

Roj: STS 2898/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2898

Id Cendoj: 28079120012016100523

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal

Sede: Madrid

Sección: 1

Nº de Recurso: 92/2016

Nº de Resolución: 519/2016

Procedimiento: RECURSO CASACIÓN

Ponente: JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR

Tipo de Resolución: Sentencia

En nombre del Rey

La sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado lo siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a quince de Junio de dos mil dieciséis.

En el recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional que ante Nos pende interpuesto por el **MINISTERIO FISCAL**, contra Sentencia 831/15, de 8 de noviembre de 2015 de la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Valencia, dictada en el Rollo de Sala núm. 9/15 H dimanante del Sumario núm. 5/14 del Juzgado de Instrucción núm. 3 de Sabadell, seguido por delito de homicidio en grado de tentativa contra Borja ; 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 y Ponencia del Excmo. Sr. Magistrado D. Julian Sanchez Melgar; siendo partes el Ministerio Fiscal, y como recurrido el procesado Borja representado por la Procuradora de los Tribunales Doña Sandra Osorio Alonso y defendido por la Letrada Doña Sandra Burgos.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 3 de Sabadell instruyó Sumario núm. 5/14 por delito de tentativa de homicidio contra **Borja** y una vez concluso lo remitió a la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Barcelona que con fecha 9 de noviembre de 2015 dictó Sentencia núm. 831/15 , que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

"PRIMERO. - Mediante la prueba practicada en el acto del juicio oral ha resultado probado que sobre la una y media de la madrugada del día 14 de junio de 2011 Borja , mayor de edad, se hallaba en el domicilio de Doña Mariola sito en el núm. NUM000 NUM001 NUM002 de la CALLE000 , de la ciudad de Sabadell, al cual había acudido menos de una hora antes en compañía de Don Luis Carlos . Después de compartir una cerveza con el Sr. Luis Carlos y mientras éste preparaba unas rayas de cocaína en una mesita de la sala, Borja preguntó a Mariola si podía ir a refrescarse un poco la cara. Esta le dijo que sí y Borja se levantó, se dirigió a la cocina y allí se hizo con un cuchillo con filo de sierra y hoja de 12 cms. de longitud. Volvió a la Sala, se acercó a Mariola la cogió desde atrás por el cabello y con intención de causarle un menoscabo físico le propinó un corte en el cuello,. Mariola se llevó la mano a la herida, sufriendo entonces un corte en el quinto dedo de la mano izquierda y, en el curso de la acción, otro a la altura del hombro izquierdo.

Mariola profirió un grito y Luis Carlos se levantó e intentó acudir en su auxilio pero perdió parcialmente el equilibrio a consecuencia de una lesión de menisco que padecía, momento en que Borja , con intención de causarle la muerte o representándose la alta probabilidad de causarla, se abalanzó sobre él y con el cuchillo, le propinó un corte inciso en el cuello y otro en el abdomen. Ya herido, Luis Carlos forcejeó con Borja , arrebatándole el cuchillo, momento en el que éste último salió corriendo de la vivienda.

SEGUNDO.- Como consecuencia del acometimiento Luis Carlos de 47 años de edad sufrió lesiones en el cuello, hipocondrio y mano izquierda lesiones cuya curación requirió de la aplicación de puntos de sutura con grapas, intubación orotraqueal con ingreso en la UCI, seguimiento médico, analgesia y antibioticoterapia.

Sanaron al cabo de 21 días, que fueron de incapacidad para sus ocupaciones habituales y de los que cuatro fueron de hospitalización. Las lesiones presentan las siguientes características permanentes:

1) En el cuello, lesión a nivel de margen superior esternal de cuatro centímetros de longitud, curvilínea de concavidad superior y de aspecto queloideo.

2) En hipocondrio derecho, lesión cicatricial de 1,5 cm. lineal y oblicua en sentido descendente y de aspecto queloideo.

3) En mano izquierda a nivel de espacio interdigital entre segundo y tercer dedos, en su cara palmar, lesión cicatricial lineal, casi imperceptible, de 1 cm. de longitud.

Mariola de 45 años de edad sufrió lesiones en cuello, hombro izquierdo y quinto dedo de la mano derecha, cuya curación requirió cura tópica y aplicación de steri-strips. Sanaron al cabo de ocho días durante los cuales se vio incapacitada para el ejercicio de sus ocupaciones habituales. Las lesiones muestran las siguientes características permanentes:

1) En cuello, a nivel de cara lateral y tercio medio, lesión cicatricial lineal, de 7 cm. de longitud, de aspecto hiperpigmentado y paralela a los pliegues cutáneos.

2) En hombro izquierdo en cara anterior y externa lesión cicatricial de cinco cm. lineal y de aspecto hiperpigmentado.

3) En quinto dedo de la mano izquierda, a nivel cubital de falange distal, lesión cicatricial lineal, casi imperceptible de un centímetro de longitud.

TERCERO.- Antes de acudir al domicilio de Mariola, Borja en compañía de Luis Carlos, desde las cinco o seis de la tarde de ese día había consumido entre otro y diez quintos de cerveza y dos rayas de cocaína, consumo que alteró de forma leve sus facultades volitivas."

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

"Que debernos condenar y condenamos a Borja, como responsable en concepto de autor de un delito de homicidio en grado de tentativa y de una falta de, lesiones, ya definidos, concurriendo la circunstancia atenuante de la responsabilidad penal de dilaciones indebidas y la atenuante analógica de afectación psíquica por consumo de alcohol y estupefaciente, a las siguientes penas y responsabilidades:

1) Por el delito de homicidio intentado, la pena de prisión de dos años y seis meses, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, y la prohibición de aproximación a distancia no inferior a 500 metros de Luis Carlos, su domicilio y lugar de trabajo, así como prohibición de comunicarse con él por cualquier medio, por tiempo de tres años y medio.

En concepto de responsabilidad civil, indemnizará a Luis Carlos en la cantidad de tres mil cien (3.100 euros), más los intereses legales del art. 576 de la LEC.

2) Por la falta de lesiones, a la pena de un mes de multa con cuota diaria de ocho euros, multa cuyo impago dará lugar a una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas de multa que no abonare. Así mismo, la prohibición de aproximación a distancia no inferior a 500 metros de Doña Mariola, su domicilio y lugar de trabajo, y prohibición de comunicarse con ella por cualquier medio, por tiempo de dos meses.

En concepto de responsabilidad civil, el procesado indemnizará a Doña Mariola en la cantidad de novecientos treinta (930) euros, más los intereses legales del art. 576 de la LEC.

3) Al abono de las costas procesales causadas."

TERCERO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas se preparó recurso de casación por infracción de Ley por el **MINISTERIO FISCAL**, 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 el **MINISTERIO FISCAL**, se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN**:

1º.- Al amparo del nº 1 del artículo 849 de la LECrim por indebida inaplicación del artículo 147.1 del Código Penal, y por aplicación indebida del artículo 617.1 párrafo (falta de lesiones) según redacción vigente a la fecha de los hechos, más favorable que la dada por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

2º.- Al amparo del nº 1 del artículo 849 de la LECrim por indebida inaplicación del artículo 148.1 del Código Penal .

QUINTO.- Por escrito de fecha 4 de febrero de 2016 la Acusación Particular D. Luis Carlos se adhiere al recurso del Ministerio Fiscal.

SEXTO.- Es recurrido en la presente causa el procesado D. Borja , que impugna el recurso del Ministerio Fiscal por escrito de fecha 11 de febrero de 2016.

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

OCTAVO.- Por Providencia de esta Sala de fecha 28 de abril de 2016 se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 25 de mayo de 2016; prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - La Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Barcelona, condenó a Borja como autor criminalmente responsable de un delito de homicidio en grado de tentativa y una falta de lesiones, a las penas que dejamos expuestas en nuestros antecedentes, frente a cuya resolución judicial ha recurrido en casación el representante del Ministerio Fiscal, recurso que seguidamente procedemos a analizar y resolver.

SEGUNDO. - El primer motivo se articula por el cauce autorizado en el artículo 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por indebida inaplicación del artículo 147.1 del Código Penal , y por aplicación indebida del artículo 617.1 párrafo (falta de lesiones) según redacción vigente a la fecha de los hechos, más favorable que la dada por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo .

Los hechos probados narran que encontrándose en el domicilio de Mariola , el acusado Borja , en unión de Luis Carlos , en un momento dado, sin motivo aparente, el referido acusado, provisto de un cuchillo con filo de sierra y hoja de 12 centímetros, agarró a la mujer por el cabello, desde la espalda de ella, y le propinó un corte en el cuello, ocasionándola heridas también en el quinto dedo de la mano derecha y a la altura del hombro izquierdo, estas últimas en el forcejeo subsiguiente a la inicial agresión.

También agrede con intención de matar a Luis Carlos , que acude en defensa de Mariola , causándole las graves lesiones que constan en el *factum*, y que le conducen a un inmediato ingreso en la UCI, con el resultado lesivo que consta en autos.

En lo referente a Mariola , objeto de esta censura casacional, se lee en el relato fáctico que las lesiones causadas en el cuello, hombro izquierdo y quinto dedo de la mano derecha, requirieron para su sanación, «cura tópica y aplicación de steri-strips», con las secuelas descritas, relativas a las cicatrices que se describen en la sentencia recurrida.

La Audiencia, muy correctamente, considera que no existió intención de matar por parte del acusado a la citada víctima Sra. Mariola , al despejar la duda al respecto en beneficio del reo, pero en cuanto al alcance de las lesiones, considera que la técnica citada de aproximación de los bordes de la herida producida por el corte infligido por el cuchillo, también conocida por el nombre comercial de "steri-strip", no constituye tratamiento médico ni quirúrgico.

La acusación particular ejercida por Luis Carlos y el Ministerio Fiscal formularon acusación por delito de homicidio intentado.

El Ministerio Fiscal discrepa de la valoración del elemento normativo, el referido concepto de tratamiento médico-quirúrgico.

Se plantea en esta censura casacional, si el empleo de "steri-strips" o puntos de aproximación con cinta autoadhesiva, desborda el concepto de primera asistencia e integra el de tratamiento médico-quirúrgico que determinaría la calificación como delito de lesiones, y no simple falta de lesiones.

Aunque nuestra jurisprudencia no ha sido en el pasado uniforme, en el tiempo actual puede detectarse una tendencia hacia la consideración de tales puntos de aproximación como tratamiento médico o quirúrgico.

Así lo afirmaba ya inicialmente, la STS 1441/1999 y seguidamente la STS 1481/2001 de 17 de julio , nos enseña que el uso de esparadrapo para mantener unidos los bordes de la herida es un procedimiento equivalente y sustitutivo de los tradicionales puntos de aproximación, y así es porque lo empleado no fue un simple apósito para preservar a la herida del contacto con el aire u otros agentes externos, sino un medio

técnico de fijación (esparadrapo de sutura), menos cruento en su aplicación, pero de efecto equivalente al cosido y, como éste, necesario para procurar la correcta cicatrización.

De este modo, lo realizado fue un acto médico que, inmediato a la producción de la herida, no se agotó en sí mismo -como sucedería en el caso de la "primera asistencia"- sino que prolongó sus efectos de manera estable a lo largo de un periodo de tiempo: el necesario para producir la regeneración y soldadura de los tejidos dañados por un corte -en el caso enjuiciado- de cinco centímetros. Así, hay que afirmar que la zona traumatizada estuvo siendo tratada, es decir, mantenida médicamente, mediante una presión estable, en unas condiciones que ella sola, de no ser por esa clase de actuación, no habría podido alcanzar.

En estos mismos términos la STS 546/2014, de 9 de julio , STS 389/2014, de 12 de mayo , la STS 1170/2010, de 26 de noviembre , y la STS 1481/2001, de 17 de julio .

Por tanto la colocación de los puntos *steri-strip*, supone tratamiento médico al existir un inicial pegamento tisular y posterior cura local.

En definitiva, se trata de una técnica similar a la sutura, pero menos cruenta en su aplicación, pero idéntica en su potencialidad terapéutica, que consiste en la aproximación duradera de los bordes de una herida con objeto de facilitar su curación y cicatrización.

Así se mantiene igualmente en la STS 389/2014 de 12 de mayo , que uno de los argumentos reiterados, a favor de la existencia de tratamiento médico-quirúrgico en estas ocasiones, es que *si la aproximación de los bordes de una herida para favorecer la soldadura de los tejidos es una operación susceptible de realizarse en un solo acto, lo que cura realmente es la permanencia del cosido ejerciendo esa acción a lo largo de cierto tiempo, de manera que la intervención facultativa mantiene su actividad terapéutica durante todo ese periodo, en el que lesión resulta tratada quirúrgicamente, aun cuando deba hablarse de cirugía menor (STS 321/2008, de 6 de junio).* Y tal criterio de proyección de la actividad terapéutica durante la permanencia de las grapas (aún en el supuesto de que no requieran ser retiradas ulteriormente) o de los adhesivos de aproximación, confirma la existencia de tratamiento más allá de la de primera asistencia; muy especialmente cuando además de procurar la soldadura de los tejidos, tratan de minimizar la cicatriz.

En consecuencia, dados los hechos probados, y la necesidad de la utilización de tal técnica para la curación de las heridas de Mariola , el motivo deberá ser estimado, y la incardinación de las lesiones producidas como delito y no como falta.

TERCERO.- El motivo segundo igualmente se articula por la vía de la estricta infracción de ley, del número 1º del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por falta de aplicación del artículo 148.1 del Código Penal .

Una vez que los hechos han de ser calificados en concepto de delito de lesiones, y no de falta, el Ministerio Fiscal plantea la correcta aplicación del art. 148.1 del Código Penal , al deberse conceptualizar como delito de lesiones ocasionadas con arma peligrosa para la vida o salud de la lesionada.

En efecto, el artículo 148 del Código Penal dispone que las lesiones previstas en el apartado 1 del artículo anterior *podrán* ser castigadas con la pena de prisión de dos a cinco años, atendiendo el resultado causado o el riesgo producido:

1º Si en la agresión se hubieren utilizado armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida o salud física o psíquica, del lesionado.

El cuchillo es arma blanca según dispone el artículo 2.8 del Reglamento de Armas , aprobado por Real Decreto 137/1993, de 29 de enero.

A su vez la jurisprudencia, de modo unánime, ha entendido que son armas tanto las de fuego como las denominadas armas blancas, entre las que se encuentran cuchillos, puñales, navajas, excluyendo de entre éstas solo las que sean de miniatura, fijando como nota común a todas ellas el aumento de la capacidad lesiva y el peligro de mayor gravedad sufrido por la víctima. Y, generalmente, ha considerado que la utilización de cuchillo para causar la agresión implica un peligro concreto a quien se somete al riesgo de sufrir un daño más grave que el realmente sufrido, como ejemplo las SSTS 1355/2011, de 12 de diciembre , y 783/2013, de 22 de octubre . La STS 214/2001, de 16 de febrero apreció el subtipo agravado a lesiones ocasionadas con una navaja de 12 centímetros. Y la STS 1199/2006, de 11 de diciembre , incluso apreció el subtipo agravado en las lesiones que se causaron con un cuchillo de características desconocidas.

Como argumenta certeramente el Ministerio Fiscal, en el caso de autos se causan las lesiones con un cuchillo de cocina, con filo de sierra y hoja de 12 cm y, al menos, el cuello es una región corporal que acumula numerosos vasos y órganos vitales, como reconoce la propia sentencia, por lo que es evidente el incremento del peligro ocasionado con el uso del arma.

Tampoco se infringe el principio acusatorio. En un supuesto análogo, la STS 904/2014, de 26 de diciembre determina que la imputación por delito de homicidio debe ceder, en homogeneidad descendente, a favor de la calificación de los hechos que ahora nos ocupan como constitutivos de un delito doloso de lesiones agravadas del artículo 148-1º del Código Penal que en todo caso no vulnera el principio acusatorio, ya que los hechos que dan lugar a esta subsunción en un tipo delictivo menos grave están íntegramente comprendidos en el relato fáctico de la acusación, y el acusado y su asistencia letrada, por tanto, los han conocido oportunamente y han podido defenderse de ellos.

En consecuencia, este motivo procede igualmente su estimación.

CUARTO.- Se declaran de oficio las costas procesales de esta instancia casacional (art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos **HABER LUGAR** al recurso de casación interpuesto por el **MINISTERIO FISCAL**, contra Sentencia 831/15, de 8 de noviembre de 2015 de la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Valencia . Declaramos de oficio las costas procesales ocasionadas en la presente instancia por su recurso.

En consecuencia casamos y anulamos, en la parte que le afecta, la referida Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, que será sustituida por otra más conforme a Derecho.

Comuníquese la presente resolución y la que seguidamente se dicta a la Audiencia de procedencia, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Julian Sanchez Melgar Miguel Colmenero Menendez de Lurca Francisco Monterde Ferrer Luciano Varela Castro Perfecto Andres Ibañez

SEGUNDA SENTENCIA

En nombre del Rey

La sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado lo siguiente

En la Villa de Madrid, a quince de Junio de dos mil dieciséis.

El Juzgado de Instrucción núm. 3 de Sabadell instruyó Sumario núm. 5/14 por delito de tentativa de homicidio contra Borja , nacido en Barcelona el NUM003 de 1983, hijo de Diego y Miriam , con DNI núm., NUM004 , y una vez concluso lo remitió a la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Barcelona que con fecha 9 de noviembre de 2015 dictó Sentencia núm. 831/15 , la cual ha sido recurrida en casación por el **MINISTERIO FISCAL** y ha sido casada y anulada en la parte que le afecta, por la Sentencia dictada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo; por lo que los mismos Magistrados que formaron Sala y bajo idéntica Presidencia y Ponencia proceden a dictar esta Segunda Sentencia con arreglo a los siguientes,

I. ANTECEDENTES

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.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- De conformidad con lo argumentado en nuestra anterior Sentencia Casacional, los hechos relativos a la agresión a Mariola , son constitutivos de un delito de lesiones agravadas del art. 148.1º del Código Penal , procediendo la imposición de una pena de prisión de un año y dos meses, que es inferior en

un grado a la señalada para el delito, dada la concurrencia de dos circunstancias atenuantes, que se eleva ligeramente de la mínima, dada la dinámica del ataque por la espalda, sin que por tal circunstancia se haya solicitado circunstancia agravatoria, pero que se toma en consideración en esta operación de individualización penológica, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y prohibición de aproximación a distancia no inferior a 500 metros a Mariola , de su domicilio y lugar de trabajo, y prohibición de comunicarse con ella por cualquier medio, por tiempo de dos años, y costas procesales.

III. FALLO

Que debemos condenar y condenamos a Borja como autor criminalmente responsable de un delito de lesiones agravadas, ya definido, concurriendo las circunstancias atenuantes de dilaciones indebidas y la analógica de afectación psíquica por consumo de alcohol y estupefacientes, a la pena de prisión de un año y dos meses, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y prohibición de aproximación a distancia no inferior a 500 metros a Mariola , de su domicilio y lugar de trabajo, y prohibición de comunicarse con ella por cualquier medio, por tiempo de dos años, y costas procesales de la instancia.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos . Julian Sanchez Melgar Miguel Colmenero Menendez de Larca Francisco Monterde Ferrer Luciano Varela Castro Perfecto Andres Ibañez

PUBLICACIÓN .- Leidas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Julian Sanchez Melgar, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.