

José Ignacio ESQUIVIAS JARAMILLO

Fiscal

• **ENUNCIADO:**

El 25 de junio de 2002, en la localidad de Málaga, en el centro comercial El Palmeral y en horario de apertura, don Agustín Calado Monje, con antecedentes penales no computables y en pleno uso de sus facultades psicofísicas, entró con la idea predeterminada de sustraer el dinero de una de las cajas registradoras. Con este ilícito propósito, aproximándose a doña Julia de la Campa Rosal, dependienta del lugar ubicada en la zona de pago, inopinadamente le exhibió un cuchillo de considerables proporciones, al tiempo que le exigía la entrega de todo el dinero recaudado. Esta mujer reaccionó apartándose bruscamente, lo cual fue interpretado por el autor como una maniobra de evasión e incumplimiento en busca de ayuda. Don Agustín acercó el cuchillo, con movimientos peligrosos para la integridad de la mujer, quien, tras dar un manotazo al mismo (y teniendo en cuenta que don Agustín no paraba de moverlo), llegó a seccionarle los tendones flexores superficiales y profundos del tercer dedo de la mano izquierda.

El autor se dio a la fuga, tras arrojar una prenda textil (que llevaba puesta en el momento de entrar en el local) con la que ocultó en todo momento su rostro, lo que no impidió su identificación, al efectuar un giro al final con la cabeza, contemplado en todo momento por doña Julia. También fue objeto de reconocimiento fotográfico y de un ulterior reconocimiento judicial, que confirmó la identidad previamente acreditada, no sin ciertas dudas, en el momento del acaecimiento de los hechos, por la lesionada.

Se le practicó sutura y un aparato inmovilizador, que produjo, a la larga, disminución considerable de las funciones de los dedos segundo y cuarto. En el futuro podría ser necesaria una nueva intervención quirúrgica a fin de mejorar la movilidad funcional de los dedos. La cura definitiva no se había producido al tiempo de la celebración del juicio oral, si bien se había producido una considerable mejoría.

• **CUESTIONES PLANTEADAS:**

1. Aplicación o no del subtipo agravado del artículo 242.2 del Código Penal (CP).
2. Naturaleza de las lesiones causadas y momento procesal en que han de ser valoradas.
3. Apreciación o no de la agravante de disfraz del artículo 22.2 del CP y su posterior incidencia en el reconocimiento fotográfico, y la de éste en la rueda de detenidos.

• SOLUCIÓN:

1. Surge aquí la cuestión de si es trascendental o no que el autor de un hecho delictivo como el descrito en el caso práctico, «porte» con anterioridad o «exhiba» en el momento de la acción, el cuchillo de «considerables proporciones», a los efectos de aplicar o no la agravante específica del artículo 242.2 del CP, pues el texto legal tan sólo nos indica que «La pena se impondrá en su mitad superior cuando el delincuente hiciere uso de las armas u otros medios igualmente peligrosos que llevar (...)». El tema no es precisamente baladí, porque el término «llevar» no se confunde con el «uso» (como es lógico); pero sí puede dificultar la diferenciación interpretativa entre portar con anterioridad o portar en el acto, o también entre abarcar (bajo el enfoque del precepto) por igual ambos supuestos; es decir, entender que la tenencia previa del cuchillo o cogerlo en el establecimiento instantes antes de cometer el hecho, son supuestos similares, perfectamente subsumibles por el tipo penal del precepto 242.2. Si bien lo anterior y para una correcta interpretación de la voluntad jurisprudencial, lo adecuado es no vulnerar el principio de legalidad del artículo 4.º 1 del CP (las leyes penales no se pueden aplicar a casos distintos de los expresamente contemplados en ellas). Y en tal sentido, con prudencia legal, afirmamos que, no existiendo dudas acerca de la consideración de que la exhibición del cuchillo supone el «uso», tampoco deben existir o aparecer en el caso práctico, si colegimos que el verbo «llevar», significa «transportar, conducir una cosa de un sitio a otro» y, en consecuencia, que sólo cabe la aplicación del subtipo agravado cuando se «posee de antemano» el arma o el medio peligroso que se desplaza y no el poseído en el acto. Es una interpretación conforme con el principio de legalidad y con la mayor antijuridicidad del hecho de detentar antes, durante un tiempo, el cuchillo. Ahora bien, se observa en el supuesto fáctico la nula referencia a esta circunstancia. No se sabe si don Agustín tenía el cuchillo con anterioridad o si lo cogió en el lugar de los hechos. No obstante, la relación de circunstancias descritas permiten llegar a la inferencia (debido a la rapidez o a la inmediatez en la comisión del delito) de que era portador. Con lo cual se da la doble exigencia del precepto: «Uso» del arma o del medio peligroso y «Llevar» con anterioridad los elementos materiales del delito. Inferencia deducida del conjunto de elementos probatorios, evidentemente.

2. En lo relativo a las lesiones causadas en los dedos y al momento procesal adecuado para su valoración jurídica, para una mejor comprensión de las cuestiones a desarrollar, procede ordenar las claves y detallar hechos. Fijémonos, por tanto, en lo siguiente:

- a) Que se produjo la sección de los tendones de un dedo.
- b) Que la disminución de las funciones de movilidad de los otros dedos es consecuencia de la inadecuada inmovilización de la mano.
- c) Que la cura definitiva aún no se había producido al tiempo de la vista oral.

(Comprenderemos mejor las cosas de esta manera). Empezando por el final, al indicarse en el supuesto fáctico la relativa mejoría de la lesionada, se dejan entrever o deducir, las posibilidades de una cura total con el tiempo y la necesidad de haber esperado a la sanidad definitiva, para después celebrar el juicio oral. Si esta observación se hiciera vía recurso de casación, carecería de sentido porque, en las alegaciones de infracción de ley del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sólo caben cuestiones de correcta o incorrecta aplicación de los preceptos penales, sin

aceptación de invocaciones sobre la oportunidad procesal o no de la celebración de juicio oral. Pero, además de lo anterior, conviene precisar cómo en delitos de lesiones de esta naturaleza, que conlleven una deformidad o una inutilidad, se viene reclamando el estado de salud al tiempo del alta médica, de tal manera que una ulterior intervención médico-quirúrgica que pudiera corregir e incluso eliminar los defectos o disminuciones funcionales, no importan al derecho, en tanto se efectúan con consentimiento del lesionado y son producto de una sanidad no natural, o proveniente de una auto-corrección orgánica, sin intervención humana y profesional. No es en consecuencia necesario esperar a ese momento de posible curación para celebrar el juicio oral y tipificar la naturaleza del delito cometido y de la existencia o no de deformidad, según dispone el artículo 149 del CP.

Los otros dos aspectos [letras a) y b)] están necesariamente relacionados, pues pretendo resolver el problema de la aplicación del artículo 149 o el 150 del CP. A saber: el corte en el dedo y la disfunción de casi toda la mano, producen la inutilización de un miembro principal o de un miembro no principal. El tema es importante, porque, si bien la mano ha visto reducida su funcionalidad en varios dedos, la relación causa efecto se produce entre la acción (corte) y el dedo (uno solo; no los demás). Es cierto que la pérdida y la inutilidad se conectan, y que se entiende por pérdida, no sólo la desaparición morfológica o anatómica del miembro, sino también (a los efectos que nos ocupan) la disminución funcional notable. Evidentemente, asimismo, por miembro principal se ha de entender aquel que presenta autonomía funcional (la mano con sus dedos; no un dedo aisladamente considerado) como un todo y no sólo sus partes, y en donde la función a desempeñar sobresale respecto de «la estructura orgánica» (importa la mano, pero más su función, a la hora de valorarla como miembro principal o no). Así entendidas las cosas, al haber perdido doña Julia la funcionalidad de varios dedos, su mano ha perdido la movilidad básica, y su mano es miembro principal, y, por tanto, el artículo 149 parecería el adecuado al caso fáctico. Diríamos, entonces, un delito de lesiones de los artículos 147.1.º, 148.1.º y 149. Pero, aun respetando esta interpretación, igualmente respetable sería alegar que lo realmente lesionado por la acción directa o asumido por imputación objetiva por don Agustín es el corte en un solo dedo de la mano, siendo imprevisible que el tratamiento curativo posterior (por consecuencia de la inmovilización inadecuada) produjera la disminución funcional notable de otros dedos de la mano; en cuyo caso, ahora los varios dedos han provocado una inadecuada interpretación de la lesión de la mano como miembro principal, pues si sólo se lesiona un dedo sólo se responde por esto y un dedo de una mano, aun cuando pierda funcionalidad, no es aceptado por la jurisprudencia como miembro principal, ya que conforme a la doctrina expuesta la función de la mano se superpone al órgano, y la mano con cuatro dedos tiene la función más completa. Por tanto, tampoco sería desacertado tipificar los hechos con el artículo 150; es más, casi sería lo aconsejable, pues se entiende que el resultado final de la acción no es previsible por don Agustín, ni aceptado por él.

3. Apreciaremos la agravante de disfraz del artículo 22.2.ª del CP, por los razonamientos siguientes. El disfraz utilizado fue una prenda textil (imaginemos una media). La agravante requiere su aptitud para desfigurar o dificultar la identificación, sin que sea necesario un medio apto, totalmente apto, bastando la idoneidad al efecto y siempre y cuando no se trate de disfraces tan imperfectos o rudimentarios que los hagan inadecuados al fin pretendido. Éste es el elemento objetivo (y la media utilizada es adecuada). Como subjetivo, el autor debe procurar la mayor impunidad (siendo irrelevante que lo haya conseguido. Al girarse doña Julia lo ve y luego lo identifica en rueda). Como cronológico (don Agustín lo usa en el momento de la comisión del delito), la prenda se usa en ese momento y el autor ya entró en el local con ella puesta.

Es evidente que el reconocimiento fotográfico no afecta al judicial, como es evidente que el previo reconocimiento o la previa identificación en el lugar de los hechos no afecta en nada a la realizada en rueda. Nos referimos aquí a la tantas veces cuestionada diligencia de identificación por fotografías, que no tiene otra conexión con la visualización previa del autor o con el reconocimiento en rueda posterior, que la derivada de una línea de investigación policial, comúnmente admitida por la jurisprudencia. Para obtener la aprobación de los tribunales y la asepsia en su desarrollo, evitándose así la petición de nulidad por vicios en la diligencia de reconocimiento en rueda, la policía debió actuar de la siguiente manera: que fuera consecuencia de una actividad de orientación de la investigación y que no fuera posible la presencia de todas las personas a reconocer en la comisaría (algo evidente y que elimina cualquier comentario y la necesidad de que los letrados de cada uno de ellos estén presentes). Realizada la exhibición de fotografías por las razones expuestas, se comprenderá que una rueda de reconocimiento queda al margen de los efectos perniciosos que se le imputan, si se practica como legal y jurisprudencialmente se viene exigiendo: entre personas con características similares, no con sospechas de «similitud evidente».

• **SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:**

- **Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 22.2, 147.1, 148.1, 149, 150 y 242.2.**
- **SSTS de 9 de diciembre de 1971, 15 de febrero de 1973, 29 de enero de 1979, 16 de febrero de 1990, 11 de junio de 1991, 15 de junio de 1992, 20 de enero y 5 de marzo de 1993, 9 de febrero de 1996, 29 de septiembre, 20 y 31 de octubre y 4 de noviembre de 1998, 3 de mayo de 2000 y 9 y 21 de febrero de 2001.**