



ÁNGEL MUÑOZ MARÍN
Fiscal

ENUNCIADO

Sobre las 5 de la mañana del sábado 5 de junio de 2004, Antonio salía en compañía de sus amigos Juan y Roberto del bar X, donde habían estado tomando unas consumiciones mientras celebraban el cumpleaños de este último. Cuando se dirigían al vehículo propiedad de Juan, que se encontraba estacionado en las inmediaciones, fueron abordados por cinco individuos, uno de los cuales lanzó un puñetazo a Antonio, sin previo aviso, que le hizo caer la suelo, lugar en el que fue reiteradamente golpeado por los cinco individuos, mediante patadas y pisotones dirigidos fundamentalmente a la cabeza y al pecho y vientre, durante espacio de al menos un minuto. En un determinado momento, y cuando Roberto salía del vehículo para auxiliar a Antonio, tres de los cinco individuos se dirigieron a él, golpeándole; si bien tras caer inicialmente al suelo, consiguió abandonar el lugar huyendo de los citados tres individuos que comenzaron su persecución. Mientras, Juan, consiguió esconderse tras unos contenedores, observando todos los hechos relatados.

Ante la huida de Roberto, los cinco individuos decidieron prender fuego al vehículo, para lo cual rociaron el interior con gasolina, lanzando un mechero dentro del coche, abandonando rápidamente el lugar, dejando a Antonio tirado al lado mismo del vehículo en estado de semiinconsciencia. Como observara estos hechos Juan desde su escondite tras los contenedores, salió inmediatamente a auxiliar a Antonio y a retirarle del lugar. El vehículo explotó instantes después, resultando con siniestro total, así como dos vehículos que estaban estacionados en las inmediaciones.

Antonio resultó con lesiones que tardaron en curar 145 días de los cuales 85 estuvo incapacitado, necesitando tratamiento médico durante 30 días, sufriendo la pérdida del bazo, así como pérdida del 30 por 100 en la visión del ojo derecho. Por su parte, Roberto sufrió lesiones que tardaron en curar 20 días, estando incapacitado por 6 días, y necesitando tratamiento quirúrgico consistente en tres puntos de sutura sobre su ceja izquierda. El valor del vehículo de Roberto era de 10.000 euros, y los daños causados a los otros dos vehículos ascienden a 4.000 euros.

CUESTIONES PLANTEADAS:

- Calificación jurídico-penal de los hechos.
- El bazo como órgano no principal a efectos del delito de lesiones.
- *Animus necandi*.

SOLUCIÓN

En primer lugar, observamos la existencia de dos sujetos pasivos agredidos, así como los daños que se producen en el vehículo de unos de éstos, y los que se producen en los dos vehículos adyacentes. Parece por tanto, que estamos antes tres conductas delictivas distintas, de las cuales hay que averiguar la tipificación penal, así como el grado de participación que en los mismos han tenido los posibles sujetos activos.

En primer lugar hay que analizar la agresión que sufre Antonio. El resultado es claro, a tenor de la descripción que de las lesiones que sufre, se nos realiza en la cabecera del supuesto. Las lesiones son, sin duda constitutivas de delito, ya que las mismas suponen la existencia de tratamiento médico quirúrgico, por lo que de entrada estaremos al menos ante el delito del artículo 147 del Código Penal (CP). A partir de esta tipificación y valorando la intensidad de las lesiones sufridas, debemos indagar si en función de la gravedad de las mismas, podrían ser constitutivas de otro tipo penal. En tal sentido, se nos dice que las lesiones sufridas por Antonio suponen «la pérdida del bazo». **El artículo 149 del CP** establece:

«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.»

La clave para la tipificación de los hechos en el ámbito del artículo 149, será el determinar si el bazo tiene la consideración de órgano o miembro principal. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS) viene entendiendo que la pérdida del bazo, hay que encuadrarla dentro de lo establecido en el artículo 150 del CP que reza:

«El que causare a otro la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro no principal, o la deformidad, será castigado con la pena de prisión de tres a seis años.»

En tal sentido se pronuncian las STS de 10 de noviembre de 2003 y 26 de febrero de 2004.

Sin embargo, el problema no radica realmente en el encaje de la conducta desplegada sobre Antonio, en el tipo del artículo 149 ó 150, sino en si en la agresión de que es objeto Antonio puede estar embebida de *animus necandi* por parte de los agresores, lo cual determinaría que los hechos pudieran ser constitutivos, bien de un delito de homicidio del **artículo 138**, bien de un delito de asesinato del **artículo 139** del CP. No es fácil determinar el ánimo que preside una conducta delictiva, ya que el mismo se encuentra en la esfera subjetiva del sujeto activo, por lo que los Tribunales tienen que valerse de otros elementos que ayuden en esa tarea interpretativa. La STS de 8 de septiembre de 2003, recogiendo la doctrina ya sentada en la STS de 23 de diciembre de 2003 establece que «la Jurisprudencia ha venido estableciendo como punto de referencia para determinar la existencia de ánimo homicida, la concurrencia de una serie de circunstancias anteriores, coetáneas o posteriores a la realización del hecho que pueden arrojar luz sobre el verdadero propósito del autor. Desde esta perspectiva podemos señalar, sin ánimo de exhaustividad, las siguientes:

- a) Relaciones existentes entre el autor y la víctima.
- b) Personalidades respectivas del agresor y del agredido.
- c) Actitudes o incidencias observadas y acaecidas en los momentos precedentes al hecho, con especial significación de la existencia de amenazas.
- d) Manifestaciones de los intervinientes durante la contienda y del autor tras la perpetración del hecho criminal.
- e) Condiciones de espacio, tiempo y lugar.
- f) Características del arma e idoneidad para lesionar o matar.
- g) Lugar o zona del cuerpo a la que se dirige la acción ofensiva con apreciación de su vulnerabilidad y de su carácter más o menos vital.
- h) Insistencia o reiteración en los actos agresivos.
- i) Conducta posterior del autor».

Por tanto, deberemos aplicar los criterios anteriormente reseñados al hecho que nos ocupa. Entendemos que debemos centrarnos básicamente en los descriptores marcados con las letras g), h) e i). Respecto al «lugar o zona del cuerpo al que se dirige la acción ofensiva con apreciación de su vulnerabilidad y de su carácter más o menos vital», la descripción del relato fáctico es clara, ya que la agresión se dirige de forma reiterada a la cabeza, tórax y vientre, todas ellas zonas que contienen órganos vitales, y que sin duda suponen un plus de peligrosidad en la agresión. Entendemos que este elemento por sí mismo ya nos indica claramente cuál era el ánimo que guiaba a los agresores, pero si observamos el descriptor h) observaremos como esta conclusión no hace sino reafirmarse. Establece la letra h) «Insistencia o reiteración en los actos agresivos», los hechos nos describen cómo la agresión se produce de una forma dilatada en el tiempo, no ya sólo por la reiteración de actos agresivos por parte de todos los intervinientes, sino por la duración temporal de la secuencia agresiva, que al

menos dura un minuto. No hay duda que una agresión llevada a cabo por cinco individuos por un espacio de al menos un minuto denota un ánimo que va más allá de la mera conducta lesiva, y que hay que situar en un verdadero *animus necandi*, o ánimo de matar, sobre todo cuando la víctima se encuentra tirada en el suelo, sin posibilidades de defenderse. Finalmente, y abordando el descriptor i), esto es «conducta posterior del autor», nos queda otro remedio que reafirmar las conclusiones que previamente hemos alcanzado; en este punto hay un elemento decisivo cual es el hecho de prender fuego al vehículo de Roberto y dejar a Antonio tirado en estado de semiinconsciencia al lado del mismo con la probabilidad que había de que el vehículo estallase, o bien que las llamas le alcanzasen. Esta conducta por parte de los sujetos activos denota un inequívoco desprecio absoluto por la vida de Antonio, que no hace sino confirmar el ineludible ánimo de acabar con la vida de Antonio.

En resumen, de todos los elementos que concurren en el presente supuesto nos llevan a la conclusión de que el ánimo de matar se encuentra presente en la conducta de los agresores. La siguiente pregunta que hemos de resolver, es si determinada ya la existencia del *animus necandi*, podríamos determinar si se trata de un homicidio o de un asesinato. Establece el artículo 139 del CP:

«Será castigado con la pena de prisión de quince a veinte años, como reo de asesinato, el que matare a otro concurriendo alguna de las circunstancias siguientes:

- 1.ª Con alevosía.
- 2.ª Por precio, recompensa o promesa.
- 3.ª Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido.»

Por tanto, deberemos de determinar si ha existido o no alevosía en la agresión sufrida por el citado Antonio. La alevosía viene definida en el artículo 22.1 al establecer:

«Hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido.»

La alevosía ha venido siendo configurada por la praxis judicial desde tres puntos de vista; y así se habla de una alevosía «proditoria» cuando lo que predomina es el elemento de traición, de emboscada, de asechanza por parte del sujeto activo del delito. Se habla igualmente de otro tipo de alevosía, que pudiéramos definir con la palabra «súbita», en la que lo que predomina es lo inopinado o inesperado del ataque, que impide a la víctima cualquier posibilidad de defensa. Y finalmente, se considera la existencia de un tercer tipo de alevosía, en la que el sujeto activo lo que hace es aprovecharse de una situación previa de desvalimiento por parte de la víctima.

Aplicando estos tres conceptos a nuestro caso, es claro que debemos optar por el segundo de ellos, aquel en el que predomina lo súbito o inesperado del ataque. En el sustento fáctico observa-

mos cómo la primera agresión hacia Antonio es totalmente inesperada, sin posibilidad de defenderse, lo que hace que caiga al suelo al primer golpe, y una vez allí es objeto de todo tipo de golpes por los cinco agresores. No existe una previa discusión entre agresores y agredido, no hay previo intercambio de palabras, no consta la existencia de una previa situación de enfrentamiento o enemistad que hiciera presuponer a Antonio la existencia del ataque. Por ello, la existencia de la alevosía en la agresión a Antonio es evidente. Dicha cualificación afecta no sólo al primer agresor que le lanza el puñetazo, sino a los cinco que actúan de consuno, es más, todos ellos aprovechan la situación de indefensión de Antonio, que caído en el suelo aturdido por el primer golpe, no puede ejercitar acción alguna de defensa. La acción tiene pues encaje en el tipo del artículo 139 del CP.

Pasemos ahora analizar la agresión de Roberto. Las lesiones sufridas por el mismo son constitutivas de un delito del artículo 147 del CP, ya que las mismas precisaron además de una primera asistencia de tratamiento quirúrgico. Sin embargo, la verdadera cuestión hay que buscarla en si estamos en presencia de un delito de lesiones, porque únicamente concurre un *animus vulnerandi* o *laedendi*, o bien si estamos ante una ánimo de matar. Para la resolución de dicha cuestión, deberemos poner en relación todos los elementos que concurren en los hechos descritos, y por supuesto la previa agresión que sufre Antonio. Sentado el *animus necandi* en la agresión sufrida por Antonio, no podemos sino concluir que dicho ánimo se mantiene en la subsiguiente agresión a Roberto. El lapso temporal entre una y otra es inapreciable, es continuo. La dinámica comisiva es idéntica, ya que se produce un ataque en grupo, sin provocación alguna, que produce la caída al suelo de Roberto, lugar donde es agredido por tres individuos, sin bien consigue ponerse en pie y escapar del lugar. Sobre estas bases, es obvio que no se puede afirmar que en una de las agresiones el ánimo fuera el de lesionar, y en la otra fuera el de matar. Es una misma secuencia agresiva, con los mismos sujetos activos intervinientes y los mismos medios; lo cual revela que el *animus necandi* está presente en esta nueva agresión.

Mayores dificultades pudiera derivarse del análisis de la existencia de la alevosía en esta agresión. Creo que el elemento que verdaderamente hemos de valorar es en este caso, el factor tiempo. La acción sobre Antonio y sobre Roberto es continua temporalmente, y el elemento sorpresivo parece mantenerse. A ello hemos de añadir que la agresión producida en estas circunstancias, se lleva a cabo por tres personas que le golpean, lo cual puesto en conjunto configura la existencia de alevosía, ya que la defensa de Roberto queda reducida a la nada.

Por todo ello, entendemos que en la conducta desarrollada sobre Roberto, nos encontramos igualmente ante un delito de asesinato del artículo 139 del CP.

Finalmente, y respecto al incendio del vehículo, estamos ante un tipo del artículo 351.2 del CP, en relación con el artículo 266 del mismo cuerpo legal. Los hechos de por sí nos muestran de forma clara y diáfana, que los agresores proceden a rociar con gasolina el vehículo y a prenderle fuego, con lo que los daños causados por el elemento fuego están a la vista. La duda puede surgir en la aplicación del párrafo primero o del segundo del artículo 351, ya que el primero exige para su aplicación la existencia de un peligro para la vida o la integridad física de las personas, mientras que el segundo remite al precepto de los daños, si no hubiera tal peligro. Todo ello con la importante incidencia en la pena a aplicar.

Si leemos el soporte fáctico, como ya hemos afirmado anteriormente, es obvio que la vida y la integridad física de Antonio han estado amenazadas por el incendio provocado en el vehículo, ya que le dejaron junto al mismo en estado de semiinconsciencia. Lo que debemos de decidir es si la previa existencia del delito de asesinato, veda la aplicación del párrafo primero del artículo 351. No hay duda de que dicho párrafo primero del artículo 351 se configura como un delito de peligro, en el que basta que se dé la situación de riesgo, aunque no se produzca resultado lesivo alguno para que se entienda realizado el tipo. En tal sentido el TS en Sentencia de 7 de octubre de 2003 señala:

«El delito de incendio no es un delito de peligro concreto, en sentido estricto, pues en realidad la naturaleza de este tipo delictivo debe configurarse como de peligro hipotético o potencial, a medio camino entre el peligro concreto y el peligro abstracto. En estas modalidades delictivas de peligro hipotético o potencial, también denominadas de peligro abstracto-concreto o delitos de aptitud, no se tipifica en sentido propio un resultado concreto de peligro, sino un comportamiento idóneo para producir peligro para el bien jurídico protegido. En estos supuestos la situación de concreto peligro no es elemento del tipo, pero sí lo es la idoneidad del comportamiento realizado para producir dicho peligro.»

La cuestión más problemática es determinar si en el caso de además de producirse ese peligro, se consumara realmente el resultado lesivo, y en tal sentido, el TS en STS de 26 de marzo de 1999 señala que:

«El artículo 351 del CP sanciona a quienes provocaren un incendio que comporte un peligro para la vida o integridad física de las personas. Los posibles resultados lesivos o letales integran otras infracciones sancionables, en su caso, en concurso con el delito de incendio. La consumación del delito del artículo 351 únicamente requiere que el fuego ocasionado alcance una dimensión suficiente para que su propagación pueda poner en peligro la vida o integridad física de las personas, no requiriendo que efectivamente se produzca un resultado lesivo para las mismas.»

De la aplicación de la reseñada jurisprudencia, no cabe otra interpretación que la de entender que nos encontramos ante un delito de incendios tipificado en el artículo 351.1, ya que la circunstancia de la previa agresión a Antonio, y el resultado lesivo que sobre el mismo se producen, permanecen al margen de la posterior conducta, ya que esta última hay que considerarla como un delito de peligro, cuya consumación se produce al margen del resultado lesivo que se pudiera producir.

Obvia decir, por último, que todos los integrantes del grupo agresor son responsables de los tres delitos en concepto de autores, ya que todos ellos han tenido el dominio del hecho, participando de forma activa en la comisión de los mismos.

SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 22.1, 138, 139, 147, 149, 150, 266 y 351.