

AP Ciudad Real, Sección 1ª, S de 31 de Enero de 2006

Ponente: Casero Linares, Luis - Nº de Sentencia: 4/2006 - Nº de Recurso: 11/2005.

Ref. CJ 13191/2006

LESIONES. Acometimiento con arma blanca que ocasiona la inutilidad de miembro no principal. El resultado lesivo consistente en la atrofia de antebrazo aparece una inutilidad funcional que se equipara a la pérdida anatómica, a los efectos de la apreciación del subtipo agravado, siquiera se trate de un menoscabo parcial, pero sustancial y de carácter definitivo. RIÑA TUMULTUARIA. La agresión no encaja en el tipo de riña tumultuaria, vista desde su dinámica y resultado. AUTORÍA. La existencia de un "pactum scaeleris" autoriza a imputar las respectivas aportaciones al hecho de los plurales intervinientes, con independencia de la realización de los actos de ejecución material. ROBO CON VIOLENCIA. No consta la realidad de su presupuesto.

Normas

CP 1995 [art. 150](#)

En CIUDAD REAL, a treinta y uno de enero de dos mil seis

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

CIUDAD REAL

SENTENCIA: 00004/2006

Rollo: 11/2005

JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.2 de VALDEPEÑAS

PROCEDIMIENTO ABREVIADO nº 47/2004

SENTENCIA Nº 4/2006

=====< o:p>

ILTMOS SRES.

Presidente

D. JOSÉ MARÍA TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA

Magistrados

D. LUIS CASERO LINARES

D.ALFONSO MORENO CARDOSO

=====< o:p>

VISTA en juicio oral y público, ante la Sección 1ª de esta Audiencia Provincial la causa instruida con el número 47/2004, procedente del Juzgado de PRIMERA INST./INSTRUCCION nº 2 DE VALDEPEÑAS y seguida por el trámite de PROCEDIMIENTO ABREVIADO por el delito de ROBO y LESIONES, contra Gregorio, con tarjeta de residencia NUM000, nacido el 19-3-1968 en Zarnesti (Rumania), hijo de ANGEL y de VALERIA y Felipe, con tarjeta de residencia NUM001, nacido el 6-11-1978 en Rumania, hijo de MIHAI y de CORNELLA; en libertad, por esta causa ambos acusados, estando representado por los Procuradores Dª.CARMEN GARCIA MOTOS y FERNANDO FERNANDEZ MENOR y defendido por los Letrados D.MIGUEL DIAZ VELASCO y D.JOSE Mª.GOMEZ RODRIGUEZ. Siendo parte acusadora el Ministerio Fiscal, y como ponente el Ilmo.Sr. Magistrado D. LUIS CASERO LINARES.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Ministerio Fiscal en el acto del juicio oral, modifica sus conclusiones provisionales, calificando los hechos constitutivos de un delito de robo con violencia en grado de tentativa de los [arts. 237, 242.1](#) y 2, 16 y 62 del Código Penal y un delito de lesiones del [art. 150 del Código Penal](#), de los que considera responsable

en concepto de autor, a los acusados Gregorio y Felipe, sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y solicitó la pena de 2 años y 3 meses de prision por el delito de robo con violencia, y a cinco años de prision por el delito de lesiones, accesoria de privacion de sufragio pasivo y costas, y a que indemnicen a Gustavo en la cuantía de 71.174 euros por las lesiones causadas.

SEGUNDO.- La defensa de ambos acusados en igual trámite, elevaron a definitivas sus conclusiones provisionales.

HECHOS PROBADOS

Por unanimidad, declaramos expresamente probados los siguientes hechos:

ÚNICO: Apreciando en conciencia las pruebas practicadas, expresamente se declara probado que Gregorio, mayor de edad, de nacionalidad Rumana y sin antecedentes penales, sobre las 1,45 horas del día 7 de febrero de 2003 en compañía de otras siete personas no identificadas se dirigieron al Club La Rosa, sito en el Km 189,5 de la Autovía de Andalucía, intentando pasar primero tres de ellos y al no dejarlos los porteros del local, Gustavo y Javier, volvieron todo el grupo esgrimiendo cuchillos, un martillo y un arma de fuego, de tipo corta, calibre 38, abalanzándose el grupo sobre los mencionados porteros y muy especialmente sobre D. Gustavo al que golpearon y le causaron diversas lesiones por arma blanca en cuello, espalda, hombro derecho y brazo derecho, de las que tardó en curar 240 días de los cuales 6 estuvo hospitalizado y 180 incapacitado para dedicarse a sus ocupaciones habituales, quedándole como secuelas múltiples cicatrices postraumáticas localizadas en las zonas de heridas por arma blanca, parálisis por sección completa del nervio cubital a nivel del antebrazo derecho, atrofia de los músculos de la mano y deformidad en los músculos del antebrazo derecho con alteraciones de movilidad y pérdida de fuerza, que le incapacitan parcialmente para los trabajos que requieren esfuerzo físico en extremidades superiores.

Oído el tumulto por la personas que se encontraban en el lugar, salió el encargado del local con otras personas, dándose a la fuga los agresores en dos vehículos, uno de ellos propiedad del acusado con matrícula N-....-NZ, llegando a efectuar dos disparos el que portaba el arma que impactaron en el techo del hall de entrada donde se produjeron los hechos.

No se ha acreditado la participación en tales hechos de Felipe.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos declarados probados son constitutivos de un delito de lesiones previsto y penado en el [art. 150 del C.P.](#), tal como resulta de la prueba practicada.

En efecto, la agresión protagonizada contra D. Gustavo se integra dentro del delito de lesiones en tanto que el resultado de la misma implicó la necesidad de una asistencia médica que se engloba dentro del concepto de tratamiento médico al que hace referencia el art. 147. Siendo además que la sección completa del nervio cubital derecho, y como consecuencia de ello, la parálisis con atrofia y deformidad del antebrazo derecho suponen la inutilidad parcial o la deformidad de un miembro principal que es lo que expresamente se tipifica en el [art. 150 de nuestro Código Penal](#). Así la [STS nº 1330/04 de 11 de noviembre](#) a la hora de interpretar los conceptos englobados en los arts. 149 y 150 señala que: Esta Sala ha precisado ([STS 11-3-2004, núm. 321/2004](#)), que "tanto el artículo 149, como el 150, concretan el resultado lesivo no sólo a la pérdida sino también a la inutilidad de la función del órgano o del miembro corporal afectado, es decir, a la ineficacia del mismo para la función que tiene atribuida o a la pérdida que supone además de la ineficacia funcional el menoscabo anatómico."

Lo relevante recuerda la [STS núm. 1856/00, de 29-11-2000](#), "es que dicha pérdida de funcionalidad no debe ser entendida en su acepción literal, bastando un menoscabo sustancial de carácter definitivo, que es precisamente lo que se

describe en la transcripción anterior del "factum". 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. En el supuesto de que fuera susceptible de corrección quirúrgica habrá de valorarse la entidad de la intervención, la voluntariedad en su realización y la existencia de riesgos no exigibles al perjudicado.

La consideración de principal o no principal, concepto puramente valorativo, del órgano o miembro dependerá de si el órgano o función perdida o inutilizada desarrolla una función que si bien no es esencial para la vida ha de realizar una función relevante para la misma, la salud o el normal desenvolvimiento del individuo."

Por su parte, la STS de 13-2-91, a su vez, incide en que "no es imprescindible que se produzca la pérdida total de un miembro, bastando su inutilidad parcial como indica la sentencia de 19 de enero de 1989, que curiosamente recoge ejemplos de pérdidas parciales de miembros en que el Tribunal Supremo entendió aplicable tal precepto; así tenemos: la inutilidad para la flexión del dedo índice de una mano (29 de mayo de 1917); limitación de los movimientos de un brazo o de una mano (22 de mayo de 1928); imposibilidad de flexión completa del segundo dedo de la mano izquierda y limitación en la flexión y extensión del dedo medio de la propia mano (22 de mayo de 1957)."

Por la defensa del acusado se impugnaron expresamente la documental médica obrante en autos, indicando que no podía ser tomada en cuenta en tanto que no había sido ratificada en el plenario por el médico forense que emitió el informe. Ante tal alegación, ciertamente este Tribunal no entiende la razón de no hacer comparecer al médico forense pero esta ausencia no impide llegar a las conclusiones que antes se apuntaron, en tanto que este Tribunal pudo ver al lesionado y oír sus manifestaciones sobre las heridas sufridas y sus consecuencias, relato que coincide con el recogido en los informes médicos obrantes en autos y no solo la pericial realizada por el médico forense, sino también la información médica

procedente del Centro de Salud y hospitales de nuestra red pública asistencial. Ciertamente no cabe en el ámbito penal hacer presunciones en contra del reo, pero tampoco puede descartarse todo un conjunto de pruebas documentales por una alegación meramente formal, sin contenido contradictorio alguno, cuando de la actividad probatoria desplegada en el plenario se comprueba su veracidad.

SEGUNDO.- La imputación por tentativa de robo que se mantiene por la Fiscalía en base, se dice, a la exigencia de dinero a los porteros por parte de sus agresores no puede ser tenida por probada, pues si bien es cierto que en distintas declaraciones que obran en los autos y en el plenario por parte de D. Gustavo se afirma que efectivamente les pidieron dinero, respondiendo ellos que no tenían pues en ese local no se cobraba entrada, también lo es que tales manifestaciones quedan desdibujadas por la confusión generada por la agresión sin que existan vestigios de ese intento de robo y las evidentes contradicciones en las que incurrió el otro portero Sr. Javier en su declaración en el plenario, así como por el conocimiento que, al menos, parte de los agresores debían tener de que en ese local no se cobraba entrada ya que según declaración del encargado estuvieron también el día de antes. Todo ello configura un conjunto probatorio contradictorio que impone la aplicación del principio de in dubio pro reo y, por tanto, no poder tener por probada esa exigencia de dinero por parte de los agresores.

TERCERO.- Es autor penalmente responsable del delito el acusado Gregorio, por su participación directa y voluntaria en la comisión de los hechos que se han declarado probados, según determina el [art. 28 del C.P.](#); no así el otro acusado Felipe, pues la única prueba al respecto es el reconocimiento efectuado en la correspondiente rueda por D. Gustavo, y ni tan siquiera este testigo es capaz de afirmar con rotundidad que fuera uno de los asaltantes, por lo que el margen de duda que el propio testigo reconoce unido, como decimos, a que ninguna otra circunstancia lo asocia con los hechos, pues por tales no podemos tener la amistad con el otro acusado o el que usara de alguna ocasión su vehículo, es por lo que debe tenerse por no probada su participación en los mismos.

No ocurre así con Gregorio quien es reconocido sin ningún género de dudas tanto por el portero como por el encargado, tanto durante la instrucción a través de las correspondientes ruedas de reconocimiento como en el propio plenario.

Su alegación de que no pudo estar en el lugar de los hechos ya que se encontraba trabajando en un pueblo de Madrid, carece de toda consistencia, pues dada la hora en la que ocurrieron los hechos (sobre la 1,45) y la hora a la que empezó a trabajar (las 7,30) es evidente que no existe incompatibilidad.

El reconocimiento efectuado por las dos personas antes señaladas se muestra plenamente veraz, además de que debe conectarse con la circunstancia de que uno de los vehículos utilizados por los agresores era el suyo, por más que haya pretendido desnaturalizar ese hecho señalando que el coche pertenecía en realidad a terceros siendo su titularidad meramente nominal, circunstancia tampoco probada y expresamente desmentida por el otro acusado.

Reconocido autor de los hechos, los mismos le son imputables con independencia de su concreta actuación, en tanto que existió un evidente ánimo en el grupo de agresión hacía los porteros como lo evidencia el dirigirse contra ellos esgrimiendo todo tipo de elementos peligrosos y en una actuación premeditada surgida tras el primer enfrentamiento por parte de tres miembros del grupo. Así lo mantiene nuestra jurisprudencia, y como muestra de ello el Tribunal Supremo en relación a unos hechos similares señala en su sentencia nº 333/05 de 15 de marzo que: El motivo no puede ser acogido, porque el elemento esencial de la figura de la riña tumultuaria es la existencia de diversas personas que se acometan violentamente de manera recíproca, esto es, que simultáneamente sean agresores y agredidos, y no es esto lo que relatan los hechos probados al describir la acción en la que resultan lesionados los agredidos, perfectamente individualizada y separada del incidente precedente, en la que no existe un acometimiento mutuo, sino la agresión del grupo atacante a los finalmente lesionados como una suerte de represalia o venganza por el trato que los acusados habían recibido en el pub del que fueron expulsados, lo que generó que en una acción posterior y jurídicamente

independiente, formaran un grupo, provisto de instrumentos sin duda peligrosos y, como acertadamente alega el Fiscal, regresaran a las inmediaciones del local atacando a aquéllos y produciéndoles lesiones diversas.

Hay, por lo tanto, una voluntad común del bando de los recurrentes de lesionar a los del otro bando seguida de actos que la evidencian y, por consiguiente, Jose Miguel y Lucio deben ser considerados coautores de los delitos y faltas que se les atribuyen independientemente del alcance de los maltratos que causaran individualmente. Así lo demanda el "pactum scaeleris" previo seguido de actos ejecutivos que lo materializaron.

En este punto debemos señalar que todos los que forman parte del grupo que con instrumentos contundentes y peligrosos y con el propósito común de agredir atacan a las víctimas, son corresponsables de los resultados lesivos producidos, aunque no haya podido determinarse la persona o personas concretas que ocasionaron las lesiones, pues las consecuencias de la acción se expanden a todos los partícipes en el ataque violento en virtud de la teoría de la comunicabilidad de la responsabilidad respecto a los resultados previsibles del "pactum scaeleris" expreso o tácito que constituían el objetivo de todos los componentes del grupo agresor.

CUARTO.- No concurren en el acusado circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

QUINTO.- La pena a imponer al acusado será la de cuatro años de prisión, pues el relato de hechos denota la especial gravedad de lo acontecido y la especial peligrosidad del acusado, pues de un incidente nimio con un portero se genera una respuesta absolutamente desproporcionada por la violencia desplegada y sus consecuencias finales. Tampoco debe olvidarse que la diferencia entre el art. 149 y el 150 estriba en el hecho de que la lesión afecte a un órgano principal o no, suponiendo aquél una mayor pena, y aun cuando la fiscalía acusa por el tipo del art. 150 lo cierto es que la limitación afecta a la mano derecha tal como se nos

relató por el propio perjudicado, por lo que también en sus consecuencias estamos ante acción especialmente grave.

SEXTO.- A tenor de lo dispuesto en el [art. 123 del C.P.](#) y concordantes, las costas procesales causadas se impondrán al acusado condenado, aunque solo en una sexta parte, dado que el otro acusado es absuelto y la condena lo es solo por uno de los delitos por los que finalmente resultó acusado.

SÉPTIMO.- El [art. 116 C.P.](#) establece que toda persona responsable criminalmente de un delito o falta lo es también civilmente, debiendo acogerse la petición del Ministerio Fiscal al respecto de indemnizar al perjudicado con 71.174 €, pues tal cantidad es acorde con el conjunto de secuelas que presenta, que afectan tanto al orden estético como a la posibilidad de utilización de la mano derecha, con la incapacidad que para sus ocupaciones habituales se le han producido.

En atención a lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el Pueblo Español,

FALLAMOS

Que por unanimidad debemos condenar y condenamos a Gregorio, como autor responsable de un delito de lesiones del [art. 150 del C.P.](#), a la pena de 4 años de prisión, con inhabilitación especial durante este tiempo del derecho de sufragio pasivo y a que satisfaga un sexto de las costas procesales causadas, debiendo indemnizar a D.Gustavo en la cantidad de 71.174 €, con los intereses legales establecidos en el [art. 576 de la L.E.C.](#)

Asimismo, por unanimidad debemos absolver y absolvemos a Felipe de los delitos de que venía acusado y a Gregorio del delito de tenencia ilícita de armas, declarando de oficio las quintas sextas partes de las costas ocasionadas.

Para el cumplimiento de la pena impuesta será de abono al condenado Gregorio la totalidad del tiempo que ha permanecido cautelarmente privado de libertad por esta causa.

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.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 15., de la Ley 35/95 de 11 de noviembre, BOE 12-12- 95, notifíquese la presente sentencia al perjudicado que aparece como víctima del delito objeto de este proceso, librándose los despachos necesarios al efecto.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará certificación al Rollo de Sala y se anotará en los Registros correspondientes lo pronunciamos, mandamos y firmamos. JOSÉ MARÍA TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, LUIS CASERO LINARES Y ALFONSO MORENO CARDOSO.- RUBRICADO.

PUBLICACIÓN: En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

DILIGENCIA:

Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.

Referencia Cendoj: 13034370012006100052