

Roj: **STS 4349/1999 - ECLI:ES:TS:1999:4349**Id Cendoj: **28079120011999103090**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **19/06/1999**Nº de Recurso: **924/1998**Nº de Resolución: **990/1999**Procedimiento: **RECURSO DE CASACIÓN**Ponente: **JOAQUIN MARTIN CANIVELL**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecinueve de Junio de mil novecientos noventa y nueve.

En el recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional que ante Nos pende, interpuesto por Gabino , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (sección 2ª), que le condenó por un delito de lesiones, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la Votación y Fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Joaquín MARTIN CANIVELL, siendo también parte el MINISTERIO FISCAL y la Acusación Particular de Manuel , estando representados, respectivamente, el recurrente por la Procuradora Dª Encarnación ALONSO LEON, y el recurrido por la Procuradora Dª Adela CANO LANTERO.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción número 40 de los de Madrid, instruyó Procedimiento Abreviado con el número 3049/97 contra Gabino y otros y, una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de la misma ciudad que, con fecha tres de Abril de mil novecientos noventa y ocho, dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

U N I C O .- " Carlos Miguel , nacido el 21-3-1.979, Juan Ignacio , nacido el 16-6-1978, Alfonso , nacido el 11-9-79, Gabino , nacido el 11-4-1.977 y Eusebio , nacido el 14-9-1.979, todos ellos sin antecedentes penales, frecuentaban los fines de semana los bares de los Bajos de Aurrerá en la C / Gaztambide, nº 20 de Madrid. Los acusados, al igual que muchos jóvenes habituales de esos bares, solían beber alcohol en abundancia, principalmente "minis" de cerveza, mientras recorrían los distintos locales y vestían con el "uniforme" de moda entre los chicos de la zona: cazadora, camiseta, botas militares o de motoristas, pelo muy corto. La zona es conflictiva, principalmente los fines de semana, cuando se llena de gente joven y son frecuentes las peleas.

En la tarde del 2-5-1.997 Carlos Miguel , Juan Ignacio y Alfonso se juntaron en uno de los bares de los Bajos de Aurrerá y como era habitual, empezaron a beber "minis" de cerveza (un litro), hacia las 22 horas seguían recorriendo bares y se juntaron con un conocido suyo, Gabino , con el que continuaron bebiendo. Hacia las 2 de la madrugada del 3 de Mayo se encontraban los cuatro en el Pub SISLEY y al grupo se unió otro grupo de conocidos en el que se encontraban Eusebio , Cosme , Remedios y María Purificación .

Hacia las 2'30 horas, Gabino , que se encontraba fuera del Pub SISLEY, vió un grupo de chicos y chicas formado por Manuel , Santiago , Miguel Ángel , Marí Juana y Andrea . Manuel y Miguel Ángel llevaban el pelo largo. Cuando Gabino les vió, entrar en el Pub Sisley y le dice a Carlos Miguel "hay unos guarros ahí afuera", Carlos Miguel , Juan Ignacio y Gabino , salen corriendo y diciendo "cortaros el pelo cabrones", Juan Ignacio se dirige hacia Miguel Ángel y le propina unos puñetazos en la espalda y unas patadas, lanzándole contra la puerta de un bar, ocasión que aprovechó Miguel Ángel para refugiarse dentro del bar.

Mientras tanto, Carlos Miguel , que salió agarrando en su puño el mosquetón o gancho metálico que solía llevar colgado del cinturón, se encuentra con Manuel y sin cruzar palabra con él le propina un fuerte puñetazo en el lado derecho de la cabeza y otro puñetazo en plena cara, a consecuencia de tales golpes



Manuel cae semiinconsciente al suelo y allí caído César y Carlos Miguel continúan propinándole fuertes patadas, principalmente en la cabeza, sangrando Manuel por la cara abundante y visiblemente y tras dejarle inconsciente se marcharon del lugar.

No ha quedado probado que Alfonso y Eusebio propinaran patadas o agredieran a Manuel .

Manuel , de resultas de la paliza recibida, sufrió fractura orbitaria y de arco cigomático derecho, fractura de huesos nasales y fractura de celdillas etmoidales de las que curó en 53 días durante los que precisó tratamiento médico y quirúrgico con dos días de ingreso hospitalario y 28 días de incapacidad total. Como secuelas le queda fractura parcial de dos dientes incisivos superiores que requieren reconstrucción odontológica y desviación de tabique nasal con importante alteración de la función respiratoria por la nariz que precisará intervención quirúrgica para su corrección".

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

F A L L A M O S : Que debemos **CONDENAR Y CONDENAMOS** a Juan Ignacio como responsable en concepto de autor de una falta de malos tratos a 3 fines de semana de arresto, a que indemnice a Miguel Ángel en 10.000.- pts. y al pago de las costas correspondientes a la falta.

Que debemos **CONDENAR Y CONDENAMOS** a Gabino y a Carlos Miguel como responsables en concepto de autores de un delito de lesiones, con la circunstancia agravante de alevosía, a 4 años y 6 meses de prisión para el primero y 5 años de prisión para el segundo, en ambos casos con inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena, a que indemnicen por mitad, y solidariamente a Manuel en 530.000.- pts. por sus lesiones y 1.200.000.- ptas. por sus secuelas y al pago de un cuarto de las costas correspondientes al delito cada uno de ellos.

Debemos **ABSOLVER Y ABSOLVEMOS** a Alfonso y a Eusebio del delito de lesiones por el que fueron acusados, declarando de oficio las dos cuartas restantes de las costas correspondientes al delito. No ha lugar a deducir testimonio contra Remedios y María Purificación por presunto delito de falso testimonio.

Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma pueden interponer recurso de casación, ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, por infracción de Ley o quebrantamiento de forma, en el plazo de CINCO DIAS, a contar desde la última notificación.

3.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional por Gabino , 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.

4.- La representación procesal de Gabino , basó su recurso en los siguientes **MOTIVOS DE CASACION:**

PRIMERO.- Por infracción de Ley y vía formal del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aduciendo vulneraciones por aplicación indebida del artículo 61 del Código penal, en relación con el artículo 15.1 y falta de aplicación de los artículos 16.1 y 62, ambos del Código Penal.

SEGUNDO.- Por el cauce procesal del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de Ley, alegando violación por aplicación indebida de la agravante de "alevosía" contemplada en la circunstancia 1º del artículo 22 del Código Penal vigente.

TERCERO.- Por la vía procesal del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal e infracción de Ley, alegando violación por su falta de aplicación, de la circunstancia 1º del artículo 21 del Código Penal, en relación con la circunstancia 2ª de su antecedente el artículo 20, y en su caso, de la circunstancia 6ª del mismo y citado artículo 20.

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

6.- Hecho el señalamiento para el Fallo, se celebró la Votación prevenida el 8 de Junio de 1.999.-

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- De los tres motivos que se utilizan en el recurso, los tres alegando infracción de Ley y por la vía formal del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el que encabeza el recurso apunta que el error de Derecho sufrido por el Juzgador de instancia ha consistido en indebida aplicación al recurrente de los artículos 61 y 15.1 del Código Penal correlativa a una indebida inaplicación de los 16.1 y 62 del mismo Código. La argumentación del recurrente consiste en afirmar que su conducta no merece la calificación de delito consumado sino tan solo de tentativa ya que, aun realizando todos los actos que debiera dar lugar al



delito, este no se produjo porque las lesiones se las había causado a la víctima el compañero del recurrente que previamente a él, le había golpeado en la cabeza y cara.

No se puede acoger la pretensión casacional que formula en este motivo el recurrente, porque la redacción de los hechos probados de la sentencia no establece la distinción entre conductas de los dos agresores y el resultado, antes bien, se expresa claramente en la narración de los hechos que, tras las dos primeros golpes propinados a la persona agredida por el compañero del recurrente, la víctima cae el suelo donde es maltratada a patadas sobre su cabeza, con los pies calzados de botas por los dos agresores, con lo que se deja claro que el actual recurrente cooperó a la causación de las numerosas heridas que sufrió el agredido, en la cabeza todas y con las secuelas dentarias deformantes que se describen en los hechos, y que no se especifica se causaran por los golpes en zona derecha de la cabeza y cara propinados por el coacusado. Amén de que, por otra parte, hay clara constancia en los hechos de un acuerdo entre los dos condenados, uno de ellos el que recurre, para realizar la acción lesionante y, por tanto, con aceptación por ambos de los resultados correspondientes a su acción conectada, con lo que se dan las circunstancias que nutrida jurisprudencia de esta Sala viene señalando para apreciar coautoría.

El motivo ha de ser desestimado.

SEGUNDO.- El motivo correlativo del recurso denuncia infracción de Ley producida al aplicarse indebidamente la circunstancia 1º del artículo 22 del Código Penal calificando la conducta del recurrente de alevosa.

En la alevosía se distingue la existencia de dos componentes, un objetivo que consiste en el aseguramiento del resultado de un delito contra las personas sin que, a la vez, haya riesgo para el agente que pudiera prevenir de la defensa de sí mismo por parte del ofendido; otro subjetivo que consiste en la existencia de un dolo del agente dirigido al aseguramiento del resultado dañoso alcanzable por la indefensión de la víctima y sin sufrir a su vez riesgo, con lo que se hace relevante una vileza y cobardía de la conducta, la que determina y explica un superior reproche social de tal conducta (sentencias, entre las más recientes, de 13 de Febrero, 9 de Junio, 16 de Octubre y 6 de Noviembre de 1.998).

Concurren en este caso en el comportamiento del recurrente los dos elementos antes expresados: una absoluta superioridad de los atacantes ante la indefensión de la víctima, que estaba totalmente inapercibida de que iba a ser golpeada y quedó inmediatamente a total merced de sus agresores, caída en el suelo y semiinconsciente, y la comprensión inmediata por éstos de estar en situación, que se apercibieron de que así aseguraban la comisión del hecho, sin tener que temer una reacción defensiva del caído, incapaz ya de adoptar cualquier reacción de defensa.

El motivo ha de ser desestimado.

TERCERO.- El último motivo del recurso apunta violación legal consistente en la falta de aplicación de la circunstancia atenuante primera del artículo 21 del Código Penal en relación con la segunda del artículo 20 del mismo Código, la que debería haberse estimado como configurativa de una eximente incompleta o, al menos, con aplicación del número 6º del dicho artículo 21, una atenuante analógica.

Como se ha reiterado con insistencia en la doctrina de esta Sala, no cabe en un motivo que se introduce por infracción de Ley, no aceptar los hechos que en la sentencia se hayan declarado probados. Y, en el presente caso para nada se dice que el recurrente al realizar los hechos se encontraba bajo los efectos de la ingestión de bebidas alcohólicas que le impidieran comprender la ilicitud del hecho que cometió o actuar de acuerdo con esa comprensión, ni siquiera de forma no completa. Tan solo consta que, desde las diez de la noche, se dedicaba en unión de otros compañeros a recorrer locales donde se expendían bebidas alcohólicas y, comenzando por beber minis de cerveza, siguieron todos bebiendo hasta el momento de ocurrencia de la agresión hacia las dos y media de la madrugada. Ningún dato hay que permita afirmar que ese beber fuera copioso y con producción de resultados sobre sus capacidades intelectivas o su control conductual, por lo que pretende el recurrente acudir a lo que sería mera suposición de la existencia de tales resultados. Con corrección se ha razonado en la sentencia que no procedía entender que existió una eximente incompleta, pues la ingestión alcohólica fué voluntaria y se desconocía la intensidad de una resultante embriaguez que solo podía suponerse, ni tampoco había constancia de que sufriera una grave adicción a tales sustancias que permitiera aplicarle el artículo 21.2º del Código Penal. A las alegaciones respecto a la atenuante incompleta, se añade ahora en el recurso la pretensión de que al menos se aprecie una atenuante, analógica de embriaguez, cuestión nueva no planteada en la instancia y que por ello ya merece ser desestimada. Pero, además resulta difícil la aplicación como analógica de una atenuante, que deriva de una eximente incompleta, a su vez derivada del número 2º del artículo 20 del Código Penal, porque la redacción de esta eximente por el legislador de 1.995 ha expresado el efecto que la intoxicación ha de producir: que impida al agente comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión. Es decir que tal efecto ha de alcanzar a uno de los tradicionales elementos del dolo: el conocimiento de la ilicitud de la conducta y la voluntad de realizarla pese a



la previa comprensión de qué es ilícita. En tales condiciones definitorias de la eximente, la derivada atenuante incompleta podrá apreciarse cuando, la comprensión de la ilicitud o la posibilidad de inhibición de la conducta a pesar de la comprensión, estén disminuídas en mayor o menor medida, pero indudablemente afectadas, sin que la carencia de este elemento esencial permita apreciar una atenuante analógica, ya que, como se ha repetido en la doctrina de esta Sala, si la analogía ha de basarse en los aspectos básicos que sean comunes con otras atenuantes y no en aspectos de mera similitud formal, no puede admitirse una que careciera de elementos básicos de la concreta atenuante con la que se pretenda emparejar como analógica, creando así una atenuante en realidad inexistente.

En el presente caso no hay base fáctica para afirmar que la ingesta por el recurrente de cervezas, en cantidad desconocida, antes de realizar la agresión, le hubiera alterado, aun mínimamente, su capacidad de comprensión de que lo que realizó era ilícito o su capacidad de inhibirse de realizarlo, y, en consecuencia el motivo ha de ser desestimado.

III. FALLO

F A L L A M O S : Que debemos DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACION interpuesto por Gabino contra sentencia dictada el tres de Abril de mil novecientos noventa y ocho por la Audiencia Provincial de Madrid, sección segunda, en causa contra el mismo y otros, seguida por delitos de lesiones, con expresa condena al recurrente en las costas ocasionadas por el recurso.

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 Joaquín Martín Canivell , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.