



Roj: **STS 1414/2019 - ECLI:ES:TS:2019:1414**

Id Cendoj: **28079120012019100282**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **29/04/2019**

Nº de Recurso: **569/2018**

Nº de Resolución: **219/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 515/2018,**  
**STS 1414/2019**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 219/2019**

Fecha de sentencia: 29/04/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 569/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 09/04/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Julian Sanchez Melgar

Procedencia: A.P. Madrid

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Transcrito por: BDL

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 569/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Julian Sanchez Melgar

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 219/2019**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julian Sanchez Melgar

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Alberto Jorge Barreiro

Dª. Carmen Lamela Diaz



D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 29 de abril de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de Ley y de precepto constitucional interpuesto por las representaciones legales de **DON Fausto y DON Fernando** , contra Sentencia 48/2018, de 22 de enero de 2018 de la Sección 16ª de la Audiencia Provincial de Madrid, dictada en el Rollo de Sala PAB 86/2017 , dimanante de las Diligencias Previas de P.A.núm. 823/2012 del Juzgado de Instrucción núm. 42 de Madrid, seguidas por delito de lesiones contra mencionados recurrentes. Los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación, votación y fallo, bajo la Presidencia del primero de los indicados. Han sido partes en el presente procedimiento: el Ministerio Fiscal, y como recurrentes los acusados que también actúan como acusación particular: Don Fausto representado por la Procuradora de los Tribunales Doña Isabel Herrada Martín y defendido por el Letrado Don Armando Palmerín Amicis, y Don Fernando representado por la Procuradora de los Tribunales Doña Gema Fernández Blanco San Miguel y defendido por el Letrado Don Emilio José Rodríguez Marqueta.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Julian Sanchez Melgar.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.**- El Juzgado de Instrucción núm. 42 de Madrid incoó P.A núm. 823/12 por delito de lesiones contra **DON Fausto y DON Fernando** , y una vez concluso lo remitió a la Sección 16ª de la Audiencia Provincial de Madrid, que con fecha 22 de enero de 2018 dictó Sentencia núm. 48/2018 , que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS:**

<<Se declara probado que sobre las 5.00 horas del día 19 de marzo de 2012 en la discoteca Space ubicada en la C/ Agustín de Foxá de Madrid, el acusado Fausto , mayor de edad y sin antecedentes penales agredió al también acusado Fernando , mayor de edad y con antecedentes penales cancelables, propinándole un puñetazo cayendo al suelo y, junto con otras personas cuya identidad no ha sido probada, le siguió golpeando con patadas y puñetazos, dejándole con un brazo lesionado, causándole en concreto lesiones consistentes en fractura de cúbito derecho con luxación de cabeza de radio derecho, (fractura de Monteggia), las cuales necesitaron para su curación, además de primera asistencia, tratamiento médico quirúrgico y rehabilitación, de las que tardó en curar 456 días, de los cuales 6 días lo fueron de estancia hospitalaria, y de entre los de sin estancia hospitalaria, 450 lo fueron con impedimento, quedándole como secuelas limitación de la extensión de codo derecho de los últimos 26°, déficit de supinación de unos 30°, cicatriz de 10 centímetros en tercio inferior de brazo derecho, cicatriz de 12 centímetros en cara posterior de antebrazo derecho y material de osteosíntesis en antebrazo. Una vez conducidos al exterior del local por los porteros de la discoteca, continuaron agrediendo, ahora también con hebillas de cinturón, pero sin que se haya probado que el citado acusado Fausto (sic) llegara a emplear una hebilla de cinturón para agredir y ni que hubiera habido concierto con los que la utilizaban.

El acusado Fausto , llegó a sufrir lesiones consistentes en herida inciso contusa en ceja izquierda, la cual precisó, además de primera asistencia, tratamiento médico de sutura de herida con cuatro puntos y anestesia local, de las que tardó en curar siete días sin impedimento, no habiéndose probado que fueran causadas por el otro acusado Fernando .>>

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

<<Que debemos **CONDENAR** y **CONDENAMOS** al acusado Fausto como criminalmente responsable en concepto de autor de un delito de lesiones, ya definido, con la concurrencia de la circunstancia atenuante ordinaria de dilaciones indebidas, a la pena de un año y cinco meses de prisión, con la accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como a indemnizar Fernando en las cantidades de 45.600 euros por los días que tardó en curar y en 100.000 euros por las secuelas causadas, cantidades que devengarán el interés previsto legalmente, con la obligación de abonar el pago de la mitad de las costas procesales causadas, incluidas las correspondientes a la acusación particular.

Y que debemos **ABSOLVER** y **ABSOLVEMOS** a acusado Fernando del delito de lesiones por el que había sido acusado, declarándose de oficio la mitad de las costas procesales.

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



**TERCERO.-** Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de Ley y de precepto constitucional por las representaciones legales de **DON Fausto y DON Fernando** , que se tuvo 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.

**CUARTO.-** El recurso de casación formulado por la representación legal de DON Fernando se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

**Motivo primero.** - Inaplicación del artículo 22.2 CP .

**Motivo segundo.**- Inaplicación del artículo 148 CP .

**Motivo tercero.**- Inaplicación del artículo 149 CP .

**Motivo cuarto.**- Indebida aplicación del artículo 120.3 del C.P .

El recurso de casación formulado por la representación legal de DON Fausto se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACION:**

**Motivo primero.**- Infracción de la ley, doctrina legal e infracción del precepto constitucional, al amparo del artículo 849.1 de la LECri. Y del artículo 5.4 de la LOPJ , en relación con el artículo 24 de la C.E ., por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y aun proceso con todas las garantías y derecho a la defensa, basándose en los particulares obrantes en la causa relativos a las declaraciones del acusado, así como de las declaraciones de todos los testigos y los informes periciales y documental, al no ser los hechos constitutivos de un delito de lesiones del artículo 147.1 del C.P .

**Motivo segundo.** - Por quebrantamiento de forma, al amparo del artículo 851, apartado 3, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por no resolver la Sentencia todos los puntos que han sido objeto de la defensa.

**QUINTO.-** Instruido el **MINISTERIO FISCAL** del recurso interpuesto estimó procedente su decisión sin celebración de vista y solicitó la inadmisión del mismo y subsidiariamente lo impugnó, por las razones expuestas en su informe; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

**SEXTO.-** Por Providencia de esta Sala de fecha 6 de marzo de 2019 se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 9 de abril de 2019; prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** - La Sección Décimosexta de la Audiencia Provincial de Madrid, condenó a Fausto como autor criminalmente responsable de un delito de lesiones y absolvió a Fernando de otro delito de idéntica naturaleza, a las penas que dejamos expuestas en nuestros antecedentes, frente a cuya resolución judicial ha recurrido en casación el aludido acusado en la instancia y la representación procesal de la acusación particular, recursos que seguidamente procedemos a analizar y resolver.

Recurso de Fausto .

**SEGUNDO.-** Este recurrente, en su primer motivo, al amparo en lo autorizado en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el artículo 5.4 de la LOPJ , en relación con el artículo 24 de la C.E ., invoca la infracción del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías y derecho a la defensa, basándose en los particulares obrantes en la causa relativos a las declaraciones del acusado, así como de las declaraciones de todos los testigos e informes periciales y documental, "al no ser los hechos constitutivos de un delito de lesiones del artículo 147.1 del C.P .".

En realidad, el recurrente, como dice acertadamente el Ministerio Fiscal en esta instancia casacional, discrepa de la valoración de las pruebas realizada por el Tribunal de instancia, manifestando que no hubo agresión por su parte.

A tal efecto, cabe significar que la sentencia recurrida contiene una amplísima fundamentación jurídica, en la que valora las pruebas practicadas y expresa cuáles son las que determinan la participación del recurrente en los hechos que se le atribuyen.

En efecto, la Audiencia basa su convicción en las declaraciones firmes y persistentes efectuadas por la víctima de las lesiones, Fernando , quien señaló que todo se produjo en el interior de la discoteca Space, enfrentamiento que se produce con Fausto , tanto en el interior de la misma, cuanto que se prolongó fuera de la misma. Declara que Fausto le golpeó dentro y fuera del local, junto con otras personas, tirándole al



suelo dentro del establecimiento, causándole lesiones en el brazo, destacando que le siguieron golpeando (grupo) fuera del local, junto con otras tres o cuatro personas más, identificando al acusado con total seguridad, en diligencia de reconocimiento fotográfico (folio 23 de las actuaciones), y que "esa cara no se le olvida".

Toma en consideración el Tribunal sentenciador las declaraciones testificales de Fernando , amigo de Fernando , quien relata el origen del incidente, de manera que fue como consecuencia que Fernando hablaba con una chica, acercándose Fausto y golpeando a su amigo. Ante ello, vinieron los porteros a echarles y fuera de la discoteca de nuevo es golpeado en el suelo, por parte del acusado Fausto junto con otras tres o cuatro personas más, tanto dentro como fuera de la discoteca.

Se valora la declaración testifical de los funcionarios policiales que fueron avisados ante la pelea, y como vieron que los agresores se escondían entre los coches, el testigo indicó a la policía quienes eran y ésta les siguió. Se trata de los Policías Nacionales con carnet profesional n.º NUM000 y NUM001 .

En efecto, tales funcionarios declararon que fueron comisionados por la emisora al ser informados de una reyerta en una discoteca, y que cuando llegaron había dos personas heridas. Que una persona les indicó por dónde se marchaban esas personas del lugar, les dicen que los autores están entre los coches del parking, "les pillan, les paran y les filian". Los policías se ratifican en la minuta obrante a los folios 6 y 7 de las actuaciones. En la referida minuta policial consta su actuación, es decir, que cuando acuden los funcionarios policiales a la discoteca, los mencionados Doroteo e Fernando identifican a los autores, entre los que está el acusado Fausto , lo que se corresponde con la identificación que refiere el testigo Doroteo en el lugar de los hechos cuando llega la policía, apreciándose en dicho reconociendo una identificación perfectamente creíble ante la proximidad en el tiempo y en el espacio de los hechos y la espontaneidad en el mismo; que los agentes identifican a Fausto como agresor, que estaba a punto de abandonar el parking de la estación en un vehículo, dato éste apuntado por los policías actuantes que se compadece con lo dicho por el acusado Fernando y el testigo Doroteo , que permite inferir que el otro acusado Fausto trataba de huir; que se persona el SAMUR informando que Fernando puede tener el brazo derecho fracturado.

La Audiencia también valora el contenido de las diligencias policiales en donde consta que Fernando comparece el día 24 de marzo de 2012 en Comisaría, denunciando la agresión sufrida, cuyo contenido básicamente coincide con lo dicho por el mismo en el Juzgado de Instrucción y en el plenario.

En tales diligencias policiales, el lesionado reconoce fotográficamente sin ningún género de dudas al otro acusado Fausto como autor de los hechos, lo que, como hemos visto, es ratificado en la vista.

Con respecto a la prueba de descargo, también se analizan las declaraciones efectuadas por el acusado Fausto y los testigos amigos de éste Joaquín , Juan y Justiniano , quienes ponen de manifiesto que el citado acusado Fausto estuvo en la fecha de los hechos en la discoteca Space, que el precitado acusado estuvo en el escenario de una reyerta. Los jueces "a quibus" señalan que no consideran creíbles por las razones expuestas en la sentencia recurrida las declaraciones de los testigos de descargo.

Las lesiones sufridas por Fernando se hacen constar en el parte de lesiones de la fecha de los hechos sobre las 5, 50 horas, emitido por el SAMUR y en el Informe Médico forense de Sanidad a los folios 128 y 129 de las actuaciones, las cuales concuerdan con la agresión que describe el mismo haber sufrido.

La función de esta Sala, en la actuación del control casacional del derecho a la presunción de inocencia, no puede limitarse a constatar -decíamos en nuestra STS 49/2008, 25 de febrero - la coherencia del *factum* en su dimensión exclusivamente formal, en lo que tiene de narración, más o menos certera, de un suceso histórico. Por el contrario, ha de extender su conocimiento al grado de racionalidad que ese juicio histórico presenta frente al resultado material de la prueba practicada. De manera que la Audiencia ha de construir el juicio de autoría con arreglo a un discurso argumental lógico, coherente, expresivo del grado de certeza exigido para fundamentar cualquier condena en el ámbito de la jurisdicción penal. Y, en la imputación jurisdiccional de un hecho criminal, no valen, desde luego, las intuiciones valorativas ni la proclamación de presentimientos percibidos como reales. Lo contrario supondría alejar el proceso penal y, de modo especial, las técnicas de valoración probatoria, de su verdadero fundamento racional. En definitiva, la afirmación del juicio de autoría no puede hacerse depender de una persuasión interior, de una convicción marcadamente subjetiva y, como tal, ajena al contenido objetivo de las pruebas. Esta Sala sólo puede avalar un modelo racional de conocimiento y valoración probatoria en el que no tienen cabida las proclamaciones puramente intuitivas y, como tales, basadas en percepciones íntimas no enlazadas con el resultado objetivo de la actividad probatoria desplegada por las partes.

En el caso enjuiciado, como hemos visto, la enervación de la presunción de inocencia del acusado se ha llevado a cabo con ejemplaridad.

En consecuencia el motivo no puede prosperar.

**TERCERO.** - En el motivo segundo, y al amparo de lo autorizado en el art. 851.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se censura el vicio sentencial denominado incongruencia omisiva.

En el desarrollo del motivo, el autor del recurso se limita a señalar: "Tal como consta en la sentencia, la misma, con relación a la prueba practicada relativa a los testigos propuestos por esta defensa no viene a razonar el motivo por el que considera que, los mismos, no se ajustan a la realidad, sino que realiza una mera interpretación de su credibilidad, siendo el testimonio uno de los puntos planteados, por esta defensa, para interesar una sentencia absolutoria del acusado".

Es decir, está reproduciendo alegaciones anteriores relativas al patrimonio probatorio de la sentencia recurrida, y no vicio sentencial alguno.

El motivo no puede prosperar.

Recurso de Fernando .

**CUARTO.** - En su motivo primero, y al amparo de lo autorizado en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el recurrente denuncia la indebida inaplicación del art. 22.2ª del Código Penal .

Estima la parte recurrente que la agresión del acusado sobre el recurrente, reúne todos y cada uno de los requisitos para aplicar la agravante de abuso de superioridad, toda vez que el primer ataque fue sorpresivo mediante un puñetazo con el que el recurrente cayó al suelo, lo que fue aprovechado por el acusado para seguir golpeando con patadas y puñetazos al recurrente, que a su vez también fue agredido por otros individuos.

La narración histórica de la sentencia recurrida describe cómo el recurrente fue agredido por el acusado: "*propinándole un puñetazo cayendo al suelo y, junto con otras personas cuya identidad no ha sido probada, le siguió golpeando con patadas y puñetazos, dejándole con un brazo lesionado, causándole en concreto lesiones ...*".

**La circunstancia agravante de abuso de superioridad, según reiterada jurisprudencia de esta Sala 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 concorra 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.**

La Audiencia no aprecia la circunstancia agravante de abuso de superioridad en tanto que no se ha podido identificar a las demás personas que agredieron a recurrente, ni, por tanto, que el acusado se hubiera aprovechado o hubiera utilizado el hecho de actuar en concierto con otras para obrar todas ellas contra una única persona, el recurrente.

Tampoco se considera probado la utilización o el aprovechamiento de medio alguno por el acusado que supusiera un desequilibrio con relación a la víctima, como el empleo de algún instrumento o el aprovechamiento de una mayor corpulencia física para su acción lesiva. Sin embargo, este extremo es objeto de otro motivo casacional.

Para apreciar la circunstancia agravante de superioridad tienen que concurrir, sustancialmente, los referidos elementos: objetivo, subjetivo y formal.

El elemento objetivo es doble. Por un lado requiere una superioridad medial o instrumental, o bien personal, y por otro lado, que tal superioridad produzca una disminución de las posibilidades de defensa, razón por la cual se le ha denominado a esta agravante alevosía de segundo grado.

En el caso enjuiciado, la agresión cumple sobradamente con este requisito. Conforme a los hechos declarados como probados, el ataque fue plural (varias personas), y en la fundamentación jurídica se habla de tres o cuatro personas frente a una, el lesionado. De manera que concurre el requisito de la superioridad personal, aunque no instrumental, por el uso de la referida hebilla, como veremos más adelante. Desde el plano de la disminución de la defensa, es evidente que tal desequilibrio personal produce tal consecuencia, puesto que el ataque de varias personas frente a una, a falta de otros datos como la corpulencia o condiciones físicas, indudablemente produce una disminución de las posibilidades de defensa del lesionado, como aquí aconteció.

Con respecto al aprovechamiento de la situación, la Sala sentenciadora de instancia lo relaciona con el hecho de no haberse identificado "probatoriamente las demás personas que le agredieron, por lo que no se puede estimar probado que el acusado se hubiera aprovechado o hubiera utilizado el hecho de actuar en concierto con otras para obrar todas ellas con una única persona, el mencionado Fernando ". Sin embargo, este elemento interpretativo no resulta del todo acertado, puesto que el aprovechamiento no resulta del conocimiento de los demás atacantes, ni siquiera del concierto previo para agredir, pues resulta claro que el ataque de dos bandas juveniles distintas, frente a una sola persona, daría lugar a la estimación de la agravante aunque no hubiera habido concierto previo, incluso aunque no se hubiera identificado a todos ellos. Lo mismo ocurriría si en una pelea individualmente contendida, se hubieran sumado otros atacantes sin previo concierto con el agresor, aunque finalmente no resultara acreditada su filiación.

Quiere con ello decirse que concurren todos los requisitos, pues el formal, esto es, que tal 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, no tiene incidencia en el delito que estamos juzgando.

El motivo será estimado, y en la segunda sentencia que hemos de dictar al efecto, procederemos a individualizar la pena imponible.

**QUINTO.** - En el motivo segundo, y por idéntica vía impugnativa, el recurrente reclama la aplicación del art. 148.1º del Código Penal , en tanto que considera que concurre el subtipo agravado de realizar la agresión utilizando instrumento peligroso, toda vez que se utilizó la hebilla de un cinturón.

El motivo no puede prosperar.

Dada la vía que alumbró el motivo, se han de respetar los hechos probados en toda su significación, y la sentencia recurrida expresa que *"No se puede considerar probado, con el rigor exigible en un proceso penal, que el acusado Fausto empleara como medio comisivo para agredir a Fernando un cinturón o una hebilla, dada la confusión que al respecto se deriva de la participación de tres o cuatro personas más junto al citado Fausto en la agresión, no habiéndose precisado de una forma contundente tal punto en el Plenario, y sin que tampoco se pueda inferir que el acusado Fausto actuara de mutuo acuerdo con los otros"*.

Y la Audiencia lo refuerza desde el plano del dictamen pericial obrante en autos: *"Tampoco se ha probado mediante pericial médica que el resultado lesivo sufrido por el Fernando hubiera tenido su causa en haber sido golpeado con hebillas de cinturones"*.

También expresa la Sentencia recurrida: *"En el presente caso, no se ha probado que el acusado Fausto hubiera empleado en la realización de la agresión medio o instrumento peligroso alguno, pues no se ha podido probar de una manera individualizada que el acusado Fausto hiciera uso de hebilla de cinturón, no probándose tampoco que el referido acusado hubiera actuado de mutuo acuerdo con las demás personas que también agredieron a Fernando "*.

En consecuencia, al haberse articulado el motivo por la vía del nº 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , no se respetan los hechos probados ( art. 884-3º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ), y en consecuencia, tal causa de inadmisión ahora se traduce en desestimación.

**SEXTO.** - En el motivo tercero, por idéntica vía impugnativa, el recurrente reclama la aplicación del art. 149.1 del Código Penal , dado que, en su tesis, la limitación de movilidad del brazo derecho supone en la práctica su inutilidad de un miembro principal.

La comisión del delito de lesiones precisa la concurrencia de un elemento objetivo, definido por la existencia de un daño a la víctima, y de otro subjetivo, consistente en el dolo de menoscabar la integridad o la salud física o mental del sujeto pasivo ( STS 8-09-2003 ). Pues bien, respecto al elemento objetivo, la sentencia recurrida describe con precisión en su *factum* las consecuencias de la agresión sufrida por la víctima. Indicando en dicho relato que al recurrente le han quedado "como secuelas limitación de la extensión de codo derecho de los últimos 26º, déficit de supinación de unos 30º, cicatriz de 10 centímetros en tercio inferior de brazo derecho, cicatriz de 12 centímetros en cara posterior de antebrazo derecho y material de osteosíntesis en antebrazo".



La parte recurrente pretende que se aplique el art. 149.1 del Código Penal , que prevé el castigo de 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".

El motivo no puede ser estimado, porque como acertadamente expone el Ministerio Fiscal en esta instancia casacional, aunque efectivamente la jurisprudencia considera que el brazo es un miembro principal, toda vez que desarrolla una actividad funcional independiente y relevante para la vida, la salud o el normal desenvolvimiento del individuo ( STS 1696/2002, de 14 de octubre ; 1856/2000, de 29 de noviembre ó 321/2004, de 11 de marzo de 2004 ), lo que habría determinado la aplicación del artículo 149 en el caso de que se hubiese apreciado pérdida o inutilidad en dicho miembro, sin embargo, las secuelas que se expresan probadas han sido conceptuadas por el informe médico pericial obrante en el procedimiento, como limitación.

Esta Sala Casacional ha declarado que la pérdida del miembro 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. Pero no toda alteración física puede considerarse pérdida, inutilidad o grave deformidad.

En el caso, el Tribunal sentenciador expresa que no *"podemos considerar que en este supuesto la víctima Fernando haya sufrido una deformidad de tal relevancia como para integrar un subtipo agravado, teniendo en cuenta la ubicación de las cicatrices, a la vista del brazo afectado en el Acto del Plenario, así como la información pericial médico-forense al respecto"*.

En suma, nos encontramos con una limitación de extensión del codo derecho de los últimos 26 grados y déficit de supinación de unos 30 grados.

En consecuencia, no existe pérdida o inutilidad total, por lo que el motivo no puede prosperar.

**SÉPTIMO.** - En el cuarto motivo, de igual forma encauzado por pura infracción de ley, se denuncia ahora la indebida inaplicación del art. 120.3 del Código Penal .

Estima la parte recurrente que debió declararse la responsabilidad civil subsidiaria de la discoteca de Madrid SPACE OF SOUND, local en el que se produjo la agresión, toda vez que los porteros de la misma se limitaron a expulsar del local a los intervinientes en la agresión, así como al agredido, lo que facilitó que siguiera produciéndose la misma.

La sentencia recurrida expresa la respecto que *"no se considera procedente la declaración de una responsabilidad civil subsidiaria de una entidad, DISCOTECA SPACE OF SOUND, cuyo representante legal no ha podido ser traído a Juicio por desconocerse su paradero"*.

Por lo demás, en el relato factico se expresa que los hechos se produjeron en la discoteca SPACE, pero no consta ni se hace referencia a elemento o circunstancia que permita considerar a directivo, administrador, dependiente o empleado como responsable de los hechos. Por lo demás, la actuación de los porteros expulsando a los implicados en la pelea, impide la responsabilidad civil subsidiaria al respecto.

#### **Costas procesales.**

**OCTAVO.** - Se imponen las costas procesales a la representación procesal de Fausto por haberse desestimado su recurso, y se declaran de oficio las costas procesales del recurso de Fernando , al estimarse parcialmente, con devolución del depósito en el caso de que éste hubiera sido constituido ( art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ).

#### **FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

**1º.- DESESTIMAR** el recurso de casación interpuesto por la representación legal de **DON Fausto** contra Sentencia 48/2018, de 22 de enero de 2018 de la Sección 16ª de la Audiencia Provincial de Madrid . **CONDENAMOS** a dicho recurrente al pago de las costas procesales ocasionadas en la presente instancia por su recurso.

**2º.- ESTIMAR PARCIALMENTE** el recurso de casación interpuesto por la representación legal de **DON Fernando** , contra Sentencia 48/2018, de 22 de enero de 2018 de la Sección 16ª de la Audiencia Provincial de



Madrid . **DECLARAMOS de oficio** las costas procesales ocasionadas en la presente instancia por su recurso y ordenamos la devolución de su depósito legal, si lo hubiere constituido.

**3º.-** En consecuencia, **CASAMOS y ANULAMOS en la parte que le afecta** , la referida Sentencia 48/2018 de la Sección 16ª de la Audiencia Provincial de Madrid , que será sustituida por otra más conforme a Derecho.

**4º.- COMUNÍQUESE** la presente resolución y la que seguidamente se dicta a la Audiencia de procedencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Julian Sanchez Melgar Francisco Monterde Ferrer Alberto Jorge Barreiro

**Carmen Lamela Diaz Eduardo de Porres Ortiz de Urbina**

RECURSO CASACION núm.: 569/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Julian Sanchez Melgar

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

**TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Penal**

**Segunda Sentencia**

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Julian Sanchez Melgar

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Alberto Jorge Barreiro

Dª. Carmen Lamela Diaz

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 29 de abril de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación formulado por las representaciones legales de DON Fausto , nacido en Armenia el NUM002 de 1987, hijo de Pedro Francisco y de María Rosario , con NIE NUM003 , y DON Fernando , nacido en Madrid el NUM004 de 1982, hijo de Alexis y de Antonieta , con DNI NUM005 , contra Sentencia 48/2018, de 22 de enero de 2018 de la Sección 16ª de la Audiencia Provincial de Madrid . En el presente recurso de casación, por estimación parcial del formulado por la representación legal de Don Fernando , se ha dictado Sentencia por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, por los mismos Excmos. Sres. Magistrados y bajo idéntica presidencia y ponencia, que ha casado y anulado en la parte que le afecta la Sentencia recurrida, en base a los siguientes Antecedentes de Hecho y Fundamentos de Derecho.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Julian Sanchez Melgar.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO. - ANTECEDENTES DE HECHO.** - Se dan por reproducidos los antecedentes de hecho de la Sentencia de instancia, que se han de completar con los de esta resolución judicial.

**SEGUNDO.- HECHOS PROBADOS.-** Damos por reproducidos los hechos probados de la Sentencia recurrida, en su integridad.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**ÚNICO.-** Al concurrir la atenuante de dilaciones indebidas y la agravante de abuso de superioridad, ambas con el carácter de simple, y de conformidad con lo dispuesto en el art. 147.1 del Código Penal , procede imponer al acusado Fausto la pena de dos años de prisión, manteniendo la propia accesoria de inhabilitación especial durante el tiempo de la condena, indemnización civil y costas procesales, incluidas las correspondientes a la acusación particular.

**F A L L O**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido



Que debemos **condenar y condenamos** al acusado Fausto como autor criminalmente responsable de un delito de lesiones, ya definido, con la concurrencia de la atenuante de dilaciones indebidas y la agravante de abuso de superioridad, ambas con el carácter de simple, a la pena de dos años de prisión, manteniendo la propia accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y la indemnización civil y costas procesales, incluidas las correspondientes a la acusación particular, decretadas por la sentencia de instancia.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Julian Sanchez Melgar Francisco Monterde Ferrer Alberto Jorge Barreiro

**Carmen Lamela Díaz Eduardo de Porres Ortiz de Urbina**

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ