

VOTO PARTICULAR

Que emite Ramiro Ventura Faci, Magistrado de la Sección 17ª de la Audiencia Provincial de Madrid a la Sentencia nº 707/2010 dictada por este Tribunal en el Rollo nº 27/2009 PO:

Discrepando de esta Sentencia, con pleno respeto a la mayoritaria decisión Tribunal, fundamento este Voto particular en las siguientes consideraciones:

Primero.- La mayoría del Tribunal ha considerado que los hechos declarados probados son constitutivos de un delito de lesiones del artículo 149 del Código Penal, discrepando exclusivamente en tal calificación jurídica por surgirme serias dudas de la existencia en el acusado del elemento subjetivo que requiere este tipo penal del artículo 149 del Código Penal -aunque sea configurado como dolo eventual- necesariamente diferenciado del dolo genérico de atentar contra la integridad física de la víctima.

Segundo. 1.- El artículo 149 del Código Penal castiga “al que causare 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, una grave enfermedad somática o psíquica, será castigado con la pena de prisión de seis a doce años”.

Comparto plenamente todos los razonamientos realizados en la sentencia en cuanto a la configuración de la acción agresiva, sus graves consecuencias, así como respecto de su autoría.

Pero considero que la dogmática penal y la configuración del elemento culpabilístico en el delito impide condenar por el resultado, por lo que es necesario que concurra el dolo en la causación de las lesiones. La Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 1998 nos decía: "es cierto que ya no es admisible un delito de lesiones cualificado por el resultado, y no es menos cierto, por consiguiente, que el dolo es exigible no solo respecto al acto inicial que causa la lesión, sino que debe cubrir igualmente al resultado, otra cosa vulneraría el principio de culpabilidad que viene consagrado en los artículos 5 y 10 del Código Penal”.

Es decir, que todo delito de lesiones -de carácter doloso- exige comprobar la existencia del dolo en la causación de esas concretas lesiones, bien sea mediante el denominado dolo directo, bien sea mediante el llamado por la doctrina dolo eventual.

2.- No parece que haya existido un dolo directo de causar semejantes lesiones padecidas por don Miwa Buene Monake en la acción agresiva realizada por acusado, ya que la acción concreta agresiva consiste en un solo golpe, dado con la mano abierta, propinado por don Roberto A. contra la zona inferior del lado izquierdo de la cara y comienzo del cuello de don Miwa Buene Monake, pues si el dolo o intencionalidad directa de don Roberto A. hubiera sido causar la tetraplejía que ha causado a don Miwa Buene Monake, hubiera supuesto quizás una actuación agresiva más persistente -no solamente un golpe- al objeto de asegurar el resultado, o bien incluso la ejecución de determinadas golpes maniobras o técnicas -que ignoro y creo que también el acusado- directamente y eficazmente tendentes a romper la médula espinal de la víctima al objeto de provocar esa concreta lesión, la tetraplejía.

3.- No cabe duda de que también es posible la comisión del tipo delictivo de lesiones dolosas -al igual que otros tipos penales, no todos- con lo que la doctrina ha venido a denominar “dolo eventual”, no exigiendo en este caso que el conocimiento y voluntad del sujeto abarque la producción del resultado concreto -dolo directo-, ni la subsunción en la concreta calificación jurídica de tal delito de lesiones cualificadas por el resultado -problema de subsunción ajena a la subjetividad del agente-, sino que el elemento subjetivo puede abarcar el resultado en su sentido natural, representándose el sujeto activo el peligro del resultado lesivo -entiendo que el resultado de tetraplejía acontecido- y, aunque no directamente perseguido, creyéndolo como posible y aceptando tal resultado ante una alta probabilidad de producirse.

No establece el Código Penal de 1995 una diferente penalidad según las concretas lesiones previstas en el artículo 149 del Código Penal -o de forma similar en el artículo 150-, se produzcan por dolo directo o por dolo eventual, y si este Código de 1995 rechazó tipificar el delito de lesiones por el resultado, no podemos olvidarnos de que la jurisprudencia, en aplicación de la regulación de los delitos de lesiones en el Código Penal de 1973 (ACP a partir de ahora) establecía un régimen jurídico diferente según el concreto resultado lesivo se causara “de propósito” -que jurisprudencialmente se identificó como dolo directo- al supuesto en que como consecuencia de la acción agresiva realizada mediante un dolo genérico de lesionar se ocasionaban unas concretas lesiones, estableciéndose una penalidad distinta según el resultado lesivo – atribuyéndose estos resultado por la jurisprudencia al dolo eventual-. Así el artículo 418 del Código Penal de 1973 castigaba “al que **de propósito** mutilare o inutilizare a otro de un órgano o miembro principal, le privare de la vista o del oído, le causare la anulación o una grave limitación de su aptitud laboral, una grave enfermedad somática o psíquica o una incapacidad mental incurable“, de forma diferenciada del supuesto previsto en el artículo 421.2º que preveía una pena más leve en el caso en que el delito de lesiones del artículo anterior (“el que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental”) y “**como**

resultado de las lesiones el ofendido hubiera quedado impotente estéril, deforme o una enfermedad somática o psíquica incurable, o hubiere sufrido la pérdida de un miembro, órgano o sentido o quedado impedido de él". La jurisprudencia había diferenciada en ambas figuras delictivas claramente según el ánimo subjetivo necesario para encuadrar las lesiones con resultando de mutilación, inutilización o deformidad en uno u otro precepto. El artículo 419 exigía siempre un dolo directo de causar la inutilidad (SSTS. 22-3-1994; 2-2-1994), a diferencia del delito regulado en el artículo 421.2º donde, bastaba un dolo genérico de lesionar y un dolo indirecto o eventual de causar las graves consecuencias que suponen la deformidad (SSTS. 27-2-1996, 18-12-1991; 29-1-1996).

En el vigente Código Penal de 1995 (VCP) se mantiene de forma casi idéntica la sistemática del antiguo Código Penal al tipificar los diversos delitos de lesiones: un delito básico de lesiones (artículo 420 ACP y a. 147 VCP), subtipos agravados (a. 421 ACP y a. 148 VCP, aunque no recoge el subtipo del a. 421,2º ACP), un delito de mutilación o inutilización de órgano o miembro principal (a. 418 ACP y a. 149 VCP) y el delito de mutilación o inutilización de órgano no principal, o deformidad (a. 419 ACP y a. 150 VCP).

En el Código Penal de 1995 no se regula este subtipo agravado del antiguo artículo 421.2º ACP y pena de forma idéntica según el delito del artículo 149 del Código Penal se cometa por dolo directo o por dolo eventual, llegando a resultados a veces desconcertantes desde el juicio de reprochabilidad de la acción y de la instrucción.

Por tal motivo existe una posición doctrinal que entiende que, ante la lectura de ambos códigos, debe llegarse a la conclusión de que los artículos 149 y 150 del vigente Código Penal tienen su precedente en los artículos 418 y 419 del derogado Código Penal, por lo que, si entendemos que los artículos 149 y 150 VCP castigan los mismos delitos, las mismas conductas, que castigaban los artículos 418 y 419 ACP, se debe aplicar la misma antigua doctrina establecida al respecto por el Tribunal Supremo, exigiendo en todo caso un dolo directo de causar esos resultados excepcionales previstas en el artículo 149 del VCP (o 150 de más habitual aplicación).

Estos razonamientos realizados conforme a una interpretación de la norma teniendo en cuenta los precedentes legislativos (artículo 3.1 del Código Civil), adoptada por diversas Audiencia Provinciales (SAP Madrid, Secc. 16ª 04-06-1998; SAP Zamora 30-11-1999; SAP Córdoba 26-09-1997), llega a unos resultados penológicos más armónicos con el anterior Código Penal, evitando soluciones de determinada y abundante jurisprudencia menor que pretende evitar la desproporción de la pena prevista en los artículos 149 y 150 a través de planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad por desproporción entre la acción delictiva y la pena, o solicitudes de indulto, o inusuales aplicaciones de eximentes incompletas o atenuantes muy cualificadas inéditas en otros tipos delictivos.

Tercero. 1.- Como el Código Penal de 1995 establece una regulación distinta de las lesiones causantes de concretos resultados previstos en el artículo 149 del Código Penal modificando la anterior legislación del Código Penal al excluir el término “de propósito” contenido en el antiguo artículo 418 ACP, se configura un delito específico consistente en causar tales resultados lesivos y, en su configuración dolosa tal como reclama las acusaciones pública, particular y popular, susceptible de comisión tanto con dolo directo como con dolo eventual, como al parecer indica la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 15 de mayo de 1998, debemos entender que este delito se configura como un tipo delictivo independiente y diferenciado del delito genérico de lesiones (art. 147 Código Penal), tanto desde la descripción de la acción típica como desde la exigencia de un específico ánimo subjetivo, ya que precisamente la propia descripción del tipo (“causar inutilidad”) exige una acción y un dolo específicos de causar inutilidad, diferente al dolo genérico (*animus laedendi*) de lesionar. Si no, nos encontraríamos con resultados de responsabilidad objetiva dependiendo del resultado, ajenos a los requisitos de culpabilidad que exigen los artículos 5 y 10 del Código Penal de 1995.

Es decir, para aplicar el tipo del artículo 149 del Código Penal debemos exigir un ánimo específico de causar la inutilidad o cualquiera de los resultados lesivos previstos en el precepto, directo o eventual, totalmente diferenciado del ánimo genérico de lesionar, al igual que diferenciamos, doctrinalmente sin discusión, entre el ánimo de lesionar y el ánimo de matar. Esa diferenciación no era necesaria antes del Código Penal de 1995 por la distinta regulación del resultado lesivo de los artículos 418 y 421.2º del Código Penal de 1973, pero la nueva regulación del artículo 149 exige, insisto, un ánimo específico de causar tales resultados diferenciado del ánimo genérico de lesionar.

2.- Y como el elemento subjetivo se enmarca dentro del pensamiento interno del sujeto activo, se hace necesaria su acreditación por vía indirecta o de inferencias, más aún cuando quizás ese elemento subjetivo puede resultar de muy difícil diferenciación con otros tipos penales en que la acción típica resulta similar. Así existe ya numerosa la jurisprudencia que ayuda a estudiar la difícil diferenciación entre el dolo de lesionar (*animus laedendi*) en el delito de lesiones consumadas y el dolo de matar (*animus necandi*) en el delito de homicidio intentado, en la que la acción puede ser la misma con idénticas consecuencias lesivas.

Más difícil resulta diferenciar - pero es necesario para no castigar por el simple resultado- el dolo genérico de lesionar del ánimo específico de causar un resultado dañino ahora estudiado, tal como es la tetraplejía sufrida por don Miwa Buene Monake, resultado lesivo previsto en el artículo 149 del Código Penal, sin que contemos con jurisprudencia que nos ayude a diferenciar entre ambos elementos subjetivos, pues no conozco supuestos de acusación por un delito del artículo 149 intentado que deba diferenciarse de un delito consumado de lesiones (CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; “Delitos contra la integridad personal y contra la libertad: lesiones, amenazas y coacciones”, en la obra “La

violencia en el ámbito familiar. Aspectos sociológicos y jurídicos”; Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial).

3.- Para optar por una u otra calificación de los hechos según la descripción típica de sendos delitos, el delito genérico de lesiones (del artículo 147 o 148 del Código Penal) del delito de lesiones excepcionales del artículo 149 del Código Penal), al igual que si analizamos el delito de homicidio del artículo 138 del Código Penal -que considero interesante a la hora de la configuración de la representación del peligro sobre la integridad física (extensa o en concreto) o sobre la vida- es necesario valorar si el acusado al realizar su acción agresiva actuó con un ánimo genérico de lesionar (*animus laedendi*), con un ánimo específico ánimo (directo o eventual) de causar alguna de las concretas y gravísimas lesiones previstas en el artículo 149 del Código Penal, o por qué no, con intención homicida (*animus necandi*), calificación que no realiza ninguna de las acusaciones pero que presentando un desvalor de la acción y de la intención más grave, conlleva unos resultados penológicos más leves, lo que evidencia la complejidad de la solución jurídica que se nos plantea.

Según consideremos acreditado una intención u otra, el elemento subjetivo, el dolo que consecuentemente diferencia ambos delitos, nos determinará la calificación de los hechos como delitos de lesiones del artículo 147 del Código Penal o del delito de lesiones cualificadas del artículo 149 del Código Penal.

4.- Para estudiar y desarrollar la difícil cuestión que se plantea en cuanto al elemento subjetivo en la acción o acciones realizadas por el acusado don Roberto Alonso de la Varga, más aún cuando se plantea no un ánimo o dolo directo sino un ánimo o dolo eventual, vamos a seguir la exposición de la sentencia nº 987/2006, de 19 de diciembre de esta misma Sección 17ª de la Audiencia Provincial de Madrid (Ponente: FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús) que, aunque versa sobre el ánimo de lesionar diferenciado del ánimo de matar, en la siempre difícil configuración del dolo eventual, considero que sirve para plantear el estudio del elemento subjetivo en las conductas agresivas contra la vida o la integridad corporal:

«Será preciso indagar si, además, es posible afirmar la presencia del elemento subjetivo, constituido, en el delito de homicidio, por la intención de causar la muerte de la persona víctima de la agresión.

La acción humana es siempre finalista. Las personas, a través de sus actos, persiguen la consecución de determinados objetivos. Ponen conscientemente medios para lograr sus fines. La intención es el nexo de funcionalidad o instrumentalidad que, desde el punto de vista del *actor*, une aquellos medios con estos fines y proporciona un *sentido* al acto realizado.

Siendo un hecho psíquico del sujeto agente, su propósito no es perceptible sensorialmente de modo directo por las demás personas.

Para determinarlo, se hace necesario interpretar los datos exteriorizados en el comportamiento del que actúa, y que sí pueden ser percibidos por los sentidos por terceros, al igual que el *contexto objetivo* en que se produce el hecho y las circunstancias subjetivas del autor.

Para descodificar la finalidad del agresor habrá que recurrir, pues, a la prueba indirecta o indiciaria (por presunciones a partir de indicios) para tratar de llegar al convencimiento de cuál de aquellas intenciones albergaba el autor cuando se decidió a actuar.

El manejo de la prueba indirecta, indiciaria o por presunciones implica que los datos o hechos que pueden funcionar como indicios han de estar suficientemente probados, para que puedan servir de axiomas sobre los que desarrollar el razonamiento inferencial.

Es frecuente distinguir cuatro elementos en la prueba de presunción a partir de indicios:

[a] el hecho indicador (indicio en sentido estricto, con un *potencial sintomático* individual) o, más exactamente, el conjunto de indicios disponibles (con un *potencial sindrómico* en cuanto tal);

[b] las *reglas o máximas de experiencia común*, sobre las cuales se desarrolla;

[c] el método lógico (calificado usualmente como mixto, inductivo/deductivo) que permite inferir con certidumbre y

[d] el hecho indicado o presumido.

La Sentencia 392/2006, de 6 de abril, explica los requisitos precisos para que la presunción a partir de indicios tenga eficacia probatoria:

«... La prueba indiciaria, circunstancial o indirecta es suficiente para justificar la participación en el hecho punible, siempre que reúna unos determinados requisitos, que esta Sala, recogiendo principios interpretativos del Tribunal Constitucional, ha repetido hasta la saciedad. Tales exigencias se pueden concretar en las siguientes:

1) De carácter formal:

a) que en la sentencia se expresen cuáles son los hechos base o indicios que se estimen plenamente acreditados y que van a servir de fundamento a la deducción o inferencia;

b) que la sentencia haya explicitado el razonamiento a través del cual, partiendo de los indicios, se ha llegado a la convicción del acaecimiento del hecho punible y la participación en el mismo del acusado, explicitación, que aún cuando pueda ser sucinta o escueta se hace imprescindible en el caso de prueba indiciaria, precisamente para posibilitar el control casacional de la racionalidad de la inferencia.

2) Desde el punto de vista material es preciso cumplir unos requisitos que se refieren tanto a los indicios en sí mismos, como a la deducción o inferencia.

Respecto a los indicios es necesario:

- a) que estén plenamente acreditados.
- b) de naturaleza inequívocamente acusatoria.
- c) que sean plurales o siendo único que posea una singular potencia acreditativa.
- d) que sean concomitantes al hecho que se trate de probar.
- e) que estén interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí.

En cuanto a la deducción o inferencia es preciso:

- a) que sea razonable, es decir, que no solamente no sea arbitraria, absurda e infundada, sino que responda plenamente a las reglas de la lógica y la experiencia.
- b) que de los hechos base acreditados fluya, como conclusión natural, el dato precisado de acreditar, existiendo entre ambos un “enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano”. ...».

Los indicios (que han de ser siempre hechos o probados plenamente o admitidos por las partes) son analizados aplicando el método de la «*sana crítica*», haciendo uso del acervo de conocimientos que proporciona la experiencia vulgar, tratándolos con arreglo a las pautas o *máximas* lógicas y epistemológicas que proporcionan el sentido común y la experiencia de la vida.

Así se podrá discernir si es posible establecer un nexo de sentido entre los indicios (probados) y otros hechos, hasta entonces dubitados o incluso simplemente desconocidos, permitiendo de este modo verificarlos, cuando sea posible afirmarlos con un grado científicamente suficiente de certidumbre, por existir entre ellos ese enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano (como se leía en el artículo 1253 del Código Civil, y actualmente en el 386.1.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a propósito de las presunciones que denomina *judiciales*) o descartarlos (o *falsarlos*) en caso contrario.

Como la presunción a partir de indicios *consiste* precisamente en la determinación de aquel nexo, es comprensible que tanto la doctrina constitucional (sirvan de muestra Sentencias desde las pioneras 174/1978 y 175/1978, ambas de 12 de diciembre; 169/1986, de 22 de diciembre; y 174/1987, de 3 de noviembre; hasta las más recientes 109/2002, de 6 de mayo; 137/2002, de 6 de junio; 178/2002 y 180/2002, ambas de 14 de octubre; y 43/2003, de 3 de marzo) como la jurisprudencial (por más recientes, Sentencias 1/2006, de 9 de enero; 9/2006, de 18 de enero; 168/2006, de 30 de enero; y 392/2006, de 6 de abril) -a la vista de la exigencia constitucional de motivación, contenida en el artículo 120.3 de nuestra Ley Fundamental- exijan enérgicamente que el juzgador *explique* en su sentencia el proceso lógico seguido, para que no se mantenga oculto, conocido únicamente por el propio órgano sentenciador, porque sólo así podrá controlarse la corrección metodológica de la inferencia, para impedir que pueda pasar como objetivamente razonable lo que no es sino producto de la intuición emocional del Juez.

A propósito de la prueba del ánimo homicida, la Sentencia 1502/2002, de 17 de septiembre, reproduce estas palabras de la precedente de 2 de abril de 1998: «... desde una perspectiva externa y puramente objetiva, un delito de lesiones y un delito de homicidio frustrado o, dicho en términos legales actuales, en grado de tentativa acabada, son totalmente semejantes. La única y sola diferencia radica en el ánimo del sujeto que en uno tiene tan solo la intención de lesionar y en el otro una voluntad de matar. Es el elemento subjetivo, personal e interno del individuo lo que diferencia que unos hechos

puedan calificarse como lesiones por concurrir en ellos el "animus laedendi", o como homicidio por existir el "animus necandi" o voluntad de privar de la vida. Pero tal elemento interno, salvo que el propio acusado lo reconozca, debe inferirse por el juzgador de una pluralidad de datos suficientemente acreditados y que figuren en la sentencia que hagan aflorar y salir a la superficie ese componente subjetivo escondido en el interior del sujeto. Tales criterios de inferencia, según la doctrina persistente de la Sala, que pueden orientar al juzgador en la búsqueda de la intención del agresor, y que presentan distinto valor en cada caso, son, entre otros,

la relación preexistente entre agresor y agredido,
el origen inmediato de la agresión,
la naturaleza del arma empleada,
la zona del cuerpo a la que se dirigieron los golpes,
el número de éstos,
la conducta posterior al ataque etc.

(véanse también SS.T.S. de 6 de octubre, 24, 27 y 30 de noviembre de 1995, 20 de marzo de 1996, 11 y 19 de junio de 1997, 2 de abril y 6 de octubre de 1998, 31 de enero de 2000 y 14 de marzo de 2001). ...».

...

La forma arquetípica de intencionalidad, lo que en la Teoría del Delito se conoce como «dolo directo de primer grado», se aprecia cuando el resultado causado se corresponde claramente con el directa y principalmente perseguido por la persona que actuó. Tensó su arco y disparó su flecha contra una diana muy precisa.

Fuera de este caso, no cabe hablar, en buenos principios psicológicos, de «intención» en sentido estricto. Ello no impide que existan otras hipótesis en las que, por razones de política criminal, se crea justificado poner el resultado no directamente querido a cuenta de la persona actuante, dando a su conducta el mismo tratamiento que si ésta hubiese obrado con el fin de producirlo.

Así ocurre en los casos del llamado «dolo directo de segundo grado» o «dolo de consecuencias necesarias», que se aprecia cuando una persona pone conscientemente en marcha un proceso causal, de modo que deje de tener el dominio de su curso, y que -desde el punto de vista de un observador cualquiera- haya de producir con un grado de probabilidad rayano en la certeza, un resultado ciertamente no deseado por el actuante, pero que «asume», aunque sea a regañadientes, porque antepone, por encima de cualquier otra consideración, la consecución de su verdadero objetivo.

Así ocurre también cuando el sujeto actúa con lo que se denomina «dolo indirecto» o «eventual», diferenciado del anterior por el menor grado de probabilidad de causación del resultado con cuya producción finalmente «se *resigna*» la persona que actúa.

De acuerdo con las enseñanzas que proporciona la experiencia vulgar, en las conductas agresivas es fácil descubrir, en ocasiones, la finalidad homicida que inspiraba al agente. Muy a menudo, en cambio, la agresión tiene una intención menos precisa. El campo del objetivo se ensancha y se hace relativamente difuso. La cólera o la frustración incitan a la persona a desembarazarse a cualquier precio de lo que constituye un obstáculo para hacer realidad sus deseos. Hubiera preferido que el precio no fuese tan alto, pero, en definitiva, se decide a actuar. Aunque hay otros tratamientos posibles (la «*recklessness*» anglosajona lo demuestra), cabe que sean tan intensa la reprobación social que merece esa insensibilidad frente a la probabilidad de producir ese que hoy se llamaría -con terminología importada de las noticias bélicas-

«*daño colateral*», que se considera legítima castigarlo, también en este caso, <<como sí>> hubiese sido el principalmente querido por el actuante.

Y por este tratamiento se inclina una doctrina jurisprudencial española consolidada sin fisuras desde hace muchos años, aprovechando los flexibles términos de la fórmula lingüística en que se expresan las normas legales aplicables.

La Sentencia 1006/1999, de 21 de junio, enseña que, «... [retomando] expresiones de nuestra Sentencia de 21-1-97, el conocimiento y la voluntad -componentes esenciales del Dolo como actitud consciente y deliberadamente finalística de producción de un resultado dañoso o lesivo- son determinantes por su intensidad del nivel de consentimiento que su titular presta a la acción, más no siempre corren parejos con la objetiva probabilidad del resultado o con el alcance de la actuación exterior. De ahí que quepa hablar de varias clases de dolo -efecto clasificatorio que, si bien rezuma bondadosas dotes de eficacia para discernir matices de la cromatografía culpabilística, en modo alguno rebaja la dosis de responsabilidad que ofrece tal espectro en la zona que no se identifica con la imprudencia.

Partiendo de tal concepción, que -por su fórmula sincrética- trata de excluir posicionamientos monopolísticos en favor de tendencias afines al consentimiento, la probabilidad o al sentimiento (todos ellos presentes en el campo doctrinal) debe destacarse que la doctrina de esta Sala apunta definitivamente hacia una conformación ecléctica de la figura del dolo eventual en la que se consignan elementos de probabilidad y actitudes de consentimiento, conocimiento y representación que permiten una aproximación más exacta a los últimos estímulos desencadenantes de la actuación del agente o, lo que es lo mismo, al soporte intencional y volitivo de su acción. En definitiva, el dolo eventual supone que el agente se representa un resultado dañoso, de posible y no necesaria originación y no directamente querido, a pesar de lo cual se acepta, también conscientemente, porque no se renuncia a la ejecución de los actos pensados. La misma imputación deviene, conocido el acto y sus consecuencias, con la voluntad de realizarlo y con la probabilidad del daño directamente no deseado. Por tanto, el dolo eventual exige la doble condición de que el sujeto conozca o se represente la existencia en su acción de un peligro serio e inmediato de que se produzca el resultado y que, además, se conforme con tal producción y decida ejecutar la acción asumiendo la eventualidad de que aquel resultado se produzca. Lo que significa que, en todo caso, es exigible en el autor la consciencia o conocimiento del riesgo elevado de producción del resultado que su acción contiene (S.T.S. 20-2-93, 20-10-97, 11-2 y 18-3-98, entre otras). ...».

La Sentencia 1518/1999, de 25 de octubre, interpreta que, en «... el dolo eventual -como se pone de manifiesto en la sentencia de 21 de enero de 1997- "se presenta el daño al infractor "ex ante" como probable y pese a ello consiente en realizar la acción aceptando o consintiendo sus eventuales consecuencias, en tanto que en los casos de culpa consciente, tal posibilidad se ofrece al conocimiento del autor, pero contando en que tal resultado no se producirá",... aunque no puede excluirse el mismo por el simple hecho de confiar en que no se producirá el resultado...».

Volviendo a la Sentencia 1006/1999, en ella se afirma que «... las dos clases de dolo (directo y eventual),...doctrinal y jurisprudencialmente, se admiten bajo la cobertura de la fórmula legal del art. 1 del C.Penal derogado y del art. 5 del Nuevo Código de 1995...». En la antes invocada Sentencia 1841/2001, de 17 de octubre, se resume de este modo -con cita expresa de las Sentencias de 20 de febrero de 1993, 11 de febrero de 1998 y 16 de marzo de 1998- la doctrina jurisprudencial más reciente en relación con este tema:

«... En la medida en que dicha jurisprudencia ha adoptado para la caracterización del tipo objetivo (al menos en los delitos de resultado) la teoría de la imputación objetiva, será condición de la adecuación del comportamiento

a dicho tipo objetivo que el autor haya ejecutado una acción generadora de un peligro jurídicamente desaprobado. Consecuentemente, obrará con dolo el autor que haya tenido conocimiento de dicho peligro concreto jurídicamente desaprobado para los bienes jurídicos, pues habrá tenido el conocimiento de los elementos del tipo objetivo, que caracterizan, precisamente, al dolo. Por lo que se entiende que quien actúa no obstante tal conocimiento está ratificando con su decisión la producción del resultado. Aseverando que la aceptación del resultado existe cuando el autor ha preferido la ejecución de la acción peligrosa a la evitación de sus posibles consecuencias, con lo que en ella no se rompe del todo con la teoría del consentimiento, aunque se atenúen sus exigencias al darlo por presunto desde el momento que el autor actúa conociendo los peligros de su acción. Con ello la jurisprudencia de esta Sala, en su propósito de acomodarse a los casos concretos, ha llegado a una situación ecléctica y próxima a las últimas posiciones de la dogmática, que conjugan la tesis de la probabilidad con la del consentimiento, considerando que el dolo eventual exige la doble condición de que el sujeto conozca o se represente la existencia en su acción de un peligro serio e inmediato de que se produzca el resultado y que, además, se conforme con tal producción y decida ejecutar la acción asumiendo la eventualidad de que aquel resultado se produzca. Pero, en todo caso, y como se dijo, es exigible la consciencia o conocimiento por el autor del riesgo elevado de producción del resultado que su acción contiene...».

En fin, en la Sentencia 119/2004, de 2 de febrero, se lee que «...[la] construcción del dolo eventual o de segundo grado se debe a la doctrina científica y se refiere a aquellos supuestos en los que el agente no quiere directamente el resultado, sin embargo realiza los actos que deberían tener por finalidad aquel de forma voluntaria y consciente, sin que le importe la realidad de su producción con una alta probabilidad (teoría de la representación) o aprobando en última instancia que aquel se produzca (teoría del asentimiento).

En todo caso, es lo cierto que tal clasificación carece de relevancia en sede legal, lo que no quiere decir que puede tener reflejo en la fase de individualización judicial de la pena, ya que si la culpabilidad debe ser el baremo que mida la pena, es claro que, si bien el dolo eventual no puede suponer una causa genérica de disminución de la pena vía atenuante, no es lo menos, que dentro de los parámetros a que se refiere el art. 66 del Código Penal, puede, debe tener su reflejo en la fijación de la pena concreta a imponer como exigencia del deber de proporcionalidad. ...»

5.- Estas razonamientos realizados en la referida sentencia por el Magistrado don Jesús Fernández Entralgo en base a una exhaustiva jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el dolo eventual concebido no como el conocimiento y aceptación del resultado, sino como la representación y conocimiento *ex ante* del peligro concreto y probable que representa su conducta y, pese a ello, consiente en realizar la acción aceptando o consintiendo sus eventuales consecuencias, parece que es la doctrina mayoritaria de la dogmática penal, sin perjuicio de la dificultad en su configuración diferenciada de la culpa consciente.

Así el Profesor GÓMEZ-BENÍTEZ, José Manuel (“El concepto de dolo en la moderna dogmática penal”, en la Obra “Nuevas posiciones de la dogmática jurídico penal”, Cuadernos de Derecho Judicial. CGPJ. Madrid, 2006) analizando las actuales posturas doctrinales sobre el dolo:

“Las modernas teorías cognitivas del dolo mantienen que la voluntad del autor no es parte del contenido del dolo penal, que es solo, por tanto, una forma de conocimiento. Según estas teorías, además, cualquier clase de dolo es un dolo de peligro, es decir, se agota en el conocimiento del riesgo o peligro creado con la propia conducta, puesto que el resultado lesión no es más que un mero pronóstico *ex ante*, es decir una simple probabilidad en el momento en que el autor está realizando su conducta. A partir de estos presupuestos, los defensores de estas teorías se afanan en diferenciar el dolo eventual –que, con frecuencia, identifican con el dolo de peligro y, al que, en consecuencia, convierten en el arquetipo del dolo– de la imprudencia consciente.

Por el contrario, las modernas teorías volitivas reconocen que, en efecto, el elemento cognitivo del dolo se refiere al riesgo o peligro y no al resultado lesión en esta clase de delitos, pero no renuncian a exigir, además, un elemento volitivo, al que, no obstante, privan de contenido psicológico, es decir, que no lo definen como aceptación del resultado, sino como voluntaria realización del tipo penal, o bien como decisión en contra del bien jurídico. En esta decisión se encuentra, según esto, la diferencia con las conductas imprudentes.

Concluye:

“Para que exista dolo, en cualquiera de sus formas, la decisión del autor tiene que ponerse en contacto no solo con el peligro, sino con la lesión del bien jurídico. Una cosa es que esta decisión pueda deducirse por vía de indicios del nivel de riesgo objetivo conocido por el autor en el momento de actuar, y otra muy distinta es que toda decisión a favor del riesgo, por muy concreto que sea, implique ya dolo, siquiera en su forma eventual.

No hay, pues, problema en reconocer que los delitos de peligro concreto son, ciertamente, imprudencias conscientes sin resultado autónomamente tipificadas. Por eso, la imputación a título de dolo requiere una decisión capaz de diferenciarse, cuando se trata de delitos de resultado lesión, que vaya más allá del peligro concreto. Esta decisión se conforma de indicios y ésta es, precisamente, como tal prueba de indicios, la parte más compleja de la prueba del dolo, especialmente del dolo eventual. Indicios, ciertamente, pero no de que el autor aceptó internamente el resultado -nadie mantiene ya las teorías psicológicas sobre el dolo-, sino de que, como mantienen las modernas teorías volitivas, el autor se tomó en serio la producción del resultado -no simplemente el peligro del resultado-, se conformó con él, contó con que se produciría, en vez de confiar, simplemente, en su no producción. En los tipos de resultado lesión, estos indicios se deducen, precisamente, del nivel probado del conocimiento del peligro por parte del autor en el momento de actuar y del nivel objetivo del peligro de que se produzca el resultado en dicho momento”.

El Profesor FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, en el artículo "La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la norma utilización del dolo", en Cuadernos de política criminal, nº 65, 1998 dice:

“El injusto doloso se caracteriza porque una persona toma la decisión de realizar un hecho de conocer (abarcando intelectualmente) todas las circunstancias fácticas que van a convertir ese hecho el hecho típico. En el injusto doloso o se decide con conocimiento del alcance de su decisión una actuación jurídico penalmente relevante. Todo ciudadano que «tiene la realización del hecho típico ante los ojos» tiene el deber de evitar que se produzca ese hecho. Si alguien sabe que va a hacer algo lesivo para intereses ajenos lo que se espera de un ciudadano que tiene en cuenta las normas como máxima de conducta es decidir no llevar a cabo ese comportamiento. O si alguien que es garante conoce la situación concreta que le obligaba a actuar, se espera de que el ciudadano que decida llevar a cabo el comportamiento correcto. En los delitos de resultado lesivo que aquí nos interesan no puede conocer desde luego un resultado, ya que cuando el resultado ya se ha producido el ordenamiento no le puede exigir que planifique nada. Sólo es posible conocer el pasado o el presente, nunca el futuro. Éste se puede calcular, prever o decidir. Antes de la realización del tipo sólo se puede pronosticar que el resultado se producirá o que se puede producir. Por ello para imputar un tipo de resultado a título de dolo basta con que una persona tenga información de que va a realizar lo suficiente para explicar un resultado de muerte, lesiones o daños y, por tanto, que prevé el resultado como consecuencia de ese riesgo. Es decir, que abarque intelectualmente el riesgo que permite explicar el posterior resultado o el riesgo idóneo, adecuado por suficiente para producir el resultado. En el conocimiento del riesgo se encuentra implícito el conocimiento del resultado y, desde luego, la decisión del autor está vinculada a dicho resultado. Actúa dolosamente el que conociendo el riesgo actúa u omite (siendo garante en los casos de comisión por omisión). Si bien no se puede hablar de un «conocimiento» seguro con respecto de hechos futuros, sí se puede hablar de un cálculo basado en el alcance del autor. Para imputar la realización del tipo a título de dolo no hace falta tener un perfecto conocimiento de la situación, sino simplemente saber que la aplicación del hecho típico queda en manos del azar y que se ha hecho y se va a hacer lo suficiente y necesario para lesionar a otro”.

6.- Y consideramos necesario realizar todas estas invocaciones jurisprudenciales y doctrinales porque nos van a ayudar a comprender y a delimitar el elemento subjetivo, el dolo, pues este elemento subjetivo va a ser el determinante para diferenciar los diversos tipos penales posibles ante la concreta acción agresiva realizada por el acusado don Roberto Alonso de la Varga, el delito de lesiones por el que ha dirigido acusación (con la concreta acusación por el artículo 149 del Código Penal) o el delito de lesiones genérico

del artículo 147 del Código Penal –sin perjuicio de los subtipos agravados del artículo 148- o del delito de lesiones causadas por imprudencia que mantiene de forma subsidiaria la defensa del acusado.

El Tribunal Supremo en sentencia nº 497/2006, de 3 de mayo (Pte: Colmenero Menéndez de Luarca, Miguel) nos dice:

«El delito previsto en el artículo 149 no precisa que el autor actúe con dolo directo respecto de los resultados que se describen. Sin embargo, descartada la responsabilidad objetiva, es preciso que ese resultado quede abarcado, al menos, por dolo eventual. Ello supone que, dadas las características de la acción pueda afirmarse que en el momento de actuar el autor conocía el peligro concreto que generaba, en relación con la probabilidad de causación del resultado típico.

Como se dice, la existencia de un conocimiento previo del peligro concreto respecto del resultado producido debe establecerse en cada caso en atención a las características de la agresión. Cuando se trata de lesiones psíquicas es necesario que la conducta agresiva revista unas características que permitan relacionar íntimamente acción y el resultado, pues no es previsible que de cualquier clase de agresión puedan derivarse consecuencias englobables dentro de la calificación de enfermedad psíquica. En este sentido no es precisa una representación mental por parte del autor del concreto resultado (STS núm. 625/2003), pero sí es exigible que éste sea racionalmente previsible en función del acto o actos ejecutados y de las demás circunstancias de la acción.

Por lo tanto, es necesario que la conducta ejecutada sea objetivamente adecuada para la producción del resultado».

7.- Hemos considerado probado –de forma unánime por el tribunal- que Roberto Alonso de la Varga con la mano abierta y en el momento en que don Miwa Buene Monake comenzaba a girarse para apartarse, le propinó un brutal golpe en la zona inferior del lado izquierdo de la cara y comienzo del cuello que le fracturó de inmediato las vértebras C4, C5 y C6, lo que provocó que don Miwa Buene Monake cayera desplomado al suelo”.

Tengo serias dudas -que me obligan a aplicar una calificación en beneficio del acusado- de que don Roberto Alonso de la Varga al golpear, aunque brutalmente, con la mano abierta, a don Miwa Buene Monake en la zona inferior del lado izquierdo de la cara y comienzo del cuello de don Miwa Buene Monake, cuando éste se estaba girando, tenía un ánimo de atentar contra la integridad física de don Miwa Buene Monake, asumiendo graves lesiones, pero considero difícil que en esas circunstancias, sin conocer previamente la víctima y tras una breve conversación -sin perjuicio de todos los componentes racistas y alevosos esgrimidos en la sentencia y que asumo plenamente- justo en el momento en que don Miwa Buene Monake zanjaba la discusión girándose, el acusado pudiera representarse en ese breve instante que con su acción dando ese brutal manotazo, el golpe provocara -quizás debido a la extraña posición al estar realizando la víctima el giro- una flexión excesiva del cuello que determinara la fractura y luxación de tres vertebrae, provocando la lesión medular. No nos consta que el acusado conociera

técnicas sofisticadas de lucha. No cabe duda que al realizar la acción agresiva sabía que podía ocasionar graves lesiones, dada su fuerza y el modo de la agresión, pero considero improbable -mejor dicho, tengo serias dudas- de que el acusado pudiera representarse tan graves consecuencias y las asumiera, las consintiera.

No se puede inferir que el acusado tuvieran una representación del posible resultado *ex ante* a su acción agresiva ni una “concreción” en su conciencia del peligro que su acción representaba (el concreto resultado, la tetraplejía sufrida por don Miwa Buene Monake), sin perjuicio de la representación de peligro abstracto contra la integridad corporal que, no cabe duda -y no se discute-, su acción suponía. Ese peligro “abstracto” representado es el genérico riesgo que toda agresión supone contra la integridad corporal (*animus laedendi*).

Resultaría incluso más “humanamente” comprensible -también difícil ante un solo golpe con la mano abierta- una representación *ex ante* de un posible peligro para la vida -lo que quizás hubiera exigido valorar otra conducta antecedente y posterior del acusado-, lo que configuraría un delito de homicidio o asesinato intentado, calificaciones que no se han planeado por las acusaciones y que paradójicamente, como ya hemos dicho, constituyendo conductas más reprobables humana y penalmente, conllevaría unas penas más leves que las resultantes de aplicar el artículo 149 del Código Penal.

Por lo expuesto, no aprecio con plena seguridad que concurra en el acusado el dolo eventual específico exigido en este delito del artículo 149 del Código Penal, pues no podemos extender el dolo genérico del delito de lesiones a este tipo delictivo, pues supone imputarle un resultado con independencia del elemento volitivo, de su culpabilidad, de su intencionalidad, su representación y conciencia del peligro concreto, lo que contraría, como ya he dicho, el principio de culpabilidad establecido en los artículos 5 y 10 del nuevo Código Penal.

8.- Sin estar plenamente acreditado el dolo -ni directo ni eventual-específico de causar las lesiones previstas en el tipo penal, considero que no es posible calificar los hechos como constitutivos del delito del artículo 149 del Código Penal y que las lesiones con el resultado sufrido por don Miwa Buene Monake, con el simple dolo genérico de lesionar -ante la inexistencia del precepto que sustituya el antiguo artículo 421.2º del Código Penal de 1973-, debe castigarse conforme a las normas de la preterintencionalidad heterogénea, lesiones dolosas y resultados no deseados aunque previsibles, como concurso ideal entre el delito de lesiones dolosas del artículo 148.2º del Código Penal con el delito de lesiones con el resultado previsto en el artículo 149 del Código Penal causadas por imprudencia del artículo 152,1,2º del Código Penal, que entiendo a la vista de la concurrencia de la circunstancia agravante de racismo del artículo 22.4ª, deberían aplicarse en su máxima extensión: 5 años de prisión y 3 años de prisión.

9.- Esta tesis del concurso la adopta el Tribunal Supremo en la sentencia de fecha 5 de marzo de 1999 referido al delito del artículo 150 del Código Penal por causar deformidad:

«Abierto así el debate, hemos de precisar que la conducta descrita en el "factum" -de necesaria reproducción a estos efectos-: "Sobre las 2 horas del día 8 de marzo de 1.997, con ocasión de encontrarse José Luis frente a la puerta del "Pub M.", sito en la calle ... de esta capital, se acercó a él el acusado David, mayor de edad y sin antecedentes penales, el cual recriminó que viniera molestando a su novia Soraya, con quien con anterioridad había mantenido relaciones de noviazgo José Luis. Llegando el acusado a agarrarle por la pechera, desprendiéndose del cuello de José Luis dos cadenas de oro tasadas en 33.700 pesetas. Dándole el imputado un cabezazo que le hizo caer al suelo, causándole heridas de las que curó en diez días, tras precisar tratamiento traumatológico y odontológico, sufriendo la pérdida del incisivo superior central derecho... es examinada por el Ministerio Público a la luz de la doctrina jurisprudencial referida al delito de lesiones dolosas, bien a título de dolo directo o de dolo eventual, haciendo un análisis retrospectivo del antiguo art. 421-2 del Código Penal derogado en relación con los artículos 418 y 419 del mismo Código, para concluir, en síntesis, que en la actualidad las lesiones sólo tienen cabida o tipificación en los vigentes artículos 149 y 150, cuando se producen los resultados lesivos contemplados en dichos preceptos, en el caso de autos, "pérdida de incisivo superior central derecho".

Pues bien, dicho alegato recurrente no entra a considerar que en el Título de las Lesiones del Nuevo Código Penal, se ha introducido, de forma novedosa, la figura de las lesiones causadas por imprudencia grave (art. 152 VCP), que son, igualmente y de forma severa, castigadas, como en el caso de autos, con la pena de prisión de seis meses a dos años, en los supuestos de las lesiones del art. 150 es decir, pérdida de miembro no principal, deformidad,... etc., lo que, según la doctrina reseñada en el escrito de impugnación del Recurso, evidencia que el nuevo Texto Legal ha puesto fin a la significación de los delitos imprudentes mediante cláusulas genéricas de incriminación para tipificar ahora los delitos imprudentes en particular, tal como se define en el vigente art. 12 del VCP, en su relación, en este caso, con el precitado art. 152, por lo que se propugna la aplicación de una solución de concurso ideal de delitos ya que la prevención especial de la imprudencia, contenida en el art. 152 del VCP, con referencia específica a cada uno de los resultados previstos por los correspondientes delitos dolosos, viene a resolver definitivamente la adecuación al principio de culpabilidad de la regulación jurídico penal de las lesiones.

Las Sentencias de esta Sala de 15-3-97 y 22-12-97 -ésta citada en la recurrida- abundan en la postura interpretativa adoptada en la instancia en términos asumibles de refuerzo argumental por lo que su desarrollo -expuesto en el fundamento jurídico primero- y, específicamente, en el epígrafe 4 o 5 de dicho apartado- debe ser acogido en este trance, pues en razón de su contenido, hemos de tener por agotada la respuesta jurisdiccional que la cuestión planteada merece; eso sí, dejando a salvo que -frente a lo que se afirma en la resolución recurrida- no puede predicarse con la contundencia que esta refleja la necesidad de un dolo específico como exigencia ineludible incorporada a la descripción del tipo del art. 150 del VCP, sino que basta un dolo genérico de lesionar que, en el caso enjuiciado, no ofrece signos de presencia a pesar de existir nexo causal entre la acción del agente y el resultado lesivo. De ahí que se imponga la consideración necesariamente culposa de la acción ejecutada. Términos calificadores que -dadas las peculiaridades del hecho- excluyen, por supuesto, cualquier tentación de invocaciones generalizantes salvo las propiciadas por una identidad circunstancial que permita inferir en términos de lógica racionalidad una la misma apreciación del elemento subjetivo cuestionado una vez que éste adoptó la

forma dolosa genérica al comienzo de la acción y su resultado ulterior comportó un plus "in effectu" no querido pero previsible. Ambos componentes se engarzan en un híbrido delictivo doloso-culposo que, sin necesidad de revisar el concepto de la deformidad como resultado, encuentra proporcionalidad y adecuado acomodo en la fórmula adoptada por el Tribunal Provincial cuyo encaje legislativo fluye ahora con naturalidad en el Nuevo Código Penal ante la inexistencia del anterior subtipo agravado del art. 421-2º, pues dicho Texto Legal impone un tratamiento punitivo no diferenciado por la intensidad del dolo sino por la gravedad del resultado (149-150), propiciando, a la vez, la evaluación correcta de la tenue línea definidora del Dolo y la culpa al diseñar el castigo de las acciones u omisiones imprudentes sólo cuando expresamente esté previsto por la Ley (art. 12, art. 152)».

También el Tribunal Supremo en sentencia nº 168/2008 de 29 de abril (Pte: Berdugo y Gómez de la Torre, Juan Ramón) nos dice:

«Es cierto que como ha dicho esta Sala, S. 20.9.2005, la suspensión por el legislador de la expresión "de propósito" que figuraba en los artículos 418 y 419 del Código Penal, sustituida en los artículos 149 y 150 del Código Penal, por la más genérica "causare a otro" ha suscitado el consenso doctrinal y jurisprudencial (SSTS. 316/99 de 5.3, 1160/2000 de 30.6, 1564/2001 de 2.5, 2143/2001 de 14.11, 876/2003 de 31.10), en el sentido de que el nuevo Código Penal no exige en estos tipos delictivos un dolo directo o específico, siendo suficiente para su aplicación que el resultado esté abarcado por el dolo eventual, bien entendido que al no ser admisible un delito de lesiones cualificado por el resultado, no basta para la aplicación de estos preceptos un dolo genérico o indeterminado de lesionar, sino que es necesario que concurra, al menos, dolo eventual respecto del resultado agravado determinante de la cualificación.

No podemos olvidar que el delito previsto en el art. 149 del Código Penal -causar a otro la pérdida o inutilidad de un órgano o miembro principal- es como todos los incluidos en el Título III del Libro II del Código Penal, un delito de resultado. En esta clase de delitos tiene que existir, para la integración del tipo, una relación de causalidad entre la acción lesiva y el menoscabo de la integridad corporal o de la salud física o mental que ha sufrido el sujeto pasivo de la acción, de manera que dicha relación forma parte del tipo. En la definición legal del delito de lesiones la pertenencia al tipo de la relación de causalidad está tan gráficamente expresada que la acción típica es la de "causar".

No toda relación de causalidad entre una acción y un resultado es suficiente para que queda integrado el tipo. La doctrina científica y jurisprudencial han establecido mecanismos correctores. Esta funcionalidad correctora tienen en la actualidad teorías como la de la causalidad adecuada, la relevancia típica o la imputación objetiva, teoría esta última que está también detrás del criterio adoptado por la jurisprudencia de la llamada preterintencionalidad, y que permite calificar los hechos en concurso ideal entre el hecho doloso y el imprudente en casos en los que el autor crea un riesgo doloso y otro imprudente, y cada uno de ellos se realiza en un resultado diferente, que es el imputado. Línea jurisprudencial expresada en la STS. 887/2006 de 25.9, que casa la sentencia de instancia afirmando que el resultado más grave producido no era imputable al riesgo doloso creado por el autor. Ausencia de dolo respecto de éste que no puede subsumirse en el riesgo imprudente, dado que existe una conducta previa dolosa que debería castigarse por separado.

En el caso actual la sentencia de instancia parte de la afirmación que existió dolo eventual. Tiene razón, pues no hay duda que lanzar un puñetazo a una zona corporal tan vulnerable como un ojo, en términos de experiencia, había de contar con algún resultado lesivo de cierta relevancia. Ahora bien, otra cosa es decir que el producido, en toda su notable gravedad -ceguera por pérdida total de la visión en el

ojo- hubiera sido abarcado por tal previsión o que fuera objetivamente imputable a la situación de peligro creada, o sea que el resultado producido haya sido la concreción de dicho peligro. Si no lo fue, el exceso, esto es la parte no asumida, sería imputable a título de culpa, aunque mereciera el calificativo de consciente o imprudencia grave, concurriendo, por tanto en esta hipótesis, un delito o falta doloso de lesiones con otro causado por imprudencia. Primeramente éste de mayor ajuste y proporcionalidad en la culpabilidad al ocasionarse una lesión desproporcionada a las usuales previsiones de cualquier sujeto y con el riesgo creado por la acción.

Siendo así lo correcto sería estimar que ese traumatismo en el ojo e incluso la necesidad de la primera intervención quirúrgica, pudo estar previsto por el acusado por dolo eventual, lo que haría aplicable el tipo básico del delito de lesiones, art. 147 CP. y el exceso constituido por la pérdida de visión total en el ojo, hallaría forzoso encaje en la previsión del art. 151.1.2 CP. , estando uno y otro en la relación que establece el art. 77 CP»

Con unas consecuencias lesivas tan graves a las sufridas por don Miwa Buene Monake, el Tribunal Supremo en sentencia nº 656/2009, de 12 de junio (Pte: Andrés Ibáñez, Perfecto), frente a un acto agresivo consistente en el lanzamiento de una piedra contra persona concreta y provocando lesiones previstas en el artículo 149 del Código Penal, a pesar del genérico ánimo de atentar contra la integridad corporal, considera que el tipo penal del artículo 149 del Código Penal exige un ánimo específico, incluso eventual, de causación de tal resultado:

«La sala de instancia admite la relación de causalidad entre la acción del aludido acusado y las lesiones finalmente producidas. También acepta que éstas son de las descritas en el art. 149,1º del Código Penal. Pero considera que, tratándose como se trató, del lanzamiento de una piedra a unos 10 metros de distancia, la probabilidad de alcanzar a alguno de los agentes del grupo era relativa, y mucho más aún la de que, aun impactándole en la cabeza, pudiera determinar una cadena de efectos como la que tuvo lugar.

Por eso, admite la existencia de dolo eventual en el lanzamiento de la piedra; dolo que habría cubierto este segmento de acción y el mero impacto en la frente; siendo todo lo demás imputable a título de imprudencia grave, por lo previsible de la eventualidad de que una piedra, proyectada, como lo fue la del caso, sobre personas, pudiera, en efecto, chocar contra alguna de ellas y originarle algún daño.

El Fiscal discrepa porque, a su entender, el dolo requerido por el art. 149,1º del Código Penal es el genérico de lesionar, indeterminado en relación con los resultados; basta que el autor asuma la causación de alguno de éstos como probable y se muestre indiferente.

Considera también que es la gravedad de los resultados lo que habría movido al tribunal a decantarse por esa opción más benigna, con la consecuencia, paradójica, de que la gravedad del resultado convierta en falta lo que tendría que haber sido delito.

Estima que si en la secuencia de lo acontecido hubo una cierta desviación del curso causal, por la entidad de las consecuencias, ésta sería accidental y no impediría la imputación objetiva de ese resultado.

Se trató, por tanto, de una acción debida a dolo eventual, pero con la particularidad de que éste llegaba a alguno de los resultados del art. 150, y en su caso a las conductas del art. 148,1º y 147 del Código Penal.

No hay duda de que la acción fue intencional y querida y que está encadenada material-objetivamente al terrible resultado que consta. Pero en el juicio sobre ella, en un primer paso, tal desenlace debe ponerse entre paréntesis, para considerar a aquélla a tenor de lo que se conoce que habitualmente sucede, cuando se realizan actos del género.

Es decir, tomándola en su propia realidad y con abstracción de consecuencias que -por razón de su esencial heterogeneidad- no pueden retro-actuar sobre la misma, hasta el punto de alterar su morfología y su caracterización.

Así las cosas, lo que sabemos del acusado Lorenzo es que quiso tirar y tiró una piedra al grupo de personas constituido por los agentes, desde una distancia de en torno a 10 metros. Un tipo de acción que, por el medio utilizado en ella, no suele acarrear, en absoluto, efectos como los finales del caso, de una llamativa excepcionalidad, que, por eso, no fueron en modo alguno previsibles y, menos, asociables en principio a la causa que se considera.

De este modo, tales efectos, objetivamente posibles en términos de posibilidad lógico-abstracta, no eran probables en términos de experiencia, y no pudieron ser tenidos por tales por el autor.

Operando, en una primera aproximación a esa conducta, con la obligada perspectiva ex ante, que es en la que debe situarse la valoración del acto de lanzar la piedra del modo descrito en los hechos, no cabe aceptar la primera opción planteada por el que recurre, al amparo del art. 149,1º Cpenal y tampoco la del art. 150 del mismo texto. Y -en contra de lo que sugiere- no porque se banalice el resultado, sino porque la Audiencia eludió, como es obligado, utilizarlo a posteriori para, a tenor de su gravedad, reelaborar -ex post, por tanto- el sentido y alcance de la acción en sí misma, en el designio de su autor, al margen de sus efectos previsibles en el plano empírico, en el momento de realizarla.»

En Madrid a 28 de junio de 2010.

Fdo.: Ramiro Ventura Faci