivos formula denuncia de vulneración de la garantía constitucional de presunción de inocencia por estimar que, ni existe prueba que avale los hechos base afirmados, ni son asumibles las inferencias de que parte la sentencia para justificar la condena del recurrente.

Para rechazar el motivo basta con remitirnos a la abundante exposición que la recurrida hace de los múltiples medios de prueba que ponen en evidencia los hechos imputados y a los que ya hemos venido refiriéndonos.

Recurso de Benedicto

DÉCIMO SEXTO.- 1.- Se acoge el motivo primero al cauce habilitado por el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. No obstante, lejos de limitar la justificación a la subsunción del hecho que la sentencia declara probado en la norma penal, lo que el motivo pretende cuestionar es precisamente la corrección de tal declaración de hechos probados.

Enfatiza las que considera retractaciones del testigo D. Jose Ignacio para concluir que quien le muerde fue D^a Aida y no el recurrente, así como que quien portaba el cuchillo fué un coacusado mayor y no el recurrente, que era el joven. Cierra la retórica justificativa del motivo negando la existencia de acuerdo alguno con los demás acusados, para concluir que no puede, en consecuencia, considerársele autor de las **lesiones**.

Admite solamente haber acompañado, en particular a su tío, pero sin aceptar otro comportamiento que el de intentar separar a los contendientes.

Es decir, que no tuvo dominio alguno del hecho agresivo que causó las **lesiones**, ni en cuanto a la decisión, ni en cuanto a la configuración de la agresión, para lo que no acodó nada con los coacusados.

Ya de modo residual y subsidiario admite solamente una eventual complicidad por la accesoriedad de su contribución.

Finalmente cuestiona la calificación del resultado lesivo como determinante de la tipicidad agravada, particularmente porque la reimplantación de la falange amputada tuvo por causa la actuación del personal médico que prestó la inicial asistencia.

2.- Sobre la autoría bastará reiterar como la sentencia de instancia contó con la prueba constituida, no solamente por la grabación de los hechos llevada a cabo por un testigo que la facilitó a la policía, sino por la prueba testifical de los allí presentes, que unieron su testimonio a la manifestación de la víctima y de D^a Mariola. La defensa centrada en la diversidad de momento en que este recurrente abandona el lugar de los hechos, no tiene apoyo en la sentencia. Esta solo advierte que, en el momento de la marcha -la de todos, incluido el recurrente- éste no lo hace en el mismo vehículo usado por los demás, pero sin establecer que anticipara su marcha. Por ello ninguna duda surge sobre la plena coincidencia en el total complejo agresivo, de resultado a todos imputable.

3.- La pretendida minoración de la entidad de la contribución del acusado exigiría también una mutación en el relato de lo probado que el cauce casacional impide. La coautoría no implica identidad de actos protagonizados por cada coautor. Es compatible con la diversidad funcional asumida en el común proyecto delictivo. La sentencia es rotunda: todos golpearon. Y nada ocurrió que no pudieran prever y asumir todos.

4.- Por lo que se refiere a la tipicidad del resultado lesivo nos remitimos a lo ya dicho con anterioridad en el fundamento jurídico octavo.

DÉCIMO SÉPTIMO.- 1.- En el motivo segundo se anuncia una impugnación al amparo del nº 2 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para acreditar que la sentencia incurre en error al valorar la prueba. Pero no se invoca un solo documento sino que se discute críticamente cada medio de prueba testifical, o la grabación de los hechos tantas veces citada.

2.- Es evidente que tal discusión sobre el resultado probatorio es ajeno a la naturaleza del recurso de casación por extravasar con mucho el estrecho cauce que el precepto invocado habilita para replantear el debate sobre el hecho. Y, desde luego, tampoco cabe esa modificación por la vía de alegación de la presunción de inocencia que, al examinar el motivo cuarto, veremos.

DÉCIMO OCTAVO.-1.- Discute en el tercero de los motivos la estimación que hace la sentencia para aplicar la agravación por abuso de superioridad, alegando, al amparo del ordinal 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que se vulnera el artículo 22.2 que no debería haber sido aplicado.



Funda su pretensión, a la que une una indeterminada alusión a supuesto quebrantamiento de forma, que no se concreta, en que la víctima llega a agredir a uno de los acusados con una silla oponiendo efectiva y evidente resistencia frente a los acusados, de tal manera que éstos no lograron aprovechar el supuesto desequilibrio de fuerzas.

2.- Pues bien el abuso de superioridad, sin duda concurrente en los casos de pluralidad de agresores frente a una sola víctima, no exige la plena neutralización de la resistencia de éste, sino la mera minoración que aquella cobarde desproporción implica.

Como decía nuestra STS 225/2014 de 5 de marzo , según reiterada jurisprudencia de este Tribunal (SSTS 1157/2006, de 10-11 ; 574/2007, de 30-5 ; 973/2007, de 19-11 ; 76/2009, de 4-2 ; 479/2009, de 30-4 ; y 889/2009, de 15-9 , entre otras muchas), la circunstancia agravante de abuso de superioridad exige para su apreciación los siguientes requisitos:

1º.- Que se produzca una situación de superioridad, es decir, un importante desequilibrio de fuerzas a favor de la parte agresora frente al agredido, derivada de cualquier circunstancia, bien referida a los medios utilizados para agredir (superioridad **medial o instrumental**), bien al hecho de que concurra una pluralidad de atacantes, siendo precisamente este último supuesto el más característico y el de mayor frecuencia en su aplicación (superioridad **personal**).

2º .- Que esa superioridad ha de ser tal, que **produzca una disminución notable en las posibilidades de defensa del ofendido, sin que llegue a eliminarlas**, pues si esto ocurriera nos encontraríamos en presencia de la alevosía, que constituye así la frontera superior de la agravante que estamos examinando. Por eso, la jurisprudencia mencionada viene considerando a esta agravante como una "alevosía menor" o de "segundo grado".

3º.- A tales dos elementos objetivos hemos de añadir otro de naturaleza subjetiva, consistente en que haya abuso de esa superioridad, esto es, que el agresor o agresores **conozcan esa situación de desequilibrio de fuerzas y se aprovechen de ella** para una más fácil realización del delito.

4º.- Que esa superioridad de la que se abusa **no sea inherente al delito**, bien por constituir uno de sus elementos típicos, bien porque el delito necesariamente tuviera que realizarse así.

Todos los cuales requisitos concurren inequívocamente en esta plural agresión, llegaran o no a anular la posibilidad de defensa.

Y mal cabe tildar de quiebra en la forma la precisión o no de quien portaba cuchillo ya que, como se dejó reiteradamente argumentado, la concurrencia plural hace todos ellos recíprocamente imputable objetivamente el resultado.

DÉCIMO NOVENO.- El cuarto de los motivos ya se sitúa en el ámbito de las denuncias de infracción constitucional para afirmar que la sentencia de instancia vulnera los derecho a la tutela judicial y a la presunción de inocencia. Lo primero por omitir datos o circunstancias que permitan conocer la verdad de lo ocurrido. Lo segundo por la insuficiencia del acervo probatorio para concluir con la imputación que la sentencia hace de comportamientos y resultados al recurrente.

La exuberante cita de jurisprudencia es tan generosa como cicatera la exposición de las razones de su aplicación al caso juzgado.

Baste reiterar lo ya dicho: la sentencia de instancia expone minuciosamente el resultado plural y concorde de los medios de prueba que permiten afirmar todos los datos fácticos que, de manera prolija y suficiente, dan cuenta de toda la realidad de lo ocurrido. A ella y a lo que de la misma dejamos más arriba expuesto nos remitimos para rechazar este motivo.

VIGÉSIMO.- El motivo quinto pretende ampararse en el art 846 bis c) apartado c) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal . Invocación incomprensible ya que ese precepto se circunscribe a recurso contra resoluciones dictadas en el ámbito de la Audiencia Provincial por el Tribunal del Jurado.

Invoca también el derecho a al tutela judicial, con amparo en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , olvidando que para ello el cauce es el del artículo 852. Se refiere a la vulneración del principio de proporcionalidad en la determinación de la pena, motivo que no se compadece con aquella garantía constitucional.

En todo caso en el elenco de circunstancias valorables que prolijamente cita el recurrente, no puede excluirse, como él olvida, la de la entidad del hecho y la agravante estimada. Ni que, en fin, la pena impuesta es acorde a la posibilidad legal que el motivo no discute.



VIGÉSIMO PRIMERO.- Finalmente invoca el recurrente la supuesta predeterminación del fallo mediante el uso de conceptos jurídicos que sustituyeran a hechos en el relato de los tenidos por probados. Ni siquiera indica cuales fueran tales conceptos.

La absoluta falta de exposición en el motivo lleva a su rechazo.

VIGÉSIMO.- De conformidad con el artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal deben imponerse a los recurrente las costas derivadas de sus respectivos recursos.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos **NO HABER LUGAR** a los recursos de casación interpuestos por Aida , Benedicto , Enrique , Hipolito y Marino , contra la sentencia dictada por la Sección Tercera de la **Audiencia Provincial de Madrid**, con fecha **16 de enero de 2014** . Con expresa imposición de las costas causadas en los presentes recursos de casación.

Comuníquese dicha resolución a la mencionada Audiencia, con devolución de la causa en su día remitida.

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

PUBLICACION .- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Luciano Varela Castro , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

FONDO DOCUMENTAL CEJUD