



Roj: SAP NA 225/2016 - ECLI:ES:APNA:2016:225
Id Cendoj: 31201370012016100055
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Pamplona/Iruña
Sección: 1
Nº de Recurso: 6051/2014
Nº de Resolución: 171/2016
Procedimiento: PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO
Ponente: FERMIN JAVIER ZUBIRI OTEIZA
Tipo de Resolución: Sentencia

Sección: P

SECCIÓN PRIMERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE NAVARRA

C/ San Roque, 4 - 2ª Planta

Pamplona/Iruña

Telefono: 848.42.41.02

Fax.: 848.42.41.31

TX028

Procedimiento Abreviado: 0006051/2014 - 00

Jdo. Instrucción Nº 5 de Pamplona/Iruña

Proc.: PROCEDIMIENTO ABREVIADO

Nº: 0000826/2015

NIG: 3120143220140017042

Resolución: Sentencia 000171/2016

SENTENCIA N.º 171/2016

Ilmos/as. Sres/as.

Presidenta

Dª ESTHER ERICE MARTÍNEZ

Magistrados

D. FERMÍN ZUBIRI OTEIZA (Ponente)

D. JOSÉ JULIÁN HUARTE LÁZARO

En Pamplona/Iruña, a 12 de julio de 2016.

ANTECEDENTES DE HECHO

La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Navarra, integrada por los/as Ilmos/as. Sres/as. Magistrados/as que al margen se expresan, ha visto el presente Procedimiento Abreviado n.º 826/2015, derivado de los autos de Procedimiento Abreviado n.º 6051/2014 del Juzgado de Instrucción Nº 5 de Pamplona/Iruña, por los delitos de agresión sexual y lesiones contra los acusados:

1). D. Evaristo , nacido el NUM000 del 1973, en PAMPLONA (NAVARRA), hijo de Jaime y de María Purificación , con NIF, n.º NUM001 , domiciliado en PASEO000 , NUM002 - NUM003 NUM004 de Pamplona/Iruña (NAVARRA), CP. 31000, sin antecedentes penales, insolvente, en libertad por esta causa, de la que no estuvo privado, representado por la Procuradora Dª Camino Royo Burgos y defendido por la abogada Dª María Herrera Monzo.

2). D. Teofilo , nacido el NUM005 de 1990, en SANTA BÁRBARA, (CALIFORNIA) (EEUU), hijo de Juan Pablo y de Juliana , con PASAPORTE N.º NUM006 , domiciliado, a efectos de notificaciones, en C/ DIRECCION000 , NUM007 - NUM007 NUM008 , de Pamplona/Iruña, (NAVARRA), sin antecedentes penales, insolvente, en libertad por esta causa, de la que estuvo privado los días 13 al 15 de julio de 2014, representado por el Procurador D. Jaime Goñi Alegre y defendido por el Letrado D. Eduardo Ruíz De Erenchun Arteche.

Siendo partes acusadoras el MINISTERIO FISCAL y, en el ejercicio de la acusación particular, el citado acusado D. Evaristo , y D^a María Esther , representada por el Procurador D. Jaime Goñi Alegre y defendida por el Letrado D. Eduardo Ruíz De Erenchun Arteche.

Ejercita, por su parte, la acción civil, el SERVICIO NAVARRO DE SALUD, representado y defendido por el Letrado de la Comunidad Foral de Navarra.

Es Ponente el ILMO. SR. MAGISTRADO D. FERMÍN ZUBIRI OTEIZA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción n.º 5 de Pamplona/Iruña incoó el Procedimiento Abreviado n.º 6051/2014, en virtud de atestado elaborado por la Policía Municipal de Pamplona por los posibles delitos de agresión sexual y lesiones en relación con los citados acusados.

Practicadas las diligencias oportunas, y remitidas las actuaciones por dicho Juzgado a la Audiencia Provincial de Navarra, correspondió su conocimiento, por turno de reparto, a esta Sección Primera, formándose los autos de Procedimiento Abreviado n.º 826/2015, y, tras las actuaciones oportunas, se señaló para la celebración del acto del juicio el día 30 de junio de 2016.

SEGUNDO.- En el acto del juicio, el Ministerio Fiscal calificó los hechos como constitutivos de los siguientes delitos:

a) Un delito de agresión sexual, tipificado y penado en los artículos 178 y 191 del Código Penal .

b) Un concurso ideal entre una falta de lesiones dolosas prevista y sancionada en el artículo 617.1.º del Código Penal , y un delito de lesiones causadas por imprudencia grave tipificado y penado en el artículo 152.1.2 .º y 3.º del Código Penal .

Y estimando autor del delito del apartado a) al inculpado don Evaristo , y autor del delito y la falta del apartado b) al inculpado don Teofilo , concurriendo en el caso de Evaristo la circunstancia atenuante analógica de embriaguez del artículo 21.7 .ª y 2.ª CP ., y en el caso de Teofilo la eximente incompleta (por falta de proporción en los medios) de legítima defensa de los artículos 21.1.a y 20.4.º del Código Penal , pidió que se les impusieran las siguientes penas:

A D. Evaristo , un año de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y el pago de las costas procesales.

A D. Teofilo , cinco meses de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y el pago de las costas procesales.

Solicitó, por su parte, que se condene al acusado Evaristo , como responsable civil directo, a abonar a D^a María Esther la cantidad de 2.000 euros por los daños morales, más los intereses legales.

Interesó, de otro lado, la condena del acusado Teofilo , como responsable civil directo, a abonar a D^a Evaristo la cantidad de 61.954,62 euros por las lesiones y secuelas, y al Servicio Navarro de Salud la cantidad de 60.430,80 euros, todo ello con adición de los intereses legales.

TERCERO.- La representación de D^a María Esther , en igual trámite, calificó los hechos como constitutivos de un delito de agresión sexual del artículo 178 Código Penal , siendo autor del mismo el acusado D. Evaristo , concurriendo la atenuante de embriaguez, solicitando que se le imponga la pena de 18 meses de prisión, accesorias y costas, incluidas las de la acusación particular, y que indemnice a doña María Esther en la cantidad de 3000 euros.

CUARTO.- La representación de D. Evaristo , en el ejercicio de la acusación particular, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos como constitutivos de un delito de lesiones previsto y penado en el artículo 150 del Código Penal . Y estimando autor de dicho delito al acusado D. Teofilo , con la concurrencia de la agravante de alevosía del artículo 22.1.ª del Código Penal , solicitó que se le impusiera la pena de seis años de prisión y el pago de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular, interesando su

condena a indemnizar a D. Evaristo en la cantidad de 16.500 € por las lesiones sufridas y 75.000 € en concepto de secuelas y al Servicio Navarro de Salud, en 59.313,15 €; todo ello con los intereses legales.

QUINTO.- La representación del Servicio Navarro de Salud, solicitó que se condene a D. Teofilo a abonar a dicho Servicio la cantidad de 60.430,80 €.

SEXTO.- La defensa del acusado D. Evaristo, en sus conclusiones definitivas, negando la comisión por dicho acusado de los hechos que se le atribuyen, solicitó la absolución del mismo.

Subsidiariamente solicitó que, si la Sala apreciase que dicho acusado cometió un ilícito penal, se absuelva al mismo por concurrir la eximente completa de embriaguez.

SÉPTIMO.- La defensa del acusado don Teofilo, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos atribuidos al mismo como constitutivos de una falta de lesiones, prevista y penada en el artículo 617.1 del Código Penal vigente en el momento de la comisión de los hechos. Y siendo autor de dicha falta el acusado, concurriendo la eximente completa de legítima defensa, solicitó la libre absolución del mismo.

HECHOS PROBADOS

A) Sobre las 08:37 horas del día 13 de julio de 2014, el acusado don Evaristo caminaba por la calle Estafeta de Pamplona, hallándose bajo la influencia de las bebidas alcohólicas que había consumido anteriormente.

En dicha calle, a la altura del portal del inmueble número dos, junto a la pared, se encontraba doña María Esther, la cual estaba sola, esperando en dicho lugar a su novio, el también acusado don Teofilo, que acababa de participar en el encierro de las fiestas de San Fermín.

El señor Evaristo, al observar la presencia de dicha joven, a la que no conocía, se dirigió a ella, saludándola inicialmente, siendo respondido por esta, preguntándole si deseaba tomar algo, contestándole la joven que no lo deseaba y que estaba esperando a su novio, pasando seguidamente aquel a aproximarse a la Sra. María Esther, apartándose seguidamente de ella y acercándose de nuevo a escasos centímetros, estando esta con su espalda contra la pared y comenzando el acusado a acariciar el pelo de la joven, colocando las manos en su cintura, e intentando besarla, diciéndole ella "no hagas esto", pese a lo cual mantuvo su cuerpo el acusado muy próximo al de dicha señora mientras esta lloraba y temblaba, llamando a su novio, pronunciando el nombre del mismo, durando la situación descrita poco más de un minuto.

B) En el momento final de esos hechos, el citado don Teofilo, que se encontraba buscando a su novia, observó a escasos metros la presencia de esta en la indicada situación, y al considerar que la misma estaba siendo objeto de un atentado contra su libertad sexual, y al ver que se encontraba llorando y angustiada, se dirigió corriendo hasta el lugar en el que ésta se hallaba, y sin detenerse ni mediar palabra, se abalanzó sobre el señor Evaristo, propinándole directamente un fuerte puñetazo en la cara, cayendo éste al suelo, donde se golpeó la cabeza contra el adoquinado, quedando en ese momento inconsciente.

A resultas de la agresión, D. Evaristo sufrió un traumatismo craneo-encefálico grave (Hematoma epidural temporo-parietal derecho. Hematoma subdural agudo derecho. Hemorragia subaracnoidea. Fractura parietal y temporal derecha) que requirió una inicial intervención quirúrgica urgente, y otras dos en fechas posteriores, sanando a los 249 días, estando 28 de ellos hospitalizado y 221 incapacitado para sus ocupaciones habituales, quedándole como secuelas una derivación del ventrículo-peritoneal izquierdo por hidrocefalia, una pérdida de sustancia ósea en la región temporo-parietal derecha que requiere de craneoplastia sintética, hundimiento en región frontal derecha secundario a craneoplastia y varias cicatrices en la cabeza, (cicatriz quirúrgica hipercroma arqueada, de 14 cms, en región frontal derecha, cicatriz quirúrgica, horizontal, hipercroma de 5 cms., en región abdominal derecha), cicatrices estas que, junto con el hundimiento, ocasionan, un perjuicio estético moderado- medio.

El Sr. Evaristo fue objeto de diversa asistencia médica a cargo del Servicio Navarro de Salud cuyo importe ascendió a 60.430,80 €.

Con fecha 23 de julio de 2014, el citado D. Teofilo consignó en el juzgado de instrucción la cantidad de 12.000 euros para la reparación parcial de los perjuicios causados.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos declarados probados han quedado plenamente acreditados con fundamento en la prueba practicada en el acto del juicio, en relación con la documental obrante en el procedimiento.

Así, en cuanto a los hechos narrados en el apartado A), el visionado en el acto del juicio del video que contiene la grabación de los hechos, en relación con lo manifestado en dicho acto por la propia señora María Esther y por el testigo señor Mauricio, ponen de manifiesto la realidad de tales hechos.

De un lado, la referida grabación recoge con nitidez la forma en la que el acusado señor Evaristo abordó a la señora María Esther, observándose con claridad su repetido y excesivo acercamiento hacia ella, así como el hecho de que puso sus manos sobre la cintura de dicha señora, hallándose ésta prácticamente pegada a la pared.

Por su parte, dicha señora manifestó, apreciando la sala veracidad y verosimilitud en su testimonio, que se produjo el citado acercamiento excesivo hacia su persona por parte de dicho acusado, así como que el mismo la acariciaba y trataba de besarla, lo que se corresponde esencialmente con el contenido de las imágenes que se reprodujeron en el acto del juicio, refiriendo la Sra. María Esther que ella lloraba y temblaba mientras esa acción se producía.

Y esta versión quedó, además, corroborada por lo expresado en el acto el juicio por el testigo Sr. Mauricio, el cual indicó que observó a la chica llorando, y que el acusado la "toquiteaba" y "la quería robar un beso", añadiendo que ella "lloraba y temblaba".

En definitiva, de la prueba practicada, esencialmente de la que acabamos de señalar, se desprende, con contundencia, la realidad de los hechos que hemos narrado en el citado apartado A) de los hechos probados.

Y en cuanto a los hechos declarados probados en el apartado B), la realidad de los mismos queda acreditada con fundamento en la grabación a la que nos hemos referido, en la que se aprecia con absoluta claridad la realidad del puñetazo que el acusado D. Teofilo propinó al señor Evaristo y la forma en la que lo propinó.

Además, el citado acusado admitió haber propinado ese puñetazo y así lo confirmó el testigo Don Mauricio.

No existe duda, en definitiva, acerca de la realidad de que se produjeron los citados hechos declarados probados en la forma descrita.

SEGUNDO.- Los hechos narrados en el apartado A) de los hechos probados de la presente sentencia son legalmente constitutivos de un delito de abuso sexual, previsto y penado en el artículo 181.1 del Código Penal.

Establece dicho artículo lo siguiente: "El que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, será castigado, como responsable de abuso sexual, con la pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses".

Y tales hechos ponen de manifiesto la comisión de unos actos que, por su propia naturaleza o contenido, son atentatorios a la libertad sexual de la víctima.

El excesivo acercamiento físico sobre la víctima, acariciando su pelo, la colocación de las manos sobre la cintura de la misma y el hecho de tratar de besarla, hallándose esta pegada a la pared, ponen de manifiesto la concurrencia del elemento objetivo del delito, concretado en el contacto corporal, tocamiento impúdico o cualquier otra exteriorización o materialización con significado sexual (Sentencia del TS. de fecha 3 de febrero de 2015), sin que estimemos que sea necesario para la existencia del delito que nos ocupa que ese contacto o tocamiento se proyecte sobre determinadas partes del cuerpo de mayor significado sexual, bastando con esa exteriorización o materialización con significado sexual de los actos ejecutados.

En este caso los actos realizados tienen ese inequívoco contenido, no pudiendo ser valorados como una mera desconsideración o falta de respeto, afectando a la libertad sexual de la víctima, de modo que la conducta objetiva realizada es suficiente para cumplir las exigencias del tipo.

En relación con el elemento subjetivo del delito de abuso sexual, señala el Tribunal Supremo que "desde el aspecto subjetivo, para afirmar el dolo basta con que el autor conozca que su conducta, por su propia naturaleza, afecta negativamente a la libertad o indemnidad sexual de la víctima" (Sentencia del TS de fecha 4 de febrero de 2016), quedando limitado ese elemento subjetivo al dolo de atentar contra la libertad o indemnidad sexual de la víctima.

En el caso que nos ocupa, la conducta desarrollada, como revelan en sí mismos los hechos realizados, dado su contenido y la forma de ejecución, es claro que afectaba negativamente a esa libertad sexual, siendo

evidente que sobre ese derecho de la víctima se proyectaba la acción realizada, conociendo su autor que su conducta afectaba a ese derecho.

Por tanto, concurren los elementos integrantes del citado delito.

No cabe valorar los hechos como una mera falta de vejación injusta del art. 620-2.º del Código Penal en vigor al tiempo de los hechos ocurridos, toda vez que los mismos no se limitaron, como se adelantó, a una acción de menosprecio, falta de respeto o consideración, sin especial transcendencia, sino que, como pone de manifiesto su propio contenido, e incluso la diversidad de los actos efectuados, ostentaban significación sexual, y afectaban a la libertad sexual, a la libre determinación de la víctima en ese ámbito.

Señala el TS en sentencia de fecha 22 de junio de 2016, con cita de otra anterior, que para apreciar la falta de vejaciones "nos tenemos que encontrar ante un ataque de carácter verbal o material en el que el sujeto activo se limita a invadir de modo superficial o leve la Intimidación corporal o el patrimonio moral de una persona con actos que revelan un simple propósito de ofender o vejar levemente y sin que sean sugerentes de propósitos más incisivos sobre la libertad sexual de la persona. Los leves tocamientos externos a través de la ropa con carácter fugaz o casi subrepticio, podrían incardinarse en la conducta que se describe en el título de las faltas, pero cuando existen datos de hecho de carácter complementario, que exteriorizan un propósito más firme y agresivo, debemos considerar si se ha traspasado la barrera que delimita el campo entre los delitos y faltas para colocarse de lleno en el terreno de los primeros...".

En este caso, no nos hallamos ante unos actos que revelan un simple propósito de ofender o vejar levemente, apreciando que ostentan una mayor relevancia y un contenido sexual afectante a la libertad sexual.

No cabe, por su parte, considerar los hechos constitutivos del delito de agresión sexual que se imputa por las acusaciones, al no quedar acreditada la violencia ni intimidación precisas para apreciar dicho delito.

Al respecto, señala el TS que "La Intimidación consiste en la amenaza de un mal grave, futuro y verosímil, si la víctima no accede a participar en una determinada acción sexual.... La jurisprudencia consolidada de esta Sala ha establecido que la violencia o intimidación empleadas en los delitos de agresión sexual no han de ser de tal grado que presenten caracteres irresistibles, invencibles o de gravedad inusitada, sino que basta que sean suficientes y eficaces en la ocasión concreta para alcanzar el fin propuesto, paralizando o inhibiendo la voluntad de resistencia de la víctima y actuando en adecuada relación causal, tanto por vencimiento material como por convencimiento de la inutilidad de prolongar una oposición de la que, sobre no conducir a resultado positivo, podrían derivarse mayores males, de tal forma que la calificación jurídica de los actos enjuiciados debe hacerse en atención a la conducta del sujeto activo. Si éste ejerce una intimidación clara y suficiente, entonces la resistencia de la víctima es innecesaria pues lo que determina el tipo es la actividad o la actitud de aquél, no la de ésta (STS 609/2013, de 10 de julio de 2013). Pero también ha señalado la doctrina de esta Sala, (SSTS 381/97, de 25 de marzo, 190/1998, de 16 de febrero y 774/2004, de 9 de febrero, entre otras), que la intimidación, a los efectos de la Integración del tipo de agresión sexual, debe ser serla, previa, inmediata, grave y determinante del consentimiento forzado". (Sentencia del TS de fecha 2 de junio de 2016).

En este caso, no se produjo un acto inicial tendente a paralizar o inhibir la voluntad de resistencia de la víctima, como medio para ejecutar la acción sin oposición, tratándose de una acción ejecutada de manera súbita o repentina y realizada de modo sorpresivo e inmediato, sin previa intimidación, no existiendo, tampoco, violencia alguna.

En conclusión, estimamos que los hechos son constitutivos del referido delito de abuso sexual.

TERCERO.- Los hechos narrados en el apartado B) de los hechos probados de la presente sentencia son legalmente constitutivos de un delito de lesiones, previsto y penado en el artículo 150 del Código Penal .

Dicho artículo dispone: "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 el caso enjuiciado quedó acreditado que se produjo una violenta agresión, concretada en un contundente puñetazo, propinado sobre una persona y con ánimo de lesionar, causando las lesiones antes señaladas y habiéndose originado deformidad en el lesionado, resultado este que no se discute y cuya realidad se refleja en las secuelas que quedaron al lesionado y que han sido declaradas probadas, concurriendo los elementos integrantes de dicho delito.

Dado el resultado producido y estimando que fue adecuado y previsible atendido el golpe propinado, apreciamos que cabe afirmar la existencia de dolo, siquiera eventual, en el actuar enjuiciado.

Señala el Tribunal Supremo en relación con el dolo eventual que: "... El dolo eventual esta Sala lo ha ido construyendo sobre la tesis de la probabilidad y el consentimiento, por lo que tal dolo exigiría la doble condición de que: 1) El agente conozca o se represente la alta probabilidad o riesgo serio y elevado de producción del resultado que su acción contiene. 2) Que además se acepte o asuma esa eventualidad, decidiendo ejecutar la acción dañosa.

... En consecuencia concurrirá el dolo eventual en quien conociendo que su conducta genera un peligro concreto jurídicamente desaprobado, no obstante actúa y continúa realizando la conducta que somete a la víctima a riesgos que el agente no tiene la seguridad de poder controlar y aunque no persiga directamente la causación del resultado, se hace cargo de que hay un elevado índice de probabilidad de que se produzca" (Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 21 de octubre de 2015).

Añade la doctrina de dicho Tribunal que: "...Entran aquí en la valoración de la conducta individual parámetros de razonabilidad de tipo general que no puede haber omitido considerar el agente, sin que sea admisible por irrazonable, vana e infundada la esperanza de que el resultado no se produzca, hipótesis que se muestra sin peso frente al más lógico resultado de actualización de los riesgos que el agente ha generado" (SSTS 311/2014, de 16-4 ; y 759/2014, de 25-11). (Sentencia de fecha 9 de marzo de 2016).

No obstante, matiza esta última sentencia que "Es preciso también advertir que si bien el elemento intelectual del dolo, y en concreto el conocimiento de la alta probabilidad del resultado, es el que prima en el ámbito probatorio y arrastra después consigo la constatación del debilitado elemento volitivo del dolo eventual, ello obliga en cualquier caso a ser sumamente rigurosos a la hora de ponderar el grado de probabilidad del resultado cognoscible ex ante. De modo que no puede afirmarse que un resultado es altamente probable para el ciudadano medio situado en el lugar o la situación del autor cuando la probabilidad de que se produzca no sea realmente elevada, ya que es precisamente ese pronóstico probabilístico el que nos lleva a concluir que sí concurre el elemento volitivo del dolo, aunque sea bajo la modalidad atenuada o aligerada de la aceptación, de la asunción o de la conformidad con el resultado.

Una flexibilidad y laxitud excesivas a la hora de sopesar el grado de probabilidad exigible para apreciar el elemento intelectual cuestionaría la concurrencia del elemento volitivo en el caso concreto, abocando así a la calificación de doloso de un hecho realmente imprudente o atípico, al mismo tiempo que se impondría la responsabilidad objetiva o por el resultado en detrimento de la responsabilidad subjetiva y del principio de culpabilidad. Y es que una concepción excesivamente extensiva del dolo eventual y de su verificación en el ámbito procesal podría devolvernos a las anacrónicas y denostadas figuras delictivas preterintencionales y a los delitos cualificados por el resultado".

Partiendo de la indicada doctrina jurisprudencial, consideramos que los hechos declarados probados ponen de manifiesto que el autor de los mismos actuó con dolo, al menos eventual.

Dicho autor se acercó corriendo sobre el sujeto pasivo, y, sin mediar palabra y sin detenerse, abalanzándose sobre el mismo, le propinó un fuerte puñetazo en la cara, favoreciendo, incluso, la inercia de su carrera la mayor violencia del impacto sobre el sujeto pasivo, haciéndolo, además, de un modo inesperado para este.

Atendida esa forma de ejecución de los hechos, consideramos que el resultado lesivo producido era altamente apreciable como probable para cualquier ciudadano medio que se encontrase en el lugar o la situación del autor.

En efecto, la violencia del golpe propinado, tratándose de un puñetazo que llegó a dejar, incluso, marcas visibles en los nudillos de la mano derecha del autor, como se aprecia en la fotografía de su mano obrante en el atestado, en relación con lo inesperado de su recepción por el sujeto pasivo, y, por tanto, la imposibilidad de reacción que permitiese amortiguar el golpe o reducir sus consecuencias, nos lleva a considerar que era perceptible para un ciudadano medio que existía una probabilidad elevada de que, en tal situación, podía producirse un resultado lesivo de considerable importancia, tanto como consecuencia del impacto directo mismo, como derivado de la caída violenta sobre el suelo que lógicamente originaría el súbito golpe.

No podemos compartir el criterio de la defensa en el sentido de considerar que los hechos merecen únicamente su calificación como falta de lesiones, siendo fortuito el resultado, ni la calificación del Ministerio Fiscal de existencia de una falta de lesiones en concurso con un delito de imprudencia grave respecto del resultado lesivo producido.

En tal sentido, no podemos estimar que el resultado grave producido pueda considerarse que fuere meramente fortuito, ajeno a la acción dolosa, ni que ese resultado únicamente sea atribuible al acusado a título

de imprudencia grave, siendo su actuar doloso constitutivo de una simple falta de lesiones, estimando, por el contrario, que, como hemos apreciado, el dolo del autor abarcó el resultado, siquiera a título de dolo eventual, siendo los hechos constitutivos del delito de lesiones contemplado en la artículo 150 del Código Penal .

No nos hallamos ante un leve golpe o ante un empujón o acto violento de semejante entidad como consecuencia del cual fuere poco previsible la caída del agredido con un resultado tan grave como el que aquí se produjo, sino, insistimos, ante un violento puñetazo propinado en la forma indicada, en la cara, ante el cual, atendida la propia situación en la que se hallaba el sujeto pasivo, para el que fue súbito e inesperado el golpe, su autor necesariamente pudo razonablemente percibir, comprender y conocer que había un elevado índice de probabilidad de que se produjere un grave resultado lesivo como consecuencia de su acción, no obstante lo cual la ejecutó, asumiendo o aceptando el previsible resultado.

Así lo ha apreciado reiteradamente el Tribunal Supremo en supuestos de puñetazos en la cara, habiendo señalado en la sentencia de fecha 6 de febrero de 2013 lo siguiente: "Que de la conducta consistente en propinar un puñetazo en la cara puede derivarse naturalmente y con el grado de probabilidad que exige la apreciación de un dolo eventual un resultado constitutivo de "deformidad" es algo avalado por múltiples precedentes jurisprudenciales. No son pocas las ocasiones en que esta misma Sala analizando una conducta esencialmente igual -un puñetazo dirigido al rostro-, aunque con ligeras variaciones no decisivas (mayor o menor intensidad; acompañamiento en algún caso de otra acción agresiva), ha considerado correcta la incardinación de la conducta en el art. 150 CP , sin cuestionarse temas de intención. Un golpe con el puño en la cara en principio es idóneo para inferir el dolo necesario para ese tipo penal.....cuando ese único puñetazo produce lesiones encajables en el art. 150 es muy habitual, casi lo ordinario, mantener la condena por el delito doloso, o incluso, en algún caso, introducir esa tipificación acogiendo el recurso de la acusación: SSTS 1573/2002, de 2 de octubre , 1617/2003, de 2 de diciembre , 639/2003, de 30 de abril , 1064/2005, de 20 de septiembre , 1312/2006, de 11 de diciembre , 732/2011, de 27 de junio , 652/2007, de 12 de julio , 915/2007, de 19 de noviembre , 19/2008, de 17 de enero . Son supuestos con diferencias accidentales en que se llega a igual solución (condena por el delito del art. 150) los contemplados en las SSTS 398/2008, de 23 de junio (el puñetazo es acompañado de una patada), 1373/2009, de 28 de diciembre (empujón con caída y golpe en la cabeza), 606/2008, de 1 de octubre (patada en la cara) , o 699/2011, de 30 de junio (algunos golpes, además del único puñetazo en la boca).....En igual línea se mueve la STS 1158/2003 el puñetazo único frontal es acción apta para deducir el tipo subjetivo del art. 150..."

En conclusión, concurren los elementos integrantes del citado delito de lesiones.

CUARTO.- Del referido delito de abuso sexual es criminalmente responsable en concepto de autor el acusado D. Evaristo , por haber ejecutado voluntaria y directamente los hechos que lo integran.

Por su parte, del antedicho delito de lesiones es criminalmente responsable en concepto de autor el acusado D. Teófilo , por haber ejecutado voluntaria y directamente los hechos que lo integran.

QUINTO.- En la realización del delito de abuso sexual ha concurrido la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal atenuante de embriaguez, contemplada en el artículo 21.2.ª del Código Penal .

En efecto, de la prueba practicada se concluye que el acusado presentaba limitadas sus facultades intelectivas y volitivas como consecuencia de una abundante ingesta de alcohol a lo largo de las horas anteriores al momento de los hechos.

Sobre la justificación de ese estado cabe destacar, inicialmente, que se admitió la realidad de esa embriaguez por ambas acusaciones, si bien calificándola como atenuante ordinaria la acusación particular y como atenuante analógica el Ministerio Fiscal.

En todo caso, siendo indiscutido el hecho, afirmado por el propio autor de ese delito, de que el mismo estuvo cenando con varios amigos, ingiriendo abundantes bebidas alcohólicas a lo largo de la noche anterior y primeras horas del día de los hechos, lo que sería acorde con esa consecuencia de la embriaguez, la realidad de esta embriaguez se corresponde aparentemente con la deambulación del mismo que se aprecia en la grabación del momento de los hechos a la que antes nos hemos referido y ese estado fue, incluso, apreciado, expresándolo así en el acto del juicio, por la propia víctima del delito.

En definitiva, consideramos suficientemente acreditado ese estado de embriaguez con la entidad que hemos valorado.

No cabe apreciar la eximente completa de embriaguez alegada por la defensa, no quedando acreditado en modo alguno que dicho acusado, como consecuencia de esa indiscutida ingesta de alcohol, tuviere

absolutamente anuladas sus facultades intelectivas y volitivas en el momento de los hechos, estimando acreditada, únicamente, esa limitación de dichas facultades a las que nos hemos referido, determinante de la apreciación de la atenuante ordinaria de embriaguez.

SEXTO.- Respecto del delito de lesiones, no cabe apreciar la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal agravante de alevosía, del artículo 22.1.^a del Código Penal, pretendida por la acusación particular que ejercita la representación del Sr. Evaristo.

Dicho artículo establece que es circunstancia agravante "ejecutar el hecho con alevosía" y que 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".

En relación con dicha agravante tiene señalado el Tribunal Supremo que los requisitos de la misma son los siguientes: "a) en primer lugar, un elemento normativo que se trate de un delito contra las personas... b) en segundo lugar, como requisito objetivo, que el autor utilice en la ejecución medios, modos o formas que han de ser objetivamente adecuados para asegurarla mediante la eliminación de las posibilidades de defensa... c) en tercer lugar, en el ámbito subjetivo, que el dolo del autor se proyecte no sólo sobre la utilización de los medios, modos o formas empleados, sino también sobre su tendencia a asegurar la ejecución y su orientación a impedir la defensa del ofendido, eliminando así conscientemente el posible riesgo que pudiera suponer para su persona una eventual reacción defensiva de aquel... y d) en cuarto lugar, que se aprecie una mayor antijuridicidad en la conducta derivada precisamente del modus operandi, conscientemente orientado a aquellas finalidades..." (Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 14 de abril de 2016).

En el mismo sentido reitera dicho Tribunal que "la agravante de alevosía no se reduce a una situación objetiva (...) Se requiere un aspecto subjetivo de "aprovechamiento" de elaborado despliegue en el diseño de la acción que se predica alevosa...El aprovechamiento de aquella situación de indefensión constituye un presupuesto que (...) exige un componente subjetivo representado por la voluntad dirigida al efecto". (Sentencia de fecha 29 de marzo de 2016).

En definitiva, "la superioridad tiene que haberse buscado de propósito o, al menos, aprovechado, por lo que no concurre la agravante cuando la superioridad no ha sido buscada de propósito ni siquiera aprovechada, sino que simplemente surge en la dinámica comisiva". (Sentencia de fecha 25 de mayo de 2016).

Y en este caso, teniendo en cuenta la dinámica de los hechos, y aún cuando la agresión se produjo de modo súbito e inesperado para el sujeto pasivo, no apreciamos la concurrencia de ese citado elemento subjetivo preciso para apreciar la alevosía.

Consideramos que la actuación del acusado obedeció a su reacción inmediata ante la situación en la que apreció que se encontraba su novia, sin que al actuar como lo hizo hubiera pretendido eliminar el riesgo de la eventual reacción del agredido, buscado un aseguramiento de su acción y evitar la defensa del sujeto pasivo, sino únicamente el cese de la acción de la que era objeto su novia, estimando que, dada la rapidez de la reacción del acusado, el mismo ni siquiera llegó a reflexionar sobre este aspecto que valoramos, surgiendo la posible indefensión de la dinámica misma de los hechos, no habiendo sido buscada específicamente.

No apreciamos, por tanto, la concurrencia de ese requisito subjetivo preciso para concluir la existencia de la pretendida alevosía.

SÉPTIMO.- En la realización del citado delito de lesiones ha concurrido la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal eximente incompleta de legítima defensa contemplada en el artículo 21.1.^a, en relación con el artículo 20.4.^o, ambos del Código Penal, no apreciando, sin embargo, esa legítima defensa como completa, frente a lo interesado por la defensa de su autor.

En relación con la legítima defensa señala el Tribunal Supremo que "La jurisprudencia de esta Sala ha concretado como requisitos para apreciar la eximente de legítima defensa, prevista en el artículo 20.4.^o del CP, los siguientes: en primer lugar, la existencia de una agresión ilegítima, actual o inminente, previa a la actuación defensiva que se enjuicia; en segundo lugar, la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler esa agresión, que se integra en el ánimo de defensa que rige la conducta del agente; y en tercer lugar, la falta de provocación suficiente por parte del propio defensor." (Sentencia del TS de fecha 14 de octubre de 2014)

En el caso enjuiciado concurren el primero y tercero de esos requisitos, no así el segundo de ellos.

De un lado, es clara la existencia de una agresión ilegítima actual, agresión esta que hemos calificado como un delito de abuso sexual, del que estaba siendo víctima la novia del autor del delito de lesiones, el cual actuó en defensa de aquella, a fin de que cesase esa agresión.

De otro lado, el requisito relativo a la falta de provocación es indiscutido.

Ahora bien, no apreciamos el requisito relativo a la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler esa agresión, por falta de proporcionalidad.

En relación con este requisito tiene señalado el Tribunal Supremo que "... contra el Injusto proceder agresivo, la defensa ha de situarse en un plano de adecuación, buscando aquella proporcionalidad que, conjurando el peligro o riesgo inminentes, se mantenga dentro de los límites del imprescindible rechazo de la arbitrariedad acometida, sin repudiables excesos que sobrepasen la necesaria contraprestación. En resumen, en la determinación de la racionalidad priman fundamentalmente módulos objetivos, atendiendo no solamente a la ecuación o paridad entre el bien jurídico que se tutela y el afectado por la reacción defensiva, sino también a la proporcionalidad del medio o Instrumento utilizado, empleo o uso que del mismo se hubiese realizado, circunstancias del hecho, mayor o menor desvalimiento de la víctima y, en general, sus condiciones personales, posibilidad del auxilio con que pudiera contar etc., sin desdeñar absolutamente aspectos subjetivos relevantes y de especial Interés pues dada la perturbación anímica suscitada por la agresión ilegítima, no puede exigirse el acometido la reflexión, serenidad y tranquilidad de espíritu para, tras una suerte de raciocinios y ponderaciones, elegir finalmente aquellos medios de defensa más proporcionados, con exacto cálculo y definida mensuración de hasta donde llega lo estrictamente necesario para repeler la agresión (STS. 14.3.97 , 29.1.98 , 22.5.2001). Por ello si lo que falta es la proporcionalidad, el posible exceso intensivo o propio no Impide la aplicación de una eximente incompleta, teniendo en cuenta tanto las posibilidades reales de una defensa adecuada a la entidad del ataque y la gravedad del bien jurídico en peligro, como la propia naturaleza humana..." (Sentencia del TS de fecha 25 de febrero de 2015).

Sentado lo anterior, analizada la acción realizada por el autor del delito de lesiones, estimamos que la misma, aunque guiada en un propósito defensivo, fue excesiva por la forma en que se desarrolló y en atención a las circunstancias concurrentes, siendo claramente desproporcionada.

Dada la situación a la que se enfrentaba el autor existían otras posibilidades reales de una defensa más adecuada y menos violenta.

Debe tenerse presente que los hechos se produjeron en la calle Estafeta de Pamplona, siendo fiestas de San Fermín, y a las 8:37 horas, existiendo un incesante paso de numerosas personas caminando por esa calle en aquel momento, siendo razonablemente suficientes, como hemos dicho, otras posibles formas de defensa más adecuadas y menos violentas, para obtener el cese de la agresión ilegítima.

Ciertamente, debe valorarse la situación personal y afectiva del autor de la acción defensiva y efectuar esa ponderación de la necesidad instrumental de la defensa "comprendiendo las circunstancias en que actuaba el sujeto enjuiciado, de manera flexible y atendiendo a criterios derivados de máximas de experiencia en un análisis concreto de las circunstancias de cada uno..." (Sentencia citada del TS de fecha 25 de febrero de 2015).

Y en tal sentido no cabe ignorar que dicho autor es un ciudadano extranjero que no conocía la ciudad ni las circunstancias que concurrían y que se vio repentinamente sorprendido al observar que su novia se encontraba en la situación declarada probada, llorando y asustada, llamándole.

En tal situación es claro que no puede exigirse una frialdad de ánimo que permita realizar un reflexivo análisis y ponderar la entidad de la reacción a desarrollar, debiendo realizarse el juicio sobre la necesidad y proporcionalidad atendiendo a la posición y estado anímico en los que el mismo debía encontrarse.

Ahora bien, no obstante esa posición y estado del defensor, estimamos que su respuesta fue desproporcionada, constituyendo un exceso que sobrepasó una respuesta adecuada a la agresión, propinando un golpe de una violencia desmedida, mediante un fuerte puñetazo, en el rostro, inesperado para quien lo sufrió y en plena carrera, con la mayor violencia que ofrecía la propia inercia del desplazamiento del autor sobre el agredido.

Todo ello nos lleva a concluir que tuvo lugar esa falta de proporcionalidad, el exceso intensivo o propio, que no permite apreciar la eximente completa de legítima defensa.

Valoradas en su conjunto las circunstancias concurrentes en la agresión a la que se respondió y aquellas en las que actuaba el sujeto, a quien no era lógicamente exigible una fría reflexión y ponderación para escoger

los medios más adecuados de defensa en aquel momento, estimamos que resulta de aplicación una eximente incompleta de legítima defensa, con la considerable trascendencia que posteriormente señalaremos en orden a individualizar la pena a imponer.

Debemos, por último, matizar que no se sostuvo por la defensa de dicho acusado la solicitud de apreciación de la atenuante de reparación del daño que solo fue planteada en el escrito de defensa, no manteniéndose su concurrencia en las conclusiones definitivas.

En todo caso, no estimamos que la consignación de /2.000 euros, en relación al total de las indemnizaciones que se fijarán, ostente suficiente relevancia para apreciar la concurrencia de dicha atenuante, sin perjuicio de que ello se valorará al concretar la pena a imponer.

OCTAVO.- Pasando a concretar la pena a imponer al acusado Sr. Evaristo por el delito de abuso sexual, hemos de partir de que dispone el artículo 181.1 del Código Penal la imposición al autor de tal delito de una pena de "... prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses".

Por tanto, habremos de determinar, inicialmente, si procede imponer al acusado la pena de prisión o la de multa.

Al respecto, debemos atender a la entidad y relevancia de los hechos cometidos y circunstancias en las que se produjeron, así como a la afectación del bien jurídico protegido.

Sentado ello, dados los hechos concretos ejecutados, descritos en los "hechos probados" de esta sentencia, las circunstancias del momento y lugar en el que tuvieron lugar, tratándose de una calle muy concurrida, transitando por ella en aquel momento muchas personas que pasaban junto a la víctima, concretándose el atentado a la libertad sexual de la víctima en las acciones declaradas probadas, y valorada, a su vez, la duración temporal de los hechos, y el mantenimiento de la actitud del autor no obstante la apreciación del estado de temor y angustia de dicha víctima, actitud que reiteró no obstante el expresivo rechazo de esta, produciéndose en la misma una sensación de agobio y angustia; valorado todo ello en su conjunto, estimamos que resulta ser adecuado y proporcionado a los hechos cometidos optar por la imposición de una pena de prisión.

Sentado ello, siendo imponible una pena de prisión de entre 1 y 3 años, concurriendo la atenuante de embriaguez, debe fijarse dicha pena en su mitad inferior, conforme a lo establecido en el artículo 66.1.1.^a del Código Penal .

Atendido lo anterior y no considerando procedente superar el mínimo imponible, debe concretarse la pena a imponer en la de un año de prisión.

NOVENO.- Al objeto de establecer la pena correspondiente al acusado D. Teofilo por el delito de lesiones, debemos partir de que el artículo 150 del Código Penal concreta la pena a imponer en la de "prisión de tres a seis años".

Por su parte, apreciada la eximente incompleta de legítima defensa, y conforme a lo establecido en el artículo 68 del Código Penal , debe imponerse "la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley, atendidos el número y la entidad de los requisitos que falten o concurran, y las circunstancias personales de su autor...".

Y en orden a valorar si debe imponerse la pena inferior en uno o dos grados, estimamos que, dados los elementos que concurren en la legítima defensa apreciada, siendo estos relevantes, y teniendo en cuenta que, no obstante el exceso en la defensa que se produjo, el autor del hecho respondió a una situación ciertamente dificultosa, apreciando que su novia era objeto de una agresión ilegítima, hallándose en una ciudad y en unas circunstancias desconocidas, ignorando incluso el idioma, en tal situación, ese exceso apreciado en su reacción defensiva, atendidas las citadas circunstancias, nos lleva a estimar que la legítima defensa apreciada ostenta considerable relevancia, debiendo determinar la imposición de una pena inferior en dos grados a la señalada para el delito cometido.

Como consecuencia de lo expuesto, resulta que la pena imponible es la comprendida entre los nueve y los dieciocho meses.

Y partiendo de ello, valorando en su conjunto las circunstancias del hecho y del autor, y sin olvidar que este consignó en su momento la cantidad de 12.000 euros para reparación de los perjuicios causados, consideramos procedente fijar la pena en el mínimo legal mente imponible, siendo este el de nueve meses de prisión.

DÉCIMO.- Pasando a la cuestión relativa a la responsabilidad civil, valoraremos seguidamente la procedencia de conceder o no las diferentes indemnizaciones solicitadas por las partes.

En cuanto a la indemnización interesada en favor de la Sra. María Esther , dada la naturaleza de la acción de la que fue víctima, y siendo consustancial a ella la realidad de un daño moral, lo que, además, es acorde con el sufrimiento que la misma refirió haber experimentado, cuya realidad, incluso, se corresponde con lo declarado por el testigo Sr Mauricio en cuanto declaró que la misma "lloraba y temblaba", todo ello nos lleva a estimar que es adecuada la cantidad de 3.000 euros interesada por la acusación particular.

Por lo que atañe a la indemnización interesada en favor del Sr. Evaristo , habiendo sufrido el mismo lesiones de las que sanó a los 249 días, estando 28 de ellos hospitalizado y 221 incapacitado para sus ocupaciones habituales, y aplicado con un carácter orientativo el Anexo del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la circulación de vehículos a motor, vigente en la fecha de los hechos, estimamos que no es excesiva en modo alguno la indemnización de 16.500 euros solicitada por la acusación particular en tal concepto, procediendo su concesión.

Y por lo que se refiere a la indemnización por secuelas, dada la entidad de las que quedaron al lesionado, valoradas por el médico forense en un total de entre 42 y 44 puntos, en relación con lo contemplado en el citado anexo, estimamos adecuado conceder la cantidad de 75.000 solicitada por la acusación particular, aplicado orientativamente el repetido anexo, al que se ajusta en buena medida esa indemnización.

Por último, debe fijarse a cargo de D. Teofilo la indemnización de 60.430,80 euros en favor del Servicio Navarro de Salud por los gastos correspondientes a la diversa asistencia médica de la que fue objeto el Sr Evaristo por parte de dicho servicio en relación con las lesiones sufridas como consecuencia de los hechos enjuiciados, tratándose de un perjuicio ocasionado a dicho servicio a causa del delito de lesiones cometido por el citado acusado, amparando el derecho de dicho Servicio a esa indemnización, como tercero perjudicado, el contenido del artículo 168 de la vigente Ley General de la Seguridad Social , en relación con los artículos 109 y 113 del Código Penal , y con el artículo 127 de la anterior Ley General de la Seguridad Social .

No procede, por su parte, valorar, siquiera, la procedencia de la moderación o no de la responsabilidad civil a la que hizo breve referencia en su informe la defensa, ya que nada se interesó formalmente al respecto en las conclusiones definitivas, debiendo tenerse en cuenta que "es materia que se rige por el principio dispositivo (...) y tampoco puede olvidarse que esa moderación no es preceptiva sino que es una posibilidad que el legislador ofrece al Tribunal (...) siempre que la parte Interesada se lo haya pedido"(Sentencia del TS de fecha 23 de septiembre de 2011).

Sentado ello, y sin que, en todo caso, estimemos que dada la desproporción apreciada en la reacción del autor del delito de lesiones, pueda considerarse que la previa actuación de la víctima tuviera relación directa con la entidad del daño o perjuicio ocasionado, no cabe disponer que opere esa moderación.

UNDÉCIMO.- Conforme a lo establecido en el artículo 123 del Código Penal , procede imponer a los acusados las costas correspondientes a los delitos por los que han sido condenados, con inclusión de las correspondientes a la acusación particular frente a cada uno de ellos ejercitada, dada la relevancia de la intervención de cada una de ellas.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

Condenamos a los acusados:

1.- D. Evaristo , como autor criminalmente responsable de un delito de abuso sexual, ya definido, con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal atenuante de embriaguez, a la pena de un año de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y al abono de las costas procesales, incluidas las correspondientes a la acusación particular ejercitada por María Esther ; y a que indemnice a D^a María Esther en la cantidad de 3000 euros en concepto de daño moral, con el interés establecido en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

2- D. Teofilo , como autor criminalmente responsable de un delito de lesiones, ya definido, con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal eximente incompleta de legítima defensa, a la pena de nueve meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y al abono de las costas procesales, incluidas las correspondientes a la acusación particular ejercitada por D. Evaristo , así como a que indemnice a este último



en las cantidades de 16.500 € por las lesiones y 75.000 € por las secuelas, y al Servicio Navarro de Salud en la cantidad de 60.430,80 euros por los perjuicios causados; con el interés establecido en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Para el cumplimiento de la pena impuesta a D. Teofilo , le abonamos el tiempo durante el cual estuvo privado de libertad por estas diligencias.

Absolvemos a D. Evaristo del delito de agresión sexual del que se le acusaba.

La presente resolución no es firme, y contra ella puede interponerse recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, preparándolo ante esta Audiencia en el plazo de cinco días a partir de su notificación.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá testimonio a la causa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ