



Universidad
Zaragoza



TRABAJO DE FIN DE MASTER

Dictamen elaborado por

María Cebrián Cardiel

Con objeto de analizar las estrategias de defensa
frente a la acusación por un delito de lesiones
y una posible nulidad de actuaciones.

Dirigido por

Belén Mayo Calderón.

Facultad de Derecho

Diciembre de 2018.

INDICE

I.	LISTADO DE ABREVIATURAS.....	1
II.	ANTECEDENTES DE HECHO.....	3
III.	CONSIDERACIONES JURÍDICAS A RESOLVER	8
	1- CALIFICACIÓN DE LOS HECHOS.....	8
	2- POSIBLE NULIDAD DE ACTUACIONES.....	9
IV.	NORMATIVA APLICABLE.....	10
V.	FUNDAMENTOS JURÍDICOS	11
	1- CALIFICACIÓN COMO DELITO DE LESIONES.....	11
	1.1- Tipo básico.	
	1.2- Tipos cualificados.	
	1.3- Calificación como delito de lesiones en el caso.	
	2- CUESTIONES PROCESALES.....	15
	2.1- Procedimiento.	
	2.2- Partes	
	3- ARGUMENTOS QUE PROPONEMOS ESGRIMIR EN DEFENSA DEL ACUSADO.....	20
	3.1- Negación de la participación en los hechos por no estar acreditada.	
	3.2- Solicitud de la nulidad parcial de las actuaciones.	
	A) Citación perjudicado.	
	B) Personación procurador.	
	3.3- Subsidiariamente, el dolo no abarca el resultado concreto producido.	
VI.	CONCLUSIONES.....	29
VII.	BIBLIOGRAFIA.....	31

I- ABREVIATURAS

AP- Audiencia Provincial.

Art.- Artículo.

CE – Constitución Española.

Coords.- Coordinadores.

CP- Código Penal.

LECrim. - Ley de Enjuiciamiento Criminal.

LO - Ley Orgánica.

LOPJ- Ley Orgánica del Poder Judicial.

MF – Ministerio Fiscal.

p./ pp. – Página/ Páginas.

RD – Real Decreto.

SAP/SSAP - Sentencia/s Audiencia Provincial.

Sr – Señor.

ss. - Siguietes.

STC/SSTC - Sentencia/s Tribunal Constitucional.

STS/SSTS - Sentencia/s Tribunal Supremo.

TC - Tribunal Constitucional.

TS - Tribunal Supremo.

Con el propósito de proteger la identidad de las personas implicadas en este procedimiento, han sido sustituidos sus nombres por otros ficticios, así como los nombres de los establecimientos donde se desarrollan los hechos.

Se emite Dictamen a petición de mi cliente, el acusado Artemio Sancho con el objetivo de defender al procesado por la imputación de los hechos ocurridos el día 7 de julio de 2007 en las inmediaciones del «Local A».

Defendiendo al cliente y en contraposición al escrito de calificación presentado por el Ministerio Fiscal, la defensa entiende que estos hechos no pueden ser imputables al acusado por lo que expondremos a continuación.

Por otra parte, se presentan alegaciones a una posible nulidad de actuaciones solicitada por el Ministerio Público y la Acusación particular, debido a una defectuosa citación del perjudicado, y a la defectuosa personación de la acusación particular.

Se manifiesta, que el denunciante conocía la fecha y hora del señalamiento y en segundo lugar que ciertamente no tenía apoderamiento y la acusación carecía de capacidad para intervenir en la causa, pero al no resultar su actuación determinante y limitarse a adherirse al Ministerio fiscal, no sería causa de peso para declarar la nulidad.

Para la elaboración del dictamen se ha llevado a cabo un estudio de la materia, junto a un análisis normativo y jurisprudencial, así como el estudio en profundidad del caso concreto.

II- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - El día 7 de julio de 2007 sobre las 6 horas, Pedro Giménez, mayor de edad y de nacionalidad marroquí, se encontraba en el establecimiento «Local A» y fue entonces cuando sufrió una agresión por parte de un tercero.

El día 9 de julio compareció en calidad de denunciante el hermano de la víctima, Óscar Giménez, manifestando: que a las 6:00 horas del día 7 de julio de 2007 en el establecimiento «Local A», se encontraba su hermano bailando en el citado local cuando se le acercaron tres individuos diciéndole en tono amenazante «Qué miras? Eres un puto moro de mierda» propinándole uno de ellos un puñetazo, solicitando en ese momento ayuda de los vigilantes de seguridad. Los vigilantes le acompañaron para ver quién le había pegado y cuando llegaron donde se encontraban estas personas, uno de ellos le golpeó con un objeto en la sien derecha, defendiéndole un vigilante. Posteriormente, ya en la vía pública se cayó al suelo, siendo asistido por tres jóvenes que le acompañaron al Hospital Miguel Servet.

De la agresión resultaron lesiones consistentes en el estallido corneoescleral con hemorragia de vítreo, desgarramiento retiniano y heridas contusas en región supraciliar y párpado derecho, precisando para su curación doscientos setenta y tres días de asistencia médica, diez de ellos con hospitalización, quedándole como secuelas astigmatismo irregular elevado con una agudeza visual de 3/10 con corrección de lentes y habiendo tenido dos fases de cirugía refractiva posteriores al alta médica, con riesgo de evolución a catarata postraumática subcapsular.

El Servicio Aragonés de Salud prestó al lesionado asistencia médica, generando unos gastos de 5.254,59€.

SEGUNDO. – El 25 de julio del mismo año el Juzgado de Instrucción nº6 de Zaragoza, dictó Auto de sobreseimiento provisional y archivo de la causa por la imposibilidad de atribuir los hechos a persona determinada.

TERCERO. - El 5 de noviembre de 2007 comparece el lesionado en dependencias policiales para declarar. En su declaración, Pedro Giménez manifiesta lo mismo que denunció su hermano dos días después de la sucesión de los hechos, excepto en lo relativo a la actuación de los vigilantes de seguridad, alegando que no es cierto que

intermediaron para defenderle. Respecto a la descripción física de los agresores, manifiesta que quien le propino el golpe en el ojo derecho con un objeto contundente, era de complejión obesa, altura de 1.60 a 1.65 metros, pelo oscuro rizado y abundante y que por el acento cree que pudiera ser de origen sudamericano.

Recuerda que estando un día en el bar «Local B» reconoció sin ningún género de dudas al individuo que le golpeó con el objeto en el ojo.

Se procedió a realizar las gestiones necesarias para la plena identificación del presunto autor, averiguando que el administrador del «local B es Artemio Sancho.

CUARTO. - Se cita al perjudicado el 19 de noviembre para la realización de un reconocimiento fotográfico mostrándole varias fotografías de individuos de similares características físicas, reconociendo a Artemio como la persona que le agredió.

El 23 de noviembre comparece Artemio, procediéndose así a su detención. En su declaración manifiesta que se dedica a la hostelería, siendo el administrador del Local B; que los viernes y los sábados no sale antes de las 6:30 de la mañana y que vive al lado, por lo que al salir acude a su casa. No recuerda la noche de los hechos porque ha pasado mucho tiempo, pero por la hora, seguro que estaba en el Local B. A la pregunta de si tiene algún problema con los marroquís, manifiesta que no. Tras la declaración es puesto en libertad.

QUINTO. - Habiéndose recibido las diligencias ampliatorias se decreta la reapertura de las diligencias previas mediante Auto de fecha 5 de diciembre de 2007, siendo citados para declarar tanto la víctima, como el presunto agresor. En sus declaraciones en sede judicial el 15 de febrero de 2008, se ratifican en lo manifestado en comisaría.

SEXTO. - La defensa interesa que se identifique a los vigilantes de seguridad del Local A y que una vez identificados sean citados como testigos. Realizadas las averiguaciones oportunas, acuden el día 15 de abril de 2018 a declarar dos trabajadores del local A, uno de ellos era el controlador de acceso y manifiesta que no se acuerda del caso ya que suceden muchos incidentes, el segundo de los trabajadores sí que recuerda que lo llamasen para intervenir, vio a un chico sangrando al que le preguntó que qué le ocurría y este le contestó que nada y abandonó el local.

SÉPTIMO. - El 26 de junio de 2009 se dicta Auto de continuación por procedimiento abreviado y la acusación formula recurso de apelación interesando transformación en sumario ordinario, siendo dicho recurso estimado. El 2 de diciembre de 2009 se incoa sumario por un delito de lesiones del artículo 149.1 del Código Penal.

OCTAVO. – El 20 de septiembre de 2010, Artemio es declarado en rebeldía y se encuentra en orden de detención y busca y captura, adquiriendo la condición de imputado por la existencia de indicios de culpabilidad. El 29 del mismo mes se dicta auto de sobreseimiento provisional porque el imputado se encuentra en paradero desconocido.

NOVENO.- El caso permanece sobreseído durante casi cuatro años, y es el 12 de junio de 2014 cuando la defensa presenta un escrito manifestando que el procesado hubo de salir del país por razones personales, concretamente por haber establecido una relación sentimental con una persona de nacionalidad extranjera, sin tener conocimiento de que el Juzgado requería su presencia, y que al tener conocimiento por terceras personas de la busca que el juzgado tenía dictada contra él, manifiesta la intención de comparecer en la causa y quedar a la disposición del Juzgado para la práctica de las diligencias pertinentes.

Tras ello, el 22 de agosto del mismo año, se reabre la causa dejando sin efecto la orden de busca y captura para facilitar su presentación voluntaria ante el órgano judicial.

DÉCIMO. - La defensa solicita, ya que lo considera esencial, la testifical de las personas trabajadoras a la fecha de la producción de los hechos del negocio regentado por el procesado, siendo conocedores de la hora a la que salió del local el día de los hechos el procesado.

El 14 de enero de 2015 declaran en sede judicial tres trabajadores, el primero de ellos manifiesta que el día de los hechos era trabajador del local, que siempre salían más tarde de las seis, que era Artemio quien cerraba y que se iban cada uno a su casa.

El segundo testigo recalca que se iban a casa sobre las seis, pero que Artemio se quedaba más y después se iba a su casa.

Y el último de los trabajadores alega que se salía entre las 6 y 6:30 AM y que Artemio se quedaba a cerrar. Cuenta que cuando se enteró de la denuncia a su jefe acudió al Local A para hablar con los porteros y estos le dijeron que no conocían a Artemio y que los autores de la agresión habían sido unos latinos.

UNDÉCIMO. - Practicadas las diligencias oportunas se declara concluso el sumario mediante Auto el 1 de junio de 2015. Al día siguiente la defensa del procesado presenta un escrito suplicando al juzgado el sobreseimiento y archivo de todas las actuaciones respecto de su cliente, alegando su falta de participación en los hechos por imposibilidad de tiempo y lugar y la incongruencia en los testimonios de los hechos e identificación del presunto autor.

DUODÉCIMO. - El mismo día el Juzgado recibe un escrito por parte del procurador de la víctima en el que comunica su renuncia a la representación del Sr. Giménez, interesando que se le notifique para así poder designarse un nuevo procurador. Días después es la abogada quien presenta un escrito al juzgado manifestando que desconoce el domicilio actual y el teléfono de Pedro, por lo que se solicita la averiguación de su paradero, respondiendo la Dirección General de la Policía que no ha podido localizar a ninguna persona ni recabar ningún dato de interés para su localización.

DECIMOTERCERO. - Llegados a este punto, el 31 de julio de 2015 habiendo sido declarado concluso el sumario, se procede a su elevación ante la Audiencia Provincial, emplazando a las partes para comparecer. Se confirma el auto de conclusión de sumario dictado por el instructor y se abre el juicio oral comunicando la causa al Ministerio Fiscal para que califique por escrito los hechos que de ella resulten.

DECIMOCUARTO. - El fiscal lleva a cabo la calificación correspondiente el 27 de enero de 2016, dictándose posteriormente auto de fecha 4 de marzo de 2016, acordándose la admisión de las pruebas que se consideraron procedentes y efectuándose seguidamente el señalamiento del juicio oral, que finalmente se celebró el día 10 de mayo de 2016.

DECIMOQUINTO. - El día anterior a la fecha señalada para la celebración del juicio se recibió en la secretaría del tribunal una copia de un escrito, con firma digital del Procurador Javier Fernández, encabezado con su nombre, en el que se decía que éste se personaba en la representación de Pedro, diligenciándose seguidamente tal personación, en calidad de acusación particular.

DECIMOSEXTO. - En el transcurso de la práctica de la prueba propuesta y admitida para el juicio, por el Ministerio Fiscal se interesó la suspensión de la vista para que fuera citado el perjudicado, que no compareció como testigo, petición que fue denegada por el tribunal tras ser oídas al respecto las demás partes.

Concluida la práctica de pruebas, y llegado el trámite de calificación, el Ministerio Fiscal modificó las conclusiones que había formulado con carácter provisional, considerando los hechos como constitutivos de un delito de lesiones del artículo 149.1 del Código Penal, interesando que el procesado Artemio fuera declarado responsable del mismo, en concepto de autor, con la concurrencia de la circunstancia atenuante, muy cualificada, de dilaciones indebidas del procedimiento, prevista en el art. 21.6ª del Código Penal, y pidió se le impusiera la pena de tres años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, con condena en costas, y a que por vía de responsabilidad civil indemnizara a Pedro en las cantidades de 10.780 euros por lesiones, y 8.420,89 euros por secuelas, y al Servicio Aragonés de Salud en la de 5.254,59 euros por gastos derivados de la prestación médica proporcionada al lesionado.

Por la letrada Sra. Herrero, como Acusación Particular, en igual trámite de conclusiones definitivas, se adhirió a las del Ministerio Fiscal.

Por el letrado de la Comunidad Autónoma de Aragón, Sr. Martí, como Actor Civil, solicitó que el procesado indemnizara al Servicio Aragonés de Salud (SALUD) en la cantidad de 5.254,59 euros, más intereses legales, por la asistencia médica prestada a Pedro.

La defensa del acusado elevó a definitivas sus conclusiones provisionales, solicitando la libre absolución del mismo.

DECIMOSÉPTIMO.- Tras la celebración del juicio, la Sala dio traslado a las partes para que informaran sobre la posible nulidad de actuaciones en que podía haberse incurrido, por defectuosa personación de la Acusación Particular o defecto en la citación al juicio del perjudicado, mostrándose el Ministerio Fiscal favorable a la declaración de tal nulidad y considerando la representación del procesado que no procedía la misma, al haber tenido conocimiento dicho perjudicado de la fecha del juicio, sin que compareciera ni solicitara declarar por videoconferencia, y haber sido intrascendente la intervención en el Juicio de la letrada que dijo actuar en defensa de sus intereses.

III- CONSIDERACIONES JURÍDICAS A RESOLVER

El Ministerio fiscal, en el sumario tramitado nº XXX/2009 por el procedimiento ordinario, conforme a lo establecido en el art. 780 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal¹ llevó a cabo la calificación el 27 de enero de 2016 concluyendo que Artemio se encontraba en el establecimiento donde se produjeron los hechos con unos amigos junto a los cuales se acercó a la víctima diciéndole «Qué miras, eres un puto moro de mierda» y siendo él quien posteriormente le golpeó con un objeto de cristal en la sien derecha, dejándole en el suelo donde le siguieron propinando patadas; que a causa de estos hechos la víctima resultó con lesiones consistentes en estallido corneoescleral con hemorragia de vítreo, desgarro retiniano y supraracial y de parpado derecho con sus correspondientes secuelas. Narrados los hechos, los califica como un delito de lesiones del artículo 149.1 del Código Penal por la pérdida o inutilidad de un órgano principal, otorgándole la autoría de los hechos al procesado, solicitando la pena de 7 años de prisión y accesoria de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. La responsabilidad civil asciende a 2.708 € por las lesiones causadas y 8.420€ por las secuelas a la víctima, y 5.254€ para el Servicio Aragonés de Salud por los gastos ocasionados por la prestación médica al perjudicado.

Por todo lo expuesto, se encarga a esta parte la elaboración de un Dictamen Jurídico para la defensa de Don Artemio Sancho y para ello deben tenerse en cuenta las siguientes cuestiones jurídicas:

1- CALIFICACION DE LOS HECHOS

Respecto a la calificación de los hechos realizada por el Fiscal, esta parte entiende que Artemio es inocente y procede su libre absolución, proponiendo como prueba la declaración de una serie de testigos.

Una vez practicadas todas las diligencias de investigación, cabe afirmar la falta de participación en los hechos del procesado por imposibilidad de tiempo y lugar, por la incongruencia en los testimonios de los hechos e identificación de Artemio y por la

¹ Art. 780.1 LECrim.: «Si el Juez de Instrucción acordare que debe seguirse el trámite establecido en este capítulo, en la misma resolución ordenará que se dé traslado de las diligencias previas, originales o mediante fotocopia, al Ministerio Fiscal y a las acusaciones personadas, para que, en el plazo común de diez días, soliciten la apertura del juicio oral formulando escrito de acusación o el sobreseimiento de la causa o, excepcionalmente, la práctica de diligencias complementarias, en el caso del apartado siguiente».

exculpación y falta de identificación del acusado en los testimonios de los vigilantes de seguridad.

2- POSIBLE NULIDAD DE ACTUACIONES

Tal y como se ha expuesto en los hechos, una vez finalizado el juicio el Ministerio Fiscal y la acusación particular se muestran favorables a la declaración de nulidad por dos motivos: en primer lugar, por defecto en la citación al juicio del perjudicado, y en segundo lugar por la defectuosa personación de la acusación al no haberse formalizado la misma mediante representación procesal conferida por el perjudicado al procurador.

En cuanto a la eventual nulidad por defecto en la citación del perjudicado, entiende esta parte que el denunciante conocía la fecha y hora del señalamiento y estaba al corriente de todos los pormenores del mismo, por lo que su inactividad en el acto de la vista oral debe atribuirse a su propia voluntad. Tal hecho viene confirmado precisamente con la comparecencia que efectuó ante el consulado español en Oran, de la que se ha dado traslado a esta parte del acta de comparecencia que lo acredita, siendo evidente que le resultaba posible, o bien la presencia en la vista oral, o bien la intervención en la misma mediante videoconferencia.

Respecto de la eventual existencia de nulidad por defectuosa personación de la acusación particular, estamos de acuerdo con que la acusación particular carecía de capacidad para intervenir en la causa, pero hay que tener en cuenta que la misma se limitó a adherirse en un todo a la acusación formulada por el Ministerio Público, por lo que su actuación no resultó determinante, no constituyendo así motivo de peso suficiente para declarar la nulidad.

IV- NORMATIVA APLICABLE

Para la resolución de las cuestiones jurídicas planteadas debe acudirse a la siguiente normativa:

- a) Constitución Española. Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978.
 - Art. 9.3
 - Art. 24.2
 - Art. 124.1
 - Art. 124.2

- b) Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
 - Art. 147
 - Arts. 148, 149, 150, 152

- c) RD de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
 - Art. 14.4
 - Art. 104.1
 - Art. 110
 - Art 299
 - Art. 622
 - Art. 681
 - Art. 730
 - Art. 735 y 854
 - Art. 780

- d) Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.
 - Art. 238
 - Art. 543.1

- e) RD 1281/2002, de 5 de diciembre, por el que se aprueba el Estatuto General de los Procuradores de los Tribunales de España.
 - Art. 3

V- FUNDAMENTOS DE DERECHO

1- LA CALIFICACIÓN COMO DELITO DE LESIONES

1.1- TIPO BÁSICO:

A mi cliente se le acusa por un delito de lesiones. El tipo básico se encuentra recogido por el artículo 147.1 castigando «al que causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o salud física o mental» llevándose a cabo «por cualquier medio o procedimiento» debiendo existir relación de causalidad entre la acción y el resultado.

El bien jurídico protegido ha ido evolucionando en las últimas décadas, hasta los años sesenta la jurisprudencia mayoritaria, consideraba que el bien jurídico protegido era la integridad corporal o física, pero hoy en día esto se considera insuficiente para abarcar la gran cantidad de resultados descritos en los arts. 147 y ss. CP. Otra parte de la doctrina defendía como bien jurídico protegido en las lesiones la incolumidad corporal o personal, siendo esto demasiado amplio al contrario que el caso anterior. Lo correcto es considerar que el bien jurídico está formado por dos dimensiones: por un lado, la integridad corporal «estado del cuerpo en su concreta plenitud anatómico-funcional interna y externa», resultando vulnerada «a través de toda pérdida, inutilización, menoscabo o desfiguración de cualesquiera órganos, miembros o partes del cuerpo», y por otro la salud en su sentido estricto, siendo menoscabada por la provocación de enfermedades físicas o psíquicas².

Las lesiones del artículo 147.1, requieren tratamiento médico o quirúrgico para su sanidad, no es suficiente una primera asistencia facultativa ya que sino estaríamos hablando del 147.2 que tal y como establece Muñoz Conde tiene carácter residual y subsidiario³.

De dicho artículo se desprenden los elementos objetivos, siendo necesaria la concurrencia de un daño o menoscabo en la integridad corporal o en la salud mental o física, y un tratamiento médico o quirúrgico⁴, además de una primera asistencia facultativa.

² VIZUETA FERNÁNDEZ, J., en ROMEO CASABONA, C.M., y OTROS, *Derecho Penal. Parte Especial. Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, Comares, Granada, 2016, p.73.

³ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal Parte Especial*, 21ª Edición, Tirant lo Blanch, p. 94-99.

⁴ Debe considerarse tratamiento médico o quirúrgico el tratamiento restaurador del cuerpo, tendente a restablecer o corregir, por medio de operaciones naturales e instrumentales, sean de cirugía mayor o menor, cualquier alteración funcional u orgánica causada por una lesión (Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1994).

Nos encontramos ante un tipo doloso, puesto que el acusado tenía conciencia y voluntad de realizar una acción que produjera un resultado que menoscabe la integridad del sujeto pasivo⁵.

La ley no contiene una definición de dolo, pero es requerido como elemento básico en el concepto de delito, de la definición dada por la doctrina se deduce un elemento intelectual y un elemento volitivo.

Como elemento intelectual, el dolo supone el conocimiento de que se realizan los elementos objetivos del tipo: la acción peligrosa y, en su caso, el resultado imputable a la acción, así como el resto de elementos objetivos del tipo de lo injusto. Está constituido por el conocimiento de los elementos objetivos del tipo en el momento de iniciarse la acción.

En segundo lugar, encontramos el elemento volitivo, un sector de la doctrina lo considera implícito en el elemento intelectual, en el sentido de que «quien conoce y hace, quiere»⁶.

El elemento volitivo consiste en la voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo, en la conciencia de realizar la acción⁷.

1.2- TIPOS CUALIFICADOS:

Los artículos 148 ,149 y 150 recogen los tipos cualificados del delito de lesiones, imponiendo una pena más grave según el medio empleado, la forma en la que la lesión se lleva a cabo, las condiciones de la víctima o el resultado de la acción.

En el artículo 148 se tipifica un tipo agravado facultativo, que se compone de tres apartados en los que se tiene en cuenta el medio utilizado (utilización de objetos, armas o instrumentos); si ha mediado ensañamiento o alevosía y la cualidad de la víctima.

Por otra parte, en los arts. 149 y 150 se regulan dos tipos agravados de resultado diferenciado. El art. 149 castiga al que causara a otro la pérdida o inutilidad de un órgano principal, de un sentido, la impotencia, la esterilidad o la grave deformidad mientras que

⁵ GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN. J, *Delitos y lesiones. Tipos agravados y cualificados*, Editorial Universitaria Ramón Aceres, 2006, p. 207-222.

⁶ Aforismo de teorías monistas-cognoscitivas.

⁷ SOLA RECHE, E., en ROMEO CASABONA, C.M, y OTROS (Coords.), *Derecho Penal. Parte General. Comares*, Granada, 2016. pp. 117-118.

el art. 150 tipifica castiga al que causare a otro la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro no principal o la deformidad.

La jurisprudencia entiende por miembro principal toda extremidad u órgano externo o interno del cuerpo humano que posea actividad funcional independiente y relevante para la vida, para la salud o para el normal desenvolvimiento del individuo, y por miembro no principal al que gozando en principio de las mismas condiciones le falte la de la función autónoma por hallarse al servicio de otros miembros u órganos principales y no resulte plenamente indispensable para la vida o para la salud completa del individuo pero que, a consecuencia de su falta, no pueda éste realizar las funciones todas de su plena actividad por suponer su pérdida una minusvalía anatómico-fisiológica⁸.

En relación con el tipo subjetivo, para aplicar los delitos de lesiones de los arts. 149 y 150 es necesario que el dolo abarque el concreto resultado producido⁹.

1.3- CALIFICACIÓN COMO DELITO DE LESIONES EN EL CASO OBJETO DE ESTUDIO.

En este caso el Fiscal califica los hechos como constitutivos de un delito de lesiones cualificado por la gravedad del resultado previsto en el artículo 149.1 CP¹⁰.

Como se ha expuesto anteriormente, si se trata de la pérdida de un órgano o miembro principal será de aplicación el artículo 149, entendiendo por órgano cualquiera de las partes del cuerpo humano que desempeña una actividad propia de tener autonomía funcional¹¹.

La víctima de este caso pierde la visión de un ojo por lo que estaríamos ante la pérdida o inutilidad de un sentido. Los sentidos son los sistemas de percepción del mundo exterior, como es el caso de la vista, y la pérdida de este sentido debe entenderse

⁸ SSTS 15/06/1992 y 14/10/2002.

⁹ En este sentido véase VIZUETA FERNÁNDEZ, J., en VIZUETA FERNÁNDEZ, J., en ROMEO CASABONA, C.M., y OTROS, *Derecho Penal. Parte Especial. Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, Comares, Granada, 2016, p. 88.

¹⁰ Art. 149.1 CP. «El 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, será castigado con la pena de prisión de seis a 12 años».

¹¹ ARROYO ZAPATERO. L, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE. I, *Comentarios al Código Penal*, p. 376.

como la desaparición total o sustancial de su funcionalidad, bastando al ser órganos pares la inutilidad de uno de ellos, por tener la consideración de órgano principal¹².

El Tribunal Supremo considera como órganos principales los ojos, las extremidades superiores e inferiores y el aparato fonológico¹³ entre otros. Así queda recogido en la STS del 7 de diciembre de 2005, aunque existan órganos dobles como los ojos, oídos, pulmones..., la pérdida de uno de ellos afecta en gran medida a su funcionalidad. No sería este el caso de órganos como los testículos ya que la pérdida de uno de ellos no afectaría a su funcionalidad y en este caso sería de aplicación el artículo 150 CP.

Si hablamos del porcentaje concreto de pérdida funcional necesario, depende de cada caso pues el Tribunal Supremo ha admitido distintas cifras en sus sentencias: un 95% de pérdida de visión en un ojo en la STS 119/09 del 3 de febrero; un 82% de pérdida de visión en la STS 715/2007 del 18 de septiembre; incluso la secuela de quedarse con una agudeza visual del 50% en su Sentencia 2/2007 del 16 de enero.

Con base en la jurisprudencia podemos afirmar, que la privación de la vista, no tiene por qué ser total. La Fiscalía General del Estado también se ha pronunciado al respecto en su Circular 2/1990, manifestando que la privación de la vista también debe entenderse como una disminución notoria y no solo como la pérdida total.¹⁴

La defensa no puede negar que el resultado producido consiste en la pérdida o inutilidad de un órgano principal. Sin embargo, puede defender, subsidiariamente, para el supuesto de que el juez considere que el Sr. Artemio es el autor, que ese resultado no ha sido abarcado por el dolo. Así, esta parte considera que no estaríamos ante un delito de lesiones doloso del art. 149, como mantiene la acusación, sino ante un delito doloso de lesiones del art. 147.2 en concurso con un delito de lesiones imprudente del art. 152.1.2^a. Como se ha expuesto con anterioridad, para aplicar el tipo del art. 149 es necesario que el dolo abarque ese concreto resultado producido y en ningún caso el Sr. Artemio pretendía con su acción provocar a la víctima la pérdida o inutilidad del ojo,

¹² VIZUETA FERNÁNDEZ, J., en ROMEO CASABONA, C.M., y OTROS, *Derecho Penal. Parte Especial. Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, Comares, Granada, 2016, p.85.

¹³ Aparato fonológico : la foniatría constituye la rama de la medicina dedicada a la rehabilitación tratando el estudio, diagnóstico y tratamiento de todo lo relacionado con la comunicación humana, como son las afectaciones en el lenguaje, la audición, el habla y la voz.

¹⁴ ARROYO DE LAS HERAS. A, MUÑOZ CUESTA. J, *Delito de Lesiones*, Aranzadi 1993, P. 108- 109.

sino causarle una lesión que requiriera únicamente una primera asistencia facultativa.

2- CUESTIONES PROCESALES

2.1- PROCEDIMIENTO

La pena impuesta por el artículo 149 CP es de 6 a 12 años¹⁵, y cuando la pena privativa de libertad es superior a 9 años, se debe seguir el procedimiento sumario. Esto se desprende del art. 757 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que señala que «el procedimiento abreviado se aplicará al enjuiciamiento de los delitos castigados con pena privativa de libertad no superior a nueve años, o bien con cualesquiera otras penas de distinta naturaleza bien sean únicas, conjuntas o alternativas, cualquiera que sea su cuantía o duración». Por tanto, el Juicio Ordinario o Sumario será el procedimiento a seguir para los delitos castigados con pena de prisión superior a los nueve años.

El órgano que se encarga de la instrucción de este tipo de procedimientos es el Juzgado de instrucción y el enjuiciamiento será llevado a cabo por la Audiencia Provincial. Las Audiencias Provinciales son competentes para el enjuiciamiento de los delitos a los que hace referencia el Art. 14.4 de la LECrim., se distribuye la competencia en función de la pena que venga señalada abstractamente al delito imputado, con independencia de la solicitada por la acusación. Si la pena en abstracto es inferior a cinco años, le corresponderá el conocimiento y fallo a los Juzgados de lo Penal, pero si esta es superior a cinco años, la competencia será de la Audiencia Provincial como es el caso¹⁶.

El procedimiento sumario está compuesto por tres fases: la primera de ellas es la denominada fase de instrucción o sumarial y en ella se llevan a cabo una serie de actuaciones que son secretas excepto para las partes, se practican las diligencias propuestas averiguando los hechos y las circunstancias personales del delincuente. El Art. 299 de la LECrim. Establece que «Constituyen el sumario las actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación y la culpabilidad

¹⁵ Art. 149.1 CP.: «El 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, será castigado con la pena de prisión de seis a 12 años».

¹⁶ MORENO CATENA. V, *Derecho procesal penal*, 7ª Edición, Tirant lo Blanch, p. 72.

de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos».

Finalizado el sumario¹⁷, el juez instructor dictará auto de procesamiento estableciendo a quien se le imputa la comisión de los hechos instruidos, que podrá ser recurrido en reforma, y una vez concluido el sumario se dictará auto de conclusión remitiendo las actuaciones al tribunal competente, en este caso a la Audiencia Provincial y notificando a las partes.

La siguiente fase es la de preparación del juicio oral, que se realizará siguiendo lo establecido por el Art.681 LECrim., consistiendo en las actuaciones que tengan por objeto confirmar o revocar el mencionado auto de conclusión del sumario para dar lugar a la apertura de juicio oral, al sobreseimiento o al archivo del procedimiento, todo ello ante la Audiencia Provincial.

Con el acuerdo de apertura de juicio oral se remitirá el expediente al Ministerio Fiscal para que elabore su calificación siendo comunicado este a las partes y pudiendo ejercer también la acción de responsabilidad civil, como hace en este caso el Servicio Aragonés de Salud. Junto con estos escritos se propondrán los medios de prueba para defender sus pretensiones en el juicio oral.

Y, por último, se desarrolla la fase del juicio oral o plenario, una vez confirmado el auto de conclusión de sumario y las pruebas realizadas durante el mismo, se presentan los escritos de calificación y se pasa al examen de las pruebas propuestas en la segunda fase. Constituyen medios de prueba los siguientes: declaración del acusado, prueba de testigos, prueba pericial, careo, prueba documental, presunciones y reconocimiento judicial¹⁸.

Una vez practicadas las pruebas, las partes comunicarán si elevan a definitivas sus conclusiones provisionales o si tras la prueba las quieren modificar. Al ser un juicio oral, se expondrán oralmente las conclusiones de las partes y se otorgará la última palabra al acusado.

El fin del proceso se producirá con la sentencia que podrá ser recurrida en casación

¹⁷ Art. 622 LECrim.: «Practicadas las diligencias decretadas de oficio o a instancia de parte por el Juez instructor, si éste considerase terminado el sumario, lo declarará así, mandando remitir los autos y las piezas de convicción al Tribunal competente para conocer del delito».

¹⁸ ARMENTA DEU.T, *Lecciones de Derecho procesal penal*, 21ªEd., Marcial Pons, 2018, p.302.

ante el Tribunal Supremo.

2.2- PARTES

Parte es quien actúa en el proceso pidiendo al órgano jurisdiccional una resolución, quién aporta alegaciones, pruebas y el material, así como participa de la contradicción y ello con independencia de la relación que dicho sujeto tenga con el fondo del proceso. Atendiendo a este concepto formal, las partes según la posición que adopten en el proceso son: acusadoras o acusadas¹⁹.

La posición activa del proceso penal la ocupan las partes acusadoras, que son quienes se encargan de instar la práctica de diligencias necesarias para el juicio en la fase de instrucción, y una vez realizada la apertura de juicio oral, quienes formulan la acusación contra una persona determinada siguiendo lo dispuesto en el artículo 650 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, determinando los hechos punibles, y su calificación, señalando la persona a quien considera autora de los mismos y las penas en que hubiera incurrido²⁰.

En este caso encontramos tres partes acusadoras: El Ministerio Fiscal, la víctima del delito, y, en tercer lugar, como actor civil el Servicio Aragonés de Salud.

- Ministerio Fiscal: Constitucionalmente debe defender la legalidad, los derechos de los ciudadanos y el interés público tutelado por la ley, promoviendo la acción de la justicia²¹. Es un órgano público del Estado que colabora con la jurisdicción, pero sin formar parte del poder judicial, y actúa en el proceso bajo el principio de imparcialidad. Aunque haya acusador particular en el proceso, tiene legitimación para ejercitar la acción penal en todos los casos perseguibles de oficio, no siendo así en los delitos perseguibles solo a instancia de parte²².

El Ministerio Fiscal debe actuar con arreglo a las normas del Ordenamiento

¹⁹ ARMENTA DEU.T, *Lecciones de Derecho procesal penal*, 21ªEd., Marcial Pons, 2018, p.97.

²⁰ MORENO CATENA. V, *Derecho procesal penal*, 7ª Edición, Tirant lo Blanch, p. 102.

²¹Art. 124.1 C. E: «El Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social».

²² Delitos privados, donde se exige querrela de la víctima o de su representante legal. Estos delitos son los de injurias o calumnia. Art. 215 CP y art. 104.1 LECrim.

Jurídico español por el principio de legalidad ²³, y su defensa tendrá que ser plenamente objetiva, actuando con independencia de los intereses encomendados, todo ello por el principio de imparcialidad ²⁴.

El MF lleva a cabo su calificación considerando los hechos constitutivos de un delito de lesiones del artículo 149.1 CP, solicitando la pena de 7 años de prisión y la indemnización como responsabilidad civil de 2708 € por las lesiones causadas y 8.420,89€ por las secuelas a Pedro, y por los gastos ocasionados por la prestación médica, el acusado deberá indemnizar al Salud con 5.254,59€.

- El acusador particular, la víctima del delito: se constituye como parte activa en el proceso por haber sido agraviado por los hechos cometidos. En este caso es Pedro, quien sufre las lesiones con sus correspondientes secuelas, en concreto le queda astigmatismo irregular elevado con una agudeza visual de 3 puntos sobre 10 sin corrección y de 7 puntos de 10 con corrección de lentes, además se le han practicado dos fases de cirugía refractiva, y un total de 5 queratomías indicando el informe que existe riesgo de evolución a futura catarata siendo la secuela valorada en diez puntos.

El término «acusador particular» hace referencia a aquel que ha sido ofendido por el delito y decide ejercer la acción penal. No debe confundirse con la «acusación popular» ya que puede ser ejercida por cualquier ciudadano pero que no haya sido ofendido por el delito²⁵.

- El Servicio Aragonés de Salud (en adelante SALUD) se presenta como actor civil por los gastos económicos derivados de la asistencia médica prestada a Pedro. Los hechos delictivos generan como consecuencia este perjuicio en el patrimonio

²³ Art. 9.3 C. E: «La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos».

²⁴ Art. 124.2 C. E: «2. El Ministerio Fiscal ejerce sus funciones por medio de órganos propios conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad».

²⁵ STS 34/1994 y STS 129/2001.

que debe ser restituido²⁶.

El SALUD ejercita únicamente la acción civil, siendo titular de la pretensión de reparación, por lo que el legislador le da el nombre de «actor civil».

Su intervención en el proceso penal es limitada, únicamente va a instar las actuaciones referentes a la determinación y aseguramiento de la pretensión reparatoria, pudiendo intervenir en el desarrollo del juicio oral en todo aquello que esté encaminado a obtener la tutela de su derecho y a interponer los recursos sobre aquello que afecte a su restitución, reparación o indemnización²⁷.

La responsabilidad civil se le atribuye al responsable penal de los hechos que han dado lugar al perjuicio económico que se reclama. En este caso tenemos un procesado al que se le responsabiliza de la indemnización tanto a la víctima como al SALUD. Así lo solicita tanto el Ministerio Fiscal como el abogado de la Comunidad Autónoma de Aragón en sus correspondientes escritos de acusación. El letrado de la Comunidad Autónoma de Aragón, representando al Salud presenta su escrito de calificación como actor civil que es, y solicita la indemnización de los 5.454,59€ más los correspondientes intereses legales, y se adhiere a la prueba solicitada por el Ministerio Fiscal.

Como parte acusada nos encontramos a nuestro cliente Artemio Sancho.

- El investigado: constituye la parte pasiva del proceso y es necesaria ya que, si no existe contra quien dirigir la acción, no cabe juicio ni sentencia. Es parte desde el primer momento, viéndose sometido al procedimiento y su derecho a la libertad amenazado. La autoridad judicial le comunica su calidad de investigado en cuanto se están realizando actuaciones con motivo de la existencia de unos hechos delictivos, los cuales podrían atribuirse.

No resulta necesaria la presencia del investigado durante la práctica de diligencias previas, pero si debe estar presente en el juicio oral

²⁶ Art. 110 LECrim: «Los perjudicados por un delito o falta que no hubieren renunciado a su derecho podrán mostrarse parte en la causa si lo hicieran antes del trámite de calificación del delito y ejercitar las acciones civiles que procedan, según les conviniere, sin que por ello se retroceda en el curso de las actuaciones».

²⁷ Art. 735 y 854.2 LECrim.

3- ARGUMENTOS QUE PROPONEMOS ESGRIMIR EN DEFENSA DEL ACUSADO

3.1. LA NEGACIÓN DE LA PARTICIPACIÓN EN LOS HECHOS POR NO ESTAR ACREDITADA.

Como defensa, negamos la participación en los hechos. Para ello hay que tener en cuenta los testimonios emitidos en juicio por los testigos propuestos por la acusación ya que de ellos se desprenden versiones diferentes y contradictorias, respecto de lo que el denunciante declaró en la fase de instrucción.

Los testigos propuestos por la acusación, eran los trabajadores del local A, que se ocupaban de la seguridad del establecimiento, uno de ellos manifestó no acordarse de lo sucedido afirmando que de haber sucedido algo así se acordaría y el otro únicamente recuerda que vio a un joven sangrando, pero al mostrarle una imagen de Artemio no lo reconoció.

Por otra parte, Pedro en su declaración manifestó, que quién le golpeó con un objeto en el ojo era de complexión obesa, de altura 1.60 metro, con el pelo rizado y oscuro pudiendo ser de origen sudamericano por el acento. Artemio es de origen español, su altura está alrededor de 1.70 metros y su pelo en el momento de los hechos era liso y con mechas rubias, descripción que no se ajusta en absoluto a la de Artemio.

También hay que tener en cuenta que la identificación del autor se realizó más de dos meses después del suceso, por lo que carecería de virtualidad probatoria plena.

Respecto de las declaraciones de los testigos que trabajaban para Artemio, se desprende una clara imposibilidad temporal y espacial de que estuviese en el lugar de los hechos sobre las 6 horas del día 7 de julio de 2007, pues cerraban el local después de dicha hora y esto es expresado unánimemente sin dar lugar a ningún género de dudas. Estas declaraciones amparan la exculpación del procesado, solo se cuenta con las declaraciones del lesionado y de su hermano a quien le contó lo sucedido. De ser estas las únicas pruebas tampoco tendrían el peso suficiente para atribuir la autoría al investigado, ya que el hermano ni si quiera es testigo sino que está denunciando unos hechos que le han contado, y por otro lado, la actuación de la víctima es incoherente al no asistir al juicio, por ello estas pruebas no son suficientes para dar lugar a una prueba de peso.

La jurisprudencia establece tres requisitos para que la declaración de la víctima

tenga cargo suficiente para constituir una prueba de peso. El Tribunal debe valorarla desde una triple perspectiva, en primer lugar, la ausencia de incredibilidad subjetiva, en segundo lugar, la verosimilitud y por último persistencia en la incriminación.

La STS 667/2003 de 7 de mayo establece esta triple perspectiva: “Cuando la declaración de la víctima es la única prueba de cargo, el Tribunal sentenciador que la escuchó, debe valorarla y motivar la credibilidad que le otorga desde una triple perspectiva:

a) Que no exista incredibilidad subjetiva, es decir, que *ab initio* no se pueda sospechar de su veracidad.

b) Debe existir una verosimilitud de lo narrado por la víctima y, enlazado con ello, es conveniente que existan corroboraciones que robustezcan la credibilidad del relato.

c) Debe existir una persistencia en la incriminación, lo que puede ser compatible con que el relato no haya sido siempre y en todo momento idéntico milimétricamente, ya que es normal que existan modificaciones y alteraciones. Lo relevante es que el núcleo central sea mantenido”.

En el caso que nos atañe se debe valorar detalladamente y motivar la credibilidad de la declaración, para provocar el decaimiento de la presunción de inocencia, ya que la veracidad de la declaración es más que sospechosa.

Los hechos sí que quedan probados y constituyen el delito previsto en el art. 149 del Código Penal, pues el resultado descrito en el anterior relato fáctico, según informe de los forenses que han depuesto en el juicio, ha supuesto al agraviado la pérdida o inutilidad casi plena de la vista en un ojo, pero, practicadas todas las actuaciones necesarias, no se puede acreditar la autoría de mi representado, pues quedaría amparado por el principio de presunción de inocencia²⁸.

Solo la actividad probatoria de cargo, debidamente practicada, puede conducir al juzgador al convencimiento de la culpabilidad del investigado, siendo dicha actividad necesaria para arrumbar el principio *in dubio pro reo*²⁹. Si no es así, opera la

²⁸ Art 24.2 CE. «Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia».

²⁹ ARMENTA DEU. T, *Lecciones de derecho procesal*, 11ª Edición, Marcial Pons, p. 70.

presunción de inocencia.

La culpabilidad debe quedar demostrada por la prueba suministrada por la acusación. Para ello es necesaria una mínima actividad probatoria de cargo, para saber qué es lo que constituye esa mínima actividad probatoria recurriremos a la STC 233/2002, de 9 de diciembre.

El Tribunal Constitucional entiende que la mencionada prueba de cargo es la realizada en el juicio oral siguiendo los principios de oralidad, inmediación, publicidad y contradicción³⁰, pero también tendrán valor de prueba las realizadas en fase de instrucción o previas al juicio, siempre que cumplan los presupuestos y requisitos y se produzcan en juicio con garantía de contradicción.

Conforme a la reiterada doctrina del TC, la presunción de inocencia consagrada en el art. 24.2 de la CE se asienta sobre dos ideas esenciales: por un lado, el principio de libre valoración de la prueba en el proceso penal, que corresponde efectuarla a los jueces y tribunales por imperativo del artículo 117.3 CE, y de otro lado que la sentencia condenatoria se fundamente en auténticos actos de prueba, siendo la actividad probatoria suficiente para desvirtuar la presunción, para lo cual es necesario que la evidencia que origine su resultado lo sea tanto con respecto a la existencia del hecho punible como en todo a lo atinente a la participación y responsabilidad que tuvo el acusado.

No basta que se haya practicado con gran amplitud la prueba, sino que el resultado de la misma ha de ser tal que razonablemente pueda considerarse de cargo, es decir, que los hechos cuya certeza resulte de la prueba practicada acrediten la culpabilidad del acusado, debiendo salvarse la duda del Juzgador, si existe tras la práctica de las probanzas a favor del reo, en base al principio rector del proceso penal de «in dubio pro reo»³¹.

Lo que implica la presunción de inocencia es que el acusado en un proceso va a ser considerado inocente hasta que una sentencia firme declare su culpabilidad. Es una

³⁰ STC 33/2000.

³¹ Sentencia Juzgado de lo Penal nº5 de Zaragoza 22 de noviembre 2018. Véanse SSTs de 1 de marzo de 1993, de 5 de diciembre de 2000 o de 25 de abril de 2003 que establecen que la aplicación del principio “in dubio pro reo” se excluye cuando el órgano judicial no ha tenido duda sobre el carácter incriminatorio de las pruebas practicadas y sin perjuicio de la aplicación del principio de presunción de inocencia, dejando claro que ambos principios, aunque estén ligados, operan de manera individual.

presunción *iuris tantum*, siendo sus efectos susceptibles de quedar desactivados.

Para declarar la culpabilidad, la sentencia debe ser condenatoria y tendrá que exponer una motivación fundamentada lo suficientemente solvente como para que a partir de los hechos y mediante el proceso valorativo, se llegue a esa condena. De no existir la requerida motivación también nos encontraríamos con la activación del principio de presunción de inocencia, invocando el derecho a la tutela efectiva.

Aplicando lo expuesto, cabe afirmar que la prueba practicada en el acto del juicio no resulta suficiente para enervar el principio de presunción de inocencia y por ello el resultado de la sentencia nunca podría ser condenatorio.

3.2. SOLICITAR LA NULIDAD PARCIAL DE LAS ACTUACIONES.

La nulidad de actuaciones aparece recogida en los arts. 238 a 243 de la LOPJ, en el título denominado «*De la nulidad de los actos judiciales*».

En el artículo 238, se establecen los casos en que los actos procesales serán nulos de pleno derecho: «Cuando se produzcan por o ante tribunal con falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional; cuando se realicen bajo violencia o intimidación; cuando se prescinda de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión; cuando se realicen sin intervención de abogado, en los casos en que la ley la establezca como preceptiva; cuando se celebren vistas sin la preceptiva intervención del secretario judicial; en los demás casos en los que las leyes procesales así lo establezcan».

La nulidad de actuaciones tiene que ajustarse a tres principios establecidos por el Tribunal Constitucional ³². En primer lugar, se debe haber realizado una tasa rigurosa de aquellas causas que puedan dar lugar a la nulidad de pleno derecho de los actos judiciales, a continuación, se requiere la consagración del principio de conservación de los actos judiciales, y por último se deben subsanar los defectos procesales, siempre que sea posible.

Descendiendo al caso concreto, tal y como argumentaremos en los fundamentos de derecho, se debería declarar en todo caso, la nulidad parcial. En el art. 243 de la LOPJ se distinguen dos supuestos:

³² STC 185/1990, de 15 de noviembre.

a) El primero de ellos es el de la nulidad de un acto en relación con los actos sucesivos: Para que los actos sucesivos al acto nulo sean válidos, no pueden contener estos vicios de nulidad, deben ser independientes del acto nulo, de cuya nulidad podrían haberse contagiado y en caso de no ser independientes del acto nulo su contenido tiene que haber permanecido invariable aún sin haberse cometido la infracción que dio lugar a la nulidad.

b) El segundo de ellos, que es el que se daría en este caso, sería la nulidad de parte del acto. Con ella seguirán siendo válidas las partes del acto que sean independientes de la parte anulada de aquél.

A) CITACIÓN DEL PERJUDICADO.

La citación para prestar declaración debe hacerse tal y como establece la LECrim, pueden ser citados personalmente y si se desconoce el domicilio como es el caso, se iniciarán cuantas investigaciones policiales sean posibles para su averiguación. De no ser esto efectivo se publicará la cédula de citación como el juez considere que sea el medio más idóneo para que llegue a conocerla el interesado. Pues bien, en este caso, la policía tras el desarrollo de su investigación no logró localizar a Pedro, ni averiguar su domicilio, pero se tiene constancia de que la citación llegó al perjudicado, pues así lo declaró su propio hermano, tal y como reconoció este en el juicio, y a esto hay que sumarle que llegó a sede judicial un escrito del consulado de Omán donde se acredita que Pedro se encontraba ahí, por lo que era conocedor de que estaba citado para asistir al juicio.

Partiendo de que Pedro tenía conocimiento de su citación como testigo, éste no compareció ni justificó causa alguna que se lo impidiera; podría haber incluso declarado por medios telemáticos ya que se encontraba en Argelia, y tampoco lo solicitó. Este argumento queda amparado por el Tribunal Constitucional ya que expone que, una vez llegada la información a poder del interesado, puede este disponer de su defensa permitiendo, nuestras normas procesales y, en concreto, el art. 271 de la Ley Orgánica del Poder judicial, que los actos de comunicación puedan practicarse por medio de correo, del telégrafo o de cualquier otro medio técnico³³.

³³ STC 110/1989, de 12 de junio de 1989.

Por ello, la falta de audiencia debe imputarse a su voluntad de no declarar y, por tanto, no procede suspender el juicio por tal incomparecencia y sin que tampoco proceda ahora declarar nulidad de actuaciones por este motivo.

El tribunal Constitucional declara que *«sólo la incomparecencia en el proceso debida a la voluntad expresa o tácita de la parte o a su negligencia, o a la de su representación procesal y técnica, puede justificar una resolución inaudita parte»*³⁴.

B) PERSONACIÓN DEL PROCURADOR.

Respecto a la incomparecencia del procurador, analizaremos desde un principio los cambios que se han producido en la representación de Pedro.

En primer lugar, se designó al Sr Fernández como procurador de Pedro, representando los intereses de este hasta el 2 de junio de 2015, día que presentó un escrito al juzgado comunicando su renuncia y se acordó en el Juzgado instructor el emplazamiento mediante la letrada para la designación de un nuevo procurador. Como el Sr. Giménez se encontraba en paradero desconocido no pudo materializarse dicha designación. Las partes que se encontraban personadas fueron emplazadas para comparecer en la Audiencia Provincial ya que se había acordado la conclusión de sumario.

El juicio se fijó el día 10 de mayo, recibiendo un día antes de este, en la secretaría de la Audiencia un escrito firmado digitalmente por el procurador Sr. Esteban, comunicando que se personaba en la representación de Pedro. Se admitió por diligencia de ordenación con la misma fecha dicha personación, siendo esta defectuosa por no haberse formalizado mediante representación procesal.

Finalizado el juicio se les informa de la posible nulidad y la acusación presenta otro escrito con el objeto de subsanar el error consistente en que en dichas actuaciones está personado el Procurador Fernández.

Está claro que el artículo 543 de la LOPJ³⁵ es quebrantado y por ello la nulidad

³⁴ SSTC 48/1986, de 23 de abril, 16/1989, de 30 de enero, 17/1992, de 10 de febrero, 117/1993, de 29 de marzo, 18/1995, de 24 de enero, 59/1998, de 16 de marzo, 105/1999, de 14 de junio y 294/2000, de 11 de diciembre.

³⁵ Artículo 543.1 LOPJ: «Corresponde exclusivamente a los procuradores la representación de las partes en todo tipo de procesos, salvo cuando la ley autorice otra cosa».

sería clara por lo establecido en el artículo 238.3 de la LOPJ³⁶, al no haberse formalizado la personación mediante representación procesal conferida por el perjudicado al procurador que asumía dicha representación, todo ello relacionado con el artículo 3 del Estatuto de los Procuradores de los Tribunales, aprobado por Real Decreto 1.281/02, de 5 de diciembre³⁷.

En el momento del juicio todo tenía apariencia de legalidad, y es por eso que no se alega en el propio juicio la causa de nulidad sino en un momento posterior, cuando se dieron cuenta del defecto que afectaba a la personación del perjudicado como acusación particular. Este defecto daría lugar a la nulidad de pleno derecho porque incurre en un quebranto procesal por lo anteriormente expuesto.

La designación de procurador tiene que formalizarse siempre mediante el apoderamiento del perjudicado, y puede hacerse de dos modos: en primer lugar, mediante «apud acta»³⁸ o mediante escritura de poder ante fedatario público³⁹. En el caso que nos ocupa no se presentó la copia del escrito aludiendo a tal personación, y esto fue ignorado por el tribunal. Por ello no debió admitirse la actuación de la acusación en el juicio defendiendo los intereses de la víctima ya que realmente no estaba autorizada para ello.

Ante la posible nulidad de actuaciones, tenemos que plantearnos como defensa, si nos interesa que se produzca dicha nulidad o no. A la vista de lo actuado, incluyendo la celebración del juicio oral, considera esta parte que todo indica la libre absolución de nuestro representado.

Si se declara la nulidad total de actuaciones considerando que la citación del perjudicado es defectuosa y que su incomparecencia se debe a causas ajenas a su voluntad,

³⁶ Artículo 238. LOPJ: «Los actos procesales serán nulos de pleno derecho cuando se prescinda de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión».

³⁷ Artículo 3 E.P: «Son los Procuradores de los Tribunales quienes, válidamente incorporados a un Colegio:1. Se encargan de la representación de sus poderdantes ante los Juzgados y Tribunales de cualquier orden jurisdiccional.2. Se encargan del fiel cumplimiento de aquellas funciones o de la prestación de aquellos servicios que, como cooperadores de la Administración de Justicia, les encomienden las leyes.3. El procurador podrá ostentar la defensa del cliente cuando no esté reservada por Ley a otras profesiones».

³⁸ Apoderamiento que se realiza ante Letrado de la Administración de Justicia, siendo gratuito este apoderamiento y puede obtenerse por comparecencia ante el Letrado de Administración de Justicia de cualquier oficina judicial o bien mediante la Sede Judicial Electrónica.

³⁹ Se trata de un documento público que debe estar autorizado por un notario para que una persona física o jurídica pueda designar a otra como su representante procesal y así actuar en su nombre en actos jurídicos. Con ello el representante para ser considerado apoderado tendrá que poseer la copia autorizada del poder.

se daría lugar a la posible aplicación del art. 730 LECrim.⁴⁰, dándole al Sr. Giménez la oportunidad de proceder a la lectura sumarial de sus declaraciones. De producirse esta situación los intereses de esta parte se verían afectados pudiendo acabar con una sentencia condenatoria.

Como ya hemos dicho, la defectuosa designación de la representación procesal supondría la nulidad de actuaciones, pero teniendo en cuenta hasta qué punto fue relevante la actuación de la letrada en el juicio, y que ya no hay posibilidad de subsanación, consideramos que dicha nulidad debe ser limitada, solicitando en todo caso, una nulidad parcial.

La actuación de la letrada del Sr. Giménez consistió en adherirse al Ministerio Fiscal y a la participación activa correspondiente a las preguntas formuladas al acusado, testigos y forenses, afectando esto en todo caso negativamente al planteamiento del acusado.

La personación defectuosa de la acusación resulta incuestionable y ante el quebranto de las normas procesales, esta parte entiende que es causa de nulidad, pero consideramos que no tiene la suficiente trascendencia para declarar la nulidad total de las actuaciones, ya que esto afectaría el derecho a la tutela judicial efectiva del Sr. Artemio, por una irregularidad procesal que además de no ser imputable a esta parte, no tiene ninguna incidencia en el resultado de las pruebas admitidas por el tribunal y practicadas en el juicio con todas las garantías.

En consecuencia, se solicitaría la nulidad parcial, que se limitaría a lo aportado por la acusación en el juicio, siendo en este caso las preguntas formuladas en el juicio por la letrada de la acusación al procesado, testigos y forenses.

3.3. SUBSIDIARIAMENTE, HAY QUE ALEGAR QUE EL DOLO NO ABARCABA EL RESULTADO CONCRETO PRODUCIDO

La defensa debe solicitar en primer lugar la libre absolución del nuestro representado por no considerarse acreditado que sea el autor de los hechos, pero también es necesario que prevea un argumento subsidiario, para el caso de que el juez considere al Sr. Artemio es autor.

⁴⁰ Art. 730 LECrim: «Podrán también leerse o reproducirse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario, que, por causas independientes de la voluntad de aquéllas, no puedan ser reproducidas en el juicio oral, y las declaraciones recibidas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 448 durante la fase de investigación a las víctimas menores de edad y a las víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección»

Ese argumento consiste en señalar que el concreto resultado producido, consistente en la pérdida o inutilidad de un órgano principal, no ha sido abarcado por el dolo. Así, señalaremos que no estamos de acuerdo con la calificación realizada por la acusación (delito de lesiones doloso del art. 149 CP), puesto que estamos ante un delito doloso de lesiones del art. 147.2 en concurso con un delito de lesiones imprudente del art. 152.1.2ª al no abarcar el dolo el resultado producido.

Para aplicar el tipo del art. 149 es necesario que el dolo abarque ese concreto resultado producido y en ningún caso el Sr. Artemio pretendía con su acción provocar a la víctima la pérdida o inutilidad del ojo, sino causarle una lesión que requiriera únicamente una primera asistencia facultativa.

VI- CONCLUSIONES

PRIMERA. - No puede atribuirse la autoría de los hechos al Sr. Artemio Sancho ya que no ha sido posible acreditar su participación en los hechos imputados.

En primer lugar, la declaración de la víctima en dependencias policiales el 5 de noviembre de 2007 presenta contradicciones tanto con la realizada en instrucción el 15 de febrero de 2008 como con la denuncia presentada por su propio hermano el 9 de julio de 2007.

La descripción que ofrece Pedro del agresor no se ajusta en absoluto con los rasgos físicos de Artemio, manifiesta que quien le golpeó con un objeto en el ojo era de complejión obesa, de altura 1.60 metro, con el pelo rizado y oscuro pudiendo ser de

origen sudamericano por el acento. Artemio es de origen español, su altura está alrededor de 1.70 metros y su pelo en el momento de los hechos era liso y con mechas rubias.

Se deben tener en cuenta los testimonios de los testigos. Por un lado, encontramos los propuestos por la acusación, que se corresponden con dos trabajadores del Local A, que se ocupaban de la seguridad del establecimiento. Uno de ellos manifiesta no acordarse de lo sucedido y afirma que de haber sucedido algo así se acordaría y el otro únicamente recuerda ver a un joven sangrando, pero al mostrarle una imagen de Artemio no lo reconoce. Las declaraciones se contradicen con la versión de Pedro durante la instrucción.

Tampoco hay que pasar por alto que la víctima acudió a dependencias policiales a reconocer al agresor casi cuatro meses después de los hechos, careciendo así de virtualidad probatoria plena dicha identificación ⁴¹.

Por otro lado, encontramos las declaraciones de los testigos propuestos por esta parte, que corresponden a los trabajadores de Artemio. Con ellas podemos afirmar la imposibilidad temporal y espacial de que estuviese en el lugar de los hechos a las 6 horas, debido a que coincidía con la hora de cierre del local que administraba (Local B), y según lo relatado unánimemente por los testigos, ningún día salía antes de dicha hora. Sumándole a esto, que uno de los testigos visitó el Local A tras enterarse de la denuncia para hablar con los responsables de la seguridad del establecimiento, quienes descartaron que fuese Artemio el autor.

Teniendo en cuenta las contradicciones de la víctima que cambia la versión de lo sucedido en sus dos declaraciones, así como la discordancia con la declaración de su propio hermano, que la descripción física dada por la víctima no tiene nada que ver con la de don Artemio, que los testimonios propuestos por la acusación no se ajustan a los hechos denunciados, y que el Sr. Sancho siempre se ha mantenido con la misma declaración, siendo corroborado por los que eran sus empleados en calidad de testigos, podemos afirmar la clara exculpación del procesado por imposibilidad de tiempo y lugar e incongruencia en los testimonios de los hechos e identificación de mi representado, quedando así amparado por el principio de presunción de inocencia y debiendo ser absuelto.

⁴¹ SAP Zaragoza 1113/2016 de 15 de julio.

SEGUNDA. - Emplazadas las partes para la celebración del juicio, no se pudo averiguar el paradero de Pedro Giménez, por lo que no pudo ser citado personalmente como testigo, pero sí que lo fue a través de su hermano Oscar tal y como lo reconoció en el juicio.

Estamos de acuerdo en que no fue citado personalmente, pero esto no quiere decir que la citación haya sido defectuosa, pues la víctima era conocedora de la fecha y hora en la que se iba a proceder a la celebración del juicio oral. El Sr. Pedro Giménez se encontraba en Argelia en el momento del juicio, esto queda acreditado por el acta de comparecencia en el consulado general de España en Orán; que se encontrase en Argelia tampoco le impedía declarar, pues de haberlo querido estaba en su derecho de solicitar declarar por videoconferencia.

Por tanto no procedía suspender el juicio por tal incomparecencia ni declarar la posterior nulidad de actuaciones porque tal y como ha quedado expuesto con la amplia jurisprudencia del Tribunal Constitucional, solo la incomparecencia en el proceso debida a la voluntad expresa o tácita de la parte, puede justificar una resolución inaudita parte. En este caso no hay una voluntad expresa de no comparecer, pero entendemos que tácitamente si la hay, por tener conocimiento de la celebración del juicio, no comparecer ni justificar causa que se lo impidiera ni solicitar declarar por videoconferencia, por ello la falta de audiencia solo a él podía serle imputable.

TERCERA. - En cuanto al defecto de personación del procurador resulta incuestionable, ya que no se ha formalizado la misma siguiendo las normas procesales, pues no se ha conferido la representación procesal por el perjudicado al procurador. Es cierto que la acusación particular carecía de capacidad para intervenir en la causa. Sin embargo, una vez celebrado el juicio oral hay que tener en cuenta en que consistió exactamente la actuación de esta y valorar su incidencia en el resultado.

Como ya se ha expuesto, la actuación de la letrada consistió en adherirse a la calificación y peticiones del Ministerio Fiscal y en formular preguntas al acusado, testigos y forenses.

Ya que la actuación de la acusación no resultó determinante, la nulidad no puede alcanzar al juicio en su totalidad, pues todo lo demás se ha desarrollado con todas las prescripciones legales de aplicación, cumpliendo los trámites pertinentes y con todas las garantías para las partes debidamente personadas.

Y en caso de declararse la nulidad total de actuaciones los intereses de esta parte se verían

afectados ante una posible lectura sumarial de las declaraciones de la víctima, así como el derecho a la tutela judicial efectiva del Sr. Artemio.

Por tanto, la nulidad será en todo caso parcial, limitándose a los efectos de la participación activa de la letrada de la acusación, que no fueron otros que los referidos a las preguntas realizadas.

CUARTA. – La defensa debe solicitar en primer lugar la libre absolución del acusado por no considerarse acreditado que sea el autor de los hechos, pero también es necesario que prevea un argumento subsidiario, para el caso de que el juez considere al Sr. Artemio es autor.

Ese argumento consiste en señalar que el concreto resultado producido, que consiste en la pérdida o inutilidad de un órgano principal, no ha sido abarcado por el dolo. De esta manera considerará que en este caso no estaríamos ante un delito doloso de lesiones del art. 149 sino ante un delito doloso de lesiones del art. 147.2 en concurso con un delito de lesiones imprudente del art. 152.1.2ª. Para aplicar el tipo del art. 149 es necesario que el dolo abarque ese concreto resultado producido y en ningún caso el Sr. Artemio pretendía con su acción provocar a la víctima la pérdida o inutilidad del ojo, sino causarle una lesión que requiriera únicamente una primera asistencia facultativa.

VII- BIBLIOGRAFÍA

- ARMENTA DEU. T, *Lecciones de derecho procesal*, 11ª Edición, Marcial Pons, Barcelona, 2018.
- ARRAIZ SERRANO, A., LOPEZ JIMENEZ, R., *Esquemas de Derecho Procesal Penal*, 4ª Ed, Tirant lo Blanch, 2018.
- ARROYO DE LAS HERAS. A, MUÑOZ CUESTA. J, *Delito de Lesiones*, Aranzadi 1993.
- ARROYO ZAPATERO, L., BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE. I, *Comentarios al Código Penal*, Iustel, Madrid, 2007.

- CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español parte general*, Volumen I, Tecnos, Madrid, 2007.
- CORCOY BIDASOLO, M., *Derecho penal parte especial. Doctrina y Jurisprudencia con casos solucionados*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN. J, *Delitos y lesiones. Tipos agravados y cualificados*, Editorial Universitaria Ramón Aceres, 2006,
- MORENO CATENA. V., CORTÉS DOMINGUEZ, V., *Derecho procesal penal*, 8ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal Parte Especial*, 21ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- ROMEO CASABONA, C.M, y OTROS (Coords.), *Derecho Penal. Parte General*. Comares, Granada, 2016.
- VIZUETA FERNÁNDEZ, en ROMEO CASABONA, C.M/ SOLA RECHE, E./ BOLDOVA PASAMAR, M.A., *Derecho Penal. Parte especial, Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, Comares, Granada, 2016.

JURISPRUDENCIA

La jurisprudencia utilizada para la realización del presente dictamen se ha obtenido de las siguientes bases de datos: Thomson Reuters Aranzadi, Centro de documentación judicial (CENDOJ), y de la página web del Tribunal Constitucional del España.

- SAP Zaragoza 1113/2016, de 15 de julio.
- STC 48/1986, de 23 de abril.
- STC 16/1989, de 30 de enero.
- STC 110/1989, de 12 de junio.
- STC 185/1990, de 15 de noviembre.
- STC 17/1992, de 10 de febrero.
- STC 117/1993, de 29 de marzo.

- STC 18/1995, de 24 de enero
- STC 59/1998, de 16 de marzo.
- STC 105/1999, de 14 de junio.
- STC 294/2000, de 11 de diciembre.
- STS de 15 de junio de 1992.
- STS de 1 de marzo de 1993.
- STS 34/1994
- STS de 19 de mayo de 1999.
- STS de 10 de marzo de 2000.
- STS 33/2000.
- STS de 5 de diciembre de 2000.
- STS 129/2001.
- STS de 14 de octubre de 2002.
- STC 233/2002, de 9 de diciembre.
- STS de 23 de abril de 2003.
- STS 667/2003 de 7 de mayo.
- STS de 7 de diciembre de 2005.
- STS de 10 de octubre de 2006.
- STS 2/2007 de 16 de enero.
- STS 715/2007 de 18 de septiembre.
- STS 1899/2017 de 12 de mayo.

PÁGINAS WEB

- ABOGACÍA ESPAÑOLA, (URL: <http://www.abogacia.es>), Última consulta:

- AGENCIA ESTATAL BOLETIN OFICIAL DEL ESTADO, (URL:<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>), Última consulta: 27 de noviembre de 2018
- CENDOJ (URL: <http://www.poderjudicial.es>) Última consulta: 28 de noviembre de 2018.
- IBERLEY COLEX, las lesiones como modalidad de delito contra la salud y la integridad corporal (URL: <http://iberley.es/temas/regulacion-delito-lesiones-46451>) Última consulta: 10 de noviembre de 2018.
- NOTICIAS JURÍDICAS, (URL: <http://noticias.juridicas.com>) Última consulta: 1 de diciembre de 2018.
- TIRANT ONLINE, (URL: <http://www.tirantonline.com/tol/>) Última consulta: 25 de noviembre de 2018.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA, Buscador de jurisprudencia. (URL: <http://hj.tribunalconstitucional.es>). Última consulta: 19 de noviembre de 2018.
- VLEX, *Comentario al artículo 148 del Código Penal*. (URL: <https://librosrevistas-derecho.vlex.es/vid/comentario-articulo-codigo-penal-69086870>) Última consulta: 2 de noviembre de 2018.
- WOLTERS KLUWER, (URL: <http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es>). Última consulta: 25 de septiembre de 2018.