

Id Cendoj: 28079120012009100660
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal
 Sede: Madrid
 Sección: 1
 Nº de Recurso: 1111/2008
 Nº de Resolución: 648/2009
 Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
 Ponente: LUCIANO VARELA CASTRO
 Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- x ATENUANTE ANALÓGICA x
- x GRAVE ADICCIÓN AL ALCOHOL x
- x EXPULSIÓN DEL TERRITORIO x
- x LESIONES x

Resumen:

Lesiones. Embriaguez. Expulsión de extranjero.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintitrés de Junio de dos mil nueve

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el recurso de casación por infracción de ley y de precepto constitucional interpuesto por el procesado **Marcos**, representado por la Procuradora D^a María Belén Lombardía del Pozo, contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la **Audiencia Provincial de Vizcaya**, con fecha **24 de enero de 2008**, que lo condenó por un delito de lesiones. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Magistrado Ponente, el Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 3 de Getxo, instruyó Procedimiento Abreviado nº 35/2006 contra Marcos, por un delito de lesiones y daños, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Vizcaya, que con fecha 24 de enero de 2008, en el rollo nº 87/2007, dictó sentencia que contiene los siguientes **hechos probados**:

"Sobre las 2.00 horas del día 26 de febrero de 2006, Marcos, con Documento de identidad núm. NUM000, nacido el 19/03/1976, en Palmira Valle (Colombia), sin antecedentes penales, después de salir de la vivienda de su novia Mirella sita en la C/ Villamonte, de la localidad de Algorta (Getxo) en la que se había estado celebrando la fiesta de cumpleaños de aquella, y a la que asistieron sus familiares y amigos entre los que se encontraban Andrés y su pareja sentimental Ruth y durante la cual estuvo consumiendo un número no determinado de cervezas que disminuyeron ligeramente sus facultades cognitivas y volitivas, siguió a Andrés y su pareja Ruth a aquel "hijo de puta, te has acostado con ella,-" y le propinó a Andrés un empujón por detrás iniciándose una pelea entre ambos en la que cruzaron diversos golpes con los brazos extendidos sin que llegaran a causarse lesiones con los movimientos que realizaban al estar ambos contendientes bajo los efectos del alcohol no siendo precisos en ese intercambio y al caer Andrés al suelo, y estando tendido en el suelo, Marcos le propino a Andrés diversas patadas en el rostro, causándole lesiones consistentes en contusión malar derecha, contusión ocular derecha y pérdida de incisivo 1.1 de prótesis dental parcial, que precisaron de una primera asistencia facultativa y tratamiento médico odontológico y de las que tardó en curar 8 (ocho) días no impeditivos para sus ocupaciones habituales, curando sin secuelas funcionales ni estéticas, habiendo recibido la asistencia médica en el Hospital de Cruces devengando en concepto de gastos médicos a satisfacer a Osakidetza-Servicio Vasco de Salud la cantidad de 117,83 euros, marchándose Marcos del lugar ante la presencia de un transeúnte dirigiéndose hacia la parte de arriba de la calle, golpeando con el movimiento violento de sus brazos a los coches estacionados, rompiendo el espejo retrovisor exterior derecho del vehículo Volkswagen Transporter 28, matrícula-BDN, propiedad de Jesus

Miguel , causándole daños por importe de 78,43 euros, ascendiendo la reparación a un importe de 119,03 euros, rompiendo también el espejo retrovisor exterior derecho y haciendo un rayon en la carrocería del vehículo Fiat Punto, matrícula-SJX , propiedad de Ascension , causándole daños por importe de 99,38 euros, ascendiendo la reparación a un importe de 338,80." (sic)

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

"**FALLAMOS:** Que **DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS** a Marcos como autor penalmente responsable de un delito de lesiones, concurriendo la circunstancia atenuante analógica de embriaguez, a la pena de **PRISIÓN DE 6 MESES**, la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y de una falta continuada de daños intencionados, concurriendo la misma circunstancia atenuante, a la pena de **MULTA DE 14 DÍAS**, a razón de una cuota diaria de 6 euros, con la Responsabilidad Personal Subsidiaria de 7 días de privación de libertad en caso de impago, a que indemnice a Andrés en la cantidad de 357,83 euros, a Jesus Miguel en la cantidad de 119,03 euros y a Ascension en la cantidad de 338,80 euros con aplicación de los intereses del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y al abono de las costas procesales causadas.- Las penas privativas de libertad se sustituyen por la expulsión del condenado del territorio español, con prohibición expresa de regresar a España en el plazo de diez años, a contar desde que se haga efectiva la misma.- Declaramos la insolvencia del acusado dejando sin efecto el auto de 10 de julio de 2007 dictado en la pieza de responsabilidad civil por el Juzgado de Instrucción núm. 3 de Getxo en el que se declaraba la solvencia del acusado, no constando que tenga bienes el acusado.- Abónesele para el cumplimiento de la pena principal impuesta el tiempo que haya estado privado de libertad por esta causa.- En aplicación de la Disposición Adicional 17ª de la L.O. 19/03, de 23 de diciembre , de modificación de la L.O 6/1985, de 1 de julio , del Poder Judicial, comuníquese a la Autoridad Gubernativa, la expulsión acordada para que en el plazo más breve posible, y en todo caso, dentro de los treinta días siguientes, salvo causa justificada que lo impide, que deberá ser comunicada a este tribunal, lleven a cabo la materialización de la misma.-" (sic)

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación, por el condenado, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- La representación del recurrente, basa su recurso en los siguientes motivos:

1º.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim . por inadecuada aplicación del art. 21.1 en relación con el art. 20.2 del CP .

2º.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim . por inadecuada aplicación del art. 89 del CP .

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, la Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para el señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 8 de junio de 2009.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el primero de los motivos, al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , insta que los hechos probados se consideren adecuados para estimar la exención incompleta por razón de la embriaguez que en aquéllos se declara.

La estimación de la infracción de ley denunciada -inadecuada aplicación del artículo 21.1 del Código Penal en relación con el 20.2 del mismo- exige el pleno respeto a los hechos que se declaran probados. Y éstos afirman que la ingesta de bebidas conteniendo alcohol, produjo en el acusado una ligera disminución de sus facultades cognitivas y volitivas.

En nuestra Sentencia de 26 de diciembre del pasado año 2008 recaída en el recurso nº 10.362/2008 , dejamos indicada la doctrina sobre las consecuencias penales de los estados de ebriedad de los criminalmente responsables diciendo:

En la actualidad han de ser reconocidos a la intoxicación etílica efectos exoneradores de la responsabilidad criminal, de acuerdo con el art. 20.2º C.P . cuando impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión -la embriaguez anteriormente llamada plena por la profunda alteración

que produce en las facultades cognoscitivas y volitivas- y siempre que no haya sido buscada de propósito para cometer la infracción criminal y que ésta no hubiese sido prevista o se hubiera debido prever, presupuestos que coinciden con el clásico requisito de la embriaguez fortuita o casual ahora más clarificado con la expresa exclusión de la embriaguez culposa. La eximente será incompleta, a tenor de lo dispuesto en el art. 21.1º C.P. cuando la embriaguez no impida pero dificulte de forma importante la comprensión de la ilicitud del hecho cometido bajo sus efectos o la actuación acorde con esa comprensión, quedando excluida la eximente, aun como incompleta, en los supuestos de embriaguez preordenada o culposa, del mismo modo que en el pasado se exigía que fuese fortuita para integrar la eximente incompleta de trastorno mental transitorio. Desaparecida del elenco de circunstancias atenuantes la que en el C.P. derogado figuraba en el número 2º del art. 9º, cabe preguntarse cuál es el efecto modificativo de la responsabilidad criminal que debe entenderse en una embriaguez alcohólica que, (siendo voluntaria e incluso culposa con propósito de delinquir) produzca bien una sensible obnubilación en la capacidad del sujeto para comprender el alcance de sus actos, bien un relajamiento igualmente sensible de los frenos inhibitorios, es decir, de la capacidad para dirigir el comportamiento de acuerdo con las normas asimiladas en el proceso de socialización. En tal caso, y no siendo imaginable que la voluntad legislativa de 1995 haya sido negar todo efecto atenuatorio de la responsabilidad penal a una situación que supone un mayor o menor aminoramiento de la imputabilidad, la embriaguez debe ser reconducida a la circunstancia prevista en el número 6º del art. 21 C.P. vigente, eso es, cualquier otra "de análoga significación que las anteriores", siendo evidente que existe analogía no identidad entre una cierta alteración de las facultades cognoscitivas y/o volitivas producida por una embriaguez voluntaria o culposa y una perturbación de mayor intensidad que es consecuencia, además, de una embriaguez adquirida sin previsión ni deber de prever sus eventuales efectos, que es la contemplada como eximente incompleta en el número 1º del art. 21 puesto en relación con el número 2º del art. 20, ambos del C.P.

Es evidente que a la luz de esta doctrina y habiendo proclamado como hecho probado la levedad de los efectos de la persona responsable por razón de las cervezas ingeridas, no puede darse otra modificación de la pena a imponer que la propia de la atenuante análoga con la que ya fue favorecido el recurrente en la sentencia de instancia.

SEGUNDO.- El segundo motivo, también al amparo del artículo. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se denuncia infracción del artículo 89 del Código Penal, so pretexto de que la sustitución de la pena privativa de libertad por la medida de expulsión no fue precedida de solicitud de parte acusadora ni ésta seguida de debate.

Como destaca el Ministerio Fiscal en su impugnación, basta la lectura del folio 119, en el que se recoge el escrito de calificación del Ministerio Fiscal, para constatar que éste incluyó en su conclusión 5ª lo siguiente: "De conformidad con lo prevenido en el artículo 89 del Código Penal procede aprobar la sustitución de la pena por **la expulsión del territorio nacional y la prohibición de entrada en el mismo** por un periodo de 10 años desde la fecha de la expulsión".

Y este pedimento no resultó afectado por la parcial modificación que de dicha calificación efectuó al formular la definitiva en el juicio oral.

En consecuencia quedó abierta la posibilidad de debate sobre el particular. La defensa en sus calificaciones provisional y definitiva negó la responsabilidad y no expresó particulares pedimentos en relación con la sustitución de la pena instada por el Ministerio Fiscal.

Se satisface de este modo la exigencia de contradicción que requiere la aplicación de la sustitución de pena mediante la medida de expulsión. La contradicción exige la **posibilidad de debate** cualquiera que sea el efectivamente desenvuelto que solamente depende ya de las opciones de las defensas de las partes.

En la reciente Sentencia de 25 de marzo pasado, llegamos a decir *la modificación legal hace pensar sobre la naturaleza de la medida, más próxima a una pena de extrañamiento, en cuya adopción no aflora la necesidad de favorecer la contradicción por no exigirlo la ley. En este punto es ilustrativa la reciente sentencia dictada por esta Sala (nº 165/2009, de 19 de febrero). 4 . Consecuentes con tal doctrina resulta que la configuración del objeto material del proceso penal se produce de la conjunta consideración de las pretensiones definitivas de las partes, que de forma inconcusa e inalterable fijan el espacio resolutorio del tribunal.*

El Fiscal interesa la medida en las conclusiones definitivas, que la defensa ni las ataca ni combate. De haber mostrando disconformidad, con apoyo en preceptos constitucionales de no indefensión, a los que se refiere la sentencia de instancia y de modo análogo a lo establecido en el art. 788-4 L.E.Cr., la defensa pudo contradecir la pretensión y solicitar un periodo extraordinario de prueba para ello.

Y en la ahí citada Sentencia nº 165/2009 dijimos la Sala *entiende que el tenor literal de la ley contempla la sustitución de la pena por la expulsión como la regla general exigiendo exclusivamente la previa audiencia del Ministerio Fiscal, lo cual es coherente con las previsiones que, para otras sustituciones de la pena impuesta, prevé el artículo 88 del Código Penal* .

En el caso no solamente existió esa posibilidad de debate por la precedente solicitud al efecto del Ministerio Fiscal, sino que la sentencia, huyendo de cualquier automatismo, abundó en las razones que justifican la sustitución de la pena privativa de libertad por la medida de expulsión que, por ello, confirmamos.

TERCERO.- De conformidad con el *art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal* deben imponerse al recurrente las costas derivadas del recurso.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos **NO HABER LUGAR** al recurso de casación interpuesto por **Marcos** , contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Vizcaya, con fecha 24 de enero de 2008 , que lo condenó por un delito de lesiones. Con expresa imposición de la costas causadas en el recurso.

Comuníquese dicha resolución a la mencionada Audiencia, con devolución de la causa en su día remitida.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

PUBLICACION .- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Luciano Varela Castro , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.