

Roj: **SJI 1/2017 - ECLI:ES:JI:2017:1**Id Cendoj: **03014430082017100001**Órgano: **Juzgado de Instrucción**Sede: **Alicante/Alacant**Sección: **8**Fecha: **06/03/2017**Nº de Recurso: **52/2017**Nº de Resolución: **53/2017**Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**Ponente: **ANGEL MANUEL VILLANUEVA JIMENEZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**

## JUZGADO DE INSTRUCCIÓN Nº 8

### ALICANTE

#### PROCEDIMIENTO: JUICIO SOBRE DELITOS LEVES Nº 52/2017

#### SENTENCIA Nº 000053/2017

Alicante, 6 de marzo de 2017.

Vistos por D. Ángel Manuel Villanueva Jiménez, Magistrado-Juez de Instrucción nº 8 de esta ciudad y su partido en juicio oral y público los presentes autos de juicio sobre delitos leves nº 52/2017 por un presunto delito leve de lesiones en el que fueron partes el **MINISTERIO FISCAL**, representado por la Srª. Salvador Martínez, **Maximo Mateo** como denunciante asistido por el Ldo. Sr. Perales Candela y **Lazaro Jeronimo** como denunciado, asistido por el Ldo. Sr. Frigola Espinosa.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Las presentes actuaciones se iniciaron en virtud de atestado de la Policía Nacional de Alicante, y, previos los trámites legales correspondientes se dictó auto convocándose al oportuno juicio, citándose al Ministerio Fiscal y a las partes para la celebración del correspondiente juicio, celebrándose el mismo con el resultado que consta en el correspondiente soporte de grabación audiovisual.

**SEGUNDO.-** En dicho acto, el Ministerio Fiscal, en el correspondiente turno de informe, solicitó la condena de Lazaro Jeronimo, como autor de un delito leve de lesiones a la pena de multa de un mes con una cuota diaria de 4 €, con responsabilidad personal subsidiaria, considerando no procedente la imposición de responsabilidad civil alguna en base a la existencia de provocación previa y al enriquecimiento ya generado para el denunciante como consecuencia de la actividad que realiza, todo ello sobre la base de las alegaciones fácticas y jurídicas manifestadas en el acto de la vista y que se dan por reproducidas en su integridad.

Por el Ldo. Sr. Perales Candela, en defensa de Maximo Mateo, se interesa la condena de Lazaro Jeronimo, como autor de un delito leve de lesiones a la pena de multa de un mes con una cuota diaria de 4 €, y a que, en concepto de responsabilidad civil, indemnice a su representado en la suma de 300 €, correspondientes a 60 € por cada uno de los días de curación que fueron precisos, todo ello sobre la base de las alegaciones fácticas y jurídicas manifestadas en el acto de la vista y que se dan por reproducidas en su integridad.

Por el Ldo. Sr. Frigola Espinosa en defensa de **Lazaro Jeronimo**, se interesó la absolución de su defendido, invocando la inexistencia de los elementos del tipo, la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal de la legítima defensa o subsidiariamente la de arrebató u obcecación o la correspondiente analógica; la posible concurrencia de inducción por parte del propio denunciante y la existencia de consentimiento en las lesiones por parte de éste, interesándose se deduzca testimonio de las actuaciones por un presunto delito de denuncia falsa y usurpación de funciones públicas, todo ello sobre la base de las alegaciones fácticas y jurídicas manifestadas en el acto de la vista y que se dan por reproducidas en su integridad.



**TERCERO.-** En la tramitación del presente juicio se han observado los principios constitucionales y prescripciones legales, excepto el plazo para dictar sentencia debido a la carga de trabajo que pesa sobre este Juzgado y la necesidad de atender otros asuntos previos o preferentes, así como por la propia complejidad del presente asunto, habida cuenta de las numerosas cuestiones planteadas.

## HECHOS PROBADOS

**UNICO .-** En fecha 9 de septiembre de 2016, Maximo Mateo , conocido como Zapatones y en el marco de su actuación habitual consistente en la realización de bromas o burlas a ciudadanos anónimos para proceder a la grabación y posterior edición del correspondiente video y posterior subida o colgado del referido video en un canal de video que tenía en YouTube, obteniendo así un rédito económico, encontrándose en la calle Pintor Agrasot de Alicante, se dirigió a Lazaro Jeronimo , repartidor de una empresa de mensajería y transporte, el cual se encontraba trabajando repartiendo las mercancías correspondientes, teniendo lugar la siguiente conversación:

Maximo Mateo .- ¿Sería usted tan amable de indicarme cómo llegar a la zona de las tiendas y demás?

Lazaro Jeronimo .- ¿Qué tiendas?

Maximo Mateo .- Sí zona comercial y estas cosillas...

Lazaro Jeronimo .- La calle justo esa de ahí detrás todo recto ahí tienes un montón.

Maximo Mateo .- Vamos a ver si me aclaro, **cara anchoa**, estamos ahora mismo ¿en qué parte más o menos?

Lazaro Jeronimo .- **Cara anchoa**, si te doy una hostia...

Maximo Mateo .- Pero qué pasa si es una broma con cámara oculta, que es una broma con cámara oculta.

Lazaro Jeronimo .- ¿Y la cámara dónde está? ¿Y la cámara?

Maximo Mateo .- Que estamos en directo que es una broma.

Lazaro Jeronimo .- ¿Y la cámara? ¿Y la cámara?

Maximo Mateo .- (...) Que estamos haciendo una cosa para ver cómo reacciona la gente para un trabajo de la universidad de sociología.

Lazaro Jeronimo .- Si te meto una hostia, payaso...

Maximo Mateo .- Perdona, perdóname si te he molestado perdona vale perdona que es para un video (ininteligible) de la Universidad.

Lazaro Jeronimo .- Pues la gracia..., mira no te doy porque estoy trabajando, que si no te doy un palizón que te cagas, chaval.

Maximo Mateo .- Vale, perdona si te he molestado...

Lazaro Jeronimo .- Es que, que... si te meto una hostia...

Maximo Mateo .- Que es de broma, que es de broma...

Lazaro Jeronimo .- Me cago en mi puta madre.

Lazaro Jeronimo .- Que es de broma, hombre...

En un momento no totalmente determinado pero en las proximidades de éste, Maximo Mateo volvió a llamar **cara anchoa** a Lazaro Jeronimo , revolviéndose éste.

Lazaro Jeronimo .- Pero de qué vas tú...

Maximo Mateo .- Que no te lo digo en serio...

En este momento Lazaro Jeronimo da una bofetada con la mano abierta a Maximo Mateo , con intención de menoscabar su integridad física, aunque también considerando que éste se dirigía a él con intención de distraerlo con la finalidad de sustraerle alguna de las mercancías que portaba.

Lazaro Jeronimo .- Pero de qué vas payaso.

Maximo Mateo .- Que no te lo digo en serio.

Lazaro Jeronimo .- Pero de qué vas. **Cara anchoa**, tira de aquí.

Maximo Mateo .- Madre mía... (mientras se marcha caminando).



En ese momento, ambos se marchan, cada uno en direcciones opuestas.

Como consecuencia de ello Maximo Mateo sufrió lesiones para cuya curación solamente precisó de una primera asistencia facultativa y que consistieron en dolor y tumefacción facial izquierda, presentando a la exploración física médica dolor a la palpación en región periorbicular inferior izquierda, no crepitación ni hematoma, leve molestia al abrir y cerrar la boca en articulación temporomandibular izquierda, señalándose como diagnóstico dolor facial, lesiones de las que tardó en curar tres días.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### **PRIMERO.- Sobre la calificación jurídico penal de los hechos.**

Los hechos declarados probados son constitutivos de un delito leve previsto y penado en el art. 147.2 del Código Penal vigente, lesiones, en virtud del cual:

**1. El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado, como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de tres meses a tres años o multa de seis a doce meses, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico.**

**2. El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión no incluida en el apartado anterior, será castigado con la pena de multa de uno a tres meses.**

Y ello en cuanto concurren todos los requisitos objetivos y subjetivos del tipo penal, entendiéndose que concurren los requisitos del tipo penal.

### **SEGUNDO.- Sobre la concurrencia o no de los elementos del tipo.**

Se argumenta por la defensa, en primer lugar la inexistencia de dolo o imprudencia en la actuación de su defendido, lo que eliminaría la concurrencia de los elementos del tipo, sobre la base de las circunstancias concurrentes.

La sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 2009, señala los elementos del tipo de las lesiones del art. 147.1 del Código Penal, y que, por extensión, son también aplicables al tipo del art. 147.2, si bien teniendo en consideración la mención de que, en este último caso, se causare una lesión no prevista en el apartado anterior, pero, en cuanto a los elementos del tipo, vienen a ser los mismos. Y dice:

**Concurren en el supuesto de autos la totalidad de los requisitos que configuran dicho tipo penal, delito de lesiones, concretados en: a) una acción de causar a otra persona, por cualquier medio o procedimiento, tanto activo como omisivo, una lesión ( Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 1991 ); b) el resultado lesivo mencionado, consistente en un menoscabo de la integridad corporal o de la salud física o mental de la víctima que precisa tratamiento médico o quirúrgico o requiere para su sanidad más de una asistencia facultativa; c) un nexo de causalidad entre el comportamiento o movimiento corporal del agente y el resultado producido, de tal modo que aquél sea generante o determinante de éste, y sin que al resultado lesivo desencadenado por la acción del inculpado obste la condición patológica de la víctima ( Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de septiembre, 2 de octubre y 18 de diciembre de 1991 ); y d) el dolo genérico de lesionar o «animus laedendi», tendente a menoscabar la integridad corporal o la salud física o mental del sujeto pasivo, sin que sea necesario que el agente se represente un resultado concreto o determinado, surgiendo el delito cuando el hecho consecuencia ha sido directamente querido y también cuando su autor se representó la posibilidad del resultado y la aceptó ( Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1983, 4 de marzo de 1986, 6 de abril de 1988, 27 de septiembre y 20 de noviembre de 1991, 5 de marzo de 1993 ).**

En el presente caso, en realidad, no se discute la existencia de la bofetada propinada por parte de Lazaro Jeronimo a Maximo Mateo, ni la existencia de las lesiones recogida en la hoja de asistencia de urgencias, si bien se ha llevado a cabo una impugnación genérica de la documentación aportada por parte de la defensa, que, de hecho, no determina la causa o motivo de impugnación, ni aportándose otros datos que permitan desvirtuar las conclusiones establecidas en dicha documentación, pudiéndose haber sometido a contradicción, mediante la citación de los firmantes de dichos informes, no habiéndose interesado nada al respecto.

Por tanto, la acción existe, como resulta del video aportado y del reconocimiento de los hechos realizado por el propio denunciado, que admite que le dio la bofetada al denunciante, si bien en el marco de unas circunstancias que será desarrolladas a lo largo de la presente, con evidente nexo o relación de causalidad entre la acción,



la bofetada y el resultado lesivo que se concreta en las lesiones documentadas en la hoja de asistencia de urgencias.

Finalmente debe considerarse que existe *animus laedendi*, intención de menoscabar la integridad y la salud del sujeto pasivo, con todas las matizaciones que se puedan hacer en función de las circunstancias concurrentes y de la invocación de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, que serán estudiadas más adelante, pero la intención de lesionar, aunque solamente fuera a título de dolo eventual, existe, puesto que evidentemente, al dar la bofetada, el sujeto activo se representa, cuando menos, la posibilidad de causar un resultado daños y asume y acepta la posibilidad de ese resultado.

Y no es óbice para ello el hecho de que se hubiera podido causar un daño mayor si se hubiera optado por golpear con el puño cerrado, en cuyo caso, si se quiere, el ánimo de causar el menoscabo físico hubiera sido todavía más evidente, pero semejante argumento no desvirtúa el hecho de que con la bofetada a mano abierta también se puede causar lesión, entendida como menoscabo físico.

Sin perjuicio, en esta primera aproximación, de lo que se dirá más adelante, sobre la trascendencia del consentimiento en las lesiones.

### **TERCERO.- Sobre la valoración de la prueba.**

Apreciando en conciencia la prueba practicada en el acto del juicio, se llega a la conclusión de la ocurrencia de los hechos declarados probados, considerándose que la prueba de cargo está constituida por el video de la acción, aportado por la acusación y por las declaraciones tanto del denunciante como del denunciado, del testigo Herminio Bernabe, así como la hoja de asistencia de urgencias y el informe médico forense.

Acerca de la impugnación del video aportado por la acusación, impugnación realizada por la defensa, se basa la misma en la consideración de dicha videograbación como nula, en cuanto que grabación realizada por tercero, no consentida y con desproporcionada intromisión en el derecho a la intimidad del ahora denunciado, y señalando que ni la grabación unida ni el soporte aportado son originales.

A este respecto, podemos citar, por ejemplo, la sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja de 5 de marzo de 2014, que resume doctrina jurisprudencial al respecto:

**En cuanto al valor probatorio de las grabaciones de video o las grabaciones de filmación la reciente STS, Penal sección 1 del 28 de enero de 2014 ( ROJ : STS 558/2014) Recurso: 10645/2013 establece:**

**" La STS 485/2013, de 5 de junio , considera que el material fotográfico y videográfico obtenido en el ámbito público y sin intromisión indebida en la intimidad personal o familiar tiene un valor probatorio innegable. La eficacia probatoria de la filmación videográfica está subordinada a la visualización en el acto del juicio oral, para que tengan realidad los principios procesales de contradicción, igualdad, inmediación y publicidad.**

**La doctrina jurisprudencial de esta Sala (sentencias de 6 de mayo de 1993 , 7 de febrero , 6 de abril y 21 de mayo de 1994 , 18 de diciembre de 1995 , 27 de febrero de 1996 , 5 de mayo de 1997 , 968/1998 de 17 de julio , 188/1999 , de 15 de febrero , 1207/1999, de 23 de julio , 387/2001, de 13 de marzo , 27 de septiembre de 2002 , y 180/2012 de 14 de marzo, entre otras muchas) ha considerado legítima y no vulneradora de derechos fundamentales la filmación de escenas presuntamente delictivas que suceden en espacios o vías públicas, estimando que la captación de imágenes de actividades que pueden ser constitutivas de acciones delictivas se encuentra autorizada por la ley en el curso de una investigación criminal, siempre que se limiten a la grabación de lo que ocurre en espacios públicos fuera del recinto inviolable del domicilio o de lugares específicos donde tiene lugar el ejercicio de la intimidad.**

**No es este el caso de autos, pues, como precisa la STS de 1-6-2012, nº 433/2012 , el material fotográfico y vídeo gráfico obtenido en el ámbito público y sin intromisión indebida en la intimidad personal o familiar tiene un valor probatorio innegable.**

**De ahí que igualmente la STS 828/1999, de 19 de mayo , recuerda que la doctrina del Tribunal Constitucional (véase STC de 16 de noviembre de 1.992) y de esta Sala Segunda ( S.S. de 21 de mayo de 1.994 , 18 de diciembre de 1.995 , 27 de febrero de 1.996 , 5 de mayo de 1.997 y 17 de julio de 1.998 , entre otras) ha admitido las grabaciones videográficas como prueba de cargo apta para desvirtuar la presunción de inocencia en cuanto medio técnico que recogen las imágenes de la participación del acusado en el hecho ilícito enjuiciado. Esa validez, no obstante, está subordinada imprescindiblemente a la necesidad de que la filmación no suponga una invasión de los derechos fundamentales a la intimidad de la persona, razón por la cual será precisa autorización judicial cuando la grabación se lleva a cabo en domicilios o lugares protegidos por el art. 18 C.E . Pero si se trata de la grabación de imágenes en lugares públicos, aún de acceso restringido, no se requiere autorización judicial.**



*La misma doctrina jurisprudencial citada viene a destacar que, supuesta la legitimidad de la filmación, se hace rigurosamente necesario activar las medidas de control judicial oportunas para evitar alteraciones, trucajes o montajes fraudulentos o simples confusiones, es decir, para garantizar la autenticidad del material videográfico, lo que, a su vez, requiere la inmediata entrega a la autoridad judicial del original de la grabación. Por último, cuando la película haya sido filmada por una persona, será precisa la comparecencia en el juicio oral del operador que obtuvo las imágenes en tanto que el cámara tuvo una percepción directa de los hechos en el mismo momento en que ocurrían, y sus manifestaciones en el plenario deben ser sometidas a la exigible contradicción procesal. Este último requisito no será exigible, naturalmente, en el caso de que la cinta videográfica no haya sido filmada por una persona, sino por las cámaras de seguridad de las entidades que, por prescripción legal, o por iniciativa propia, disponen de esos medios técnicos que graban de manera automática las incidencias que suceden en su campo de acción. En tal caso es necesario extremar el rigor de las medidas de control de la filmación así obtenida, en tanto que en este supuesto, la prueba vendrá constituida exclusivamente por las imágenes que contenga la película, sin posibilidad de ser complementadas y confirmadas por la declaración personal del inexistente operador. Por esta misma razón "la eficacia probatoria de la filmación videográfica está subordinada a la visualización en el acto del juicio oral, para que tengan realidad los principios procesales de contradicción, igualdad, inmediación y publicidad" ( STS de 17 de julio de 1.998 ), exigiendo la doctrina jurisprudencial que el material videográfico haya sido visionado en el plenario con todas las garantías procesales.*

*Se establecen, por tanto, una serie de exigencias, para evitar la manipulación y asegurar la autenticidad del material probatorio, de las que la entrega pronta a la autoridad judicial no es más que uno de los procedimientos recomendados al efecto, junto con los demás que se enumeran. Por ello no cabe sobrevalorar la referencia a la entrega inmediata al Juez.*

*Así, en la sentencia de esta Sala de 12-1-2011, nº 1154/2010 , se señala que, aunque es preferible que las grabaciones videográficas sean puestas cuanto antes a disposición de la autoridad judicial, el transcurso del tiempo no es un elemento que prive de valor de forma absoluta a tales grabaciones. La razón de la celeridad en la aportación se explica, cuando el autor de las grabaciones es la policía, por la obligación que le cumple de informar al juez, en los términos marcados por la Ley, de la integridad de los resultados de su investigación preliminar. De otro lado, y aunque es claro que las grabaciones realizadas por terceros solo se aportarán tras conocer su existencia y reclamarlas, después de valorar su posible trascendencia respecto de los hechos investigados, la inmediata aportación se encamina a disminuir las posibilidades de manipulación del material, de manera que el retraso en la entrega pudiera conducir a hacer recomendable una mayor verificación de su autenticidad mediante su confrontación con otras pruebas y, en su caso, de ser así solicitado o de oficio en caso de que existan dudas razonables por parte del Juez instructor, mediante los exámenes técnicos que permitan garantizar la ausencia de alteraciones significativas."*

*La parte recurrente sostiene que no se ha verificado la autenticidad de la grabación de audio; sin embargo debe sostenerse que la juez de instancia, tras la valoración de la prueba practicada a su presencia, entre ellos la audición de las grabaciones y el visionado de las imágenes que se realiza en el acto del juicio oral, así dichas pruebas fueron sometidas a contradicción de las partes, llega a la conclusión de que la prueba para acreditar que la voz grabada pertenece al acusado es una prueba innecesaria a la vista de su total coincidencia y ratificación con la declaración testifical del señor Daniel Severino .*

*Al hilo de lo anterior debemos hacer referencia a la reciente sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia de 13 Mar. 2013 (LA LEY 33130/2013) , rec. 1298/2012 que indica entre otras:*

*" Con eso se trata de encontrar un elemento diferencial frente a los casos no infrecuentes contemplados en una consolidada jurisprudencia cuyo hito inicial hay que situar en la conocida STC 114/1984, de 29 de noviembre (LA LEY 9401-JF/0000) (LA LEY 9401-JF/0000) , resolución emblemática por cuanto de ella emanó todo el discurso y desarrollo de la teoría de la prueba ilícita en nuestro ordenamiento. La doctrina de esa sentencia solo legitimaría en el entendimiento del recurrente el uso de la grabación subrepticia de una conversación efectuada por uno de los interlocutores. La intromisión de un tercero ajeno supondría una vulneración del art. 18 CE (LA LEY 2500/1978) (LA LEY 2500/1978) .*

*No es así. La utilizabilidad de ese medio de prueba no queda supeditada a la conformidad de la grabación de todos los partícipes o contertulios; ni a la ausencia de toda connotación subrepticia o de engaño u ocultación por parte de quien dispone lo necesario para la fijación en un soporte de la conversación. Es suficiente que uno de los comunicantes o interlocutores preste su consentimiento para la intervención y grabación por un tercero para que resulte inoperante la cláusula de exclusión del artículo 11 LOPJ (LA LEY 1694/1985) . Es un elemento probatorio valorable. Sólo la escucha o grabación por un tercero sin autorización de ninguno de los comunicantes ni de la autoridad judicial convierte en inutilizable ese medio probatorio. Esas conclusiones son las que cabalmente se derivan de la lectura tanto de la citada STC 114/1984, de 29 de noviembre (LA LEY*



9401-JF/0000) , como de la más cercana en el tiempo STC 56/2003, de 24 de marzo (LA LEY 1686/2003) , invocadas ambas en la muy bien construida sentencia de la Audiencia.

(...)

Sea cual sea el ámbito objetivo del concepto de «comunicación», la norma constitucional se dirige inequívocamente a garantizar su impenetrabilidad por terceros (públicos o privados: el derecho posee eficacia erga omnes) ajenos a la comunicación misma. La presencia de un elemento ajeno a aquéllos entre los que media el proceso de comunicación, es indispensable para configurar el ilícito constitucional aquí perfilado.

No hay «secreto» para aquél a quien la comunicación se dirige, ni implica contravención de lo dispuesto en el art. 18.3 de la Constitución (LA LEY 2500/1978) (LA LEY 2500/1978) la retención, por cualquier medio, del contenido del mensaje. Dicha retención (la grabación, en el presente caso) podrá ser, en muchos casos, el presupuesto fáctico para la comunicación a terceros, pero ni aun considerando el problema desde este punto de vista puede apreciarse la conducta del interlocutor como preparatoria del ilícito constitucional, que es el quebrantamiento del secreto de las comunicaciones. Ocurre, en efecto, que el concepto de «secreto» en el art. 18.3 tiene un carácter «formal», en el sentido de que se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado. Esta condición formal del secreto de las comunicaciones (la presunción iuris et de iure de que lo comunicado es «secreto», en un sentido sustancial) ilumina sobre la identidad del sujeto genérico sobre el que pesa el deber impuesto por la norma constitucional. Y es que tal imposición absoluta e indiferenciada del «secreto» no puede valer, siempre y en todo caso, para los comunicantes, de modo que pudieran considerarse actos previos a su contravención (previos al quebrantamiento de dicho secreto) los encaminados a la retención del mensaje. Sobre los comunicantes no pesa tal deber, sino, en todo caso, y ya en virtud de norma distinta a la recogida en el art. 18.3 de la Constitución (LA LEY 2500/1978) (LA LEY 2500/1978), un posible «deber de reserva» que -de existir- tendría un contenido estrictamente material, en razón del cual fuese el contenido mismo de lo comunicado (un deber que derivaría, así del derecho a la intimidad reconocido en el art. 18.1 de la Norma fundamental).(...)

La grabación en sí -al margen su empleo ulterior- sólo podría constituir un ilícito sobre la base del reconocimiento de un hipotético «derecho a la voz» que no cabe identificar en nuestro ordenamiento, por más que sí pueda existir en algún Derecho extranjero. Tal protección de la propia voz existe sólo, en el Derecho español, como concreción del derecho a la intimidad y, por ello mismo, sólo en la medida en que la voz ajena sea utilizada ad extra y no meramente registrada, y aun en este caso cuando dicha utilización lo sea con determinada finalidad ( art. 7.6 de la citada Ley Orgánica 1/1982 (LA LEY 1139/1982) (LA LEY 1139/1982): «utilización de la voz de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga).

La referida doctrina, lógicamente, ha sido asumida por esta Sala Segunda en un nutrido grupo de sentencias de las que también se hace eco el Tribunal a quo. Relevante botón de muestra son las SSTS 2008/2006 (LA LEY 305023/2006) (LA LEY 305023/2006), de 2 de febrero ó 682/2011 de 24 de junio (LA LEY 111602/2011) (LA LEY 111602/2011) :

"Se alega que la grabación de la conversación mantenida entre víctima y acusado ha sido obtenida con vulneración de derechos fundamentales dado que uno de los interlocutores desconocía que estaba siendo grabada, por lo que no tuvo opción de impedir dicha grabación, proteger su intimidad y hacer valer su derecho al secreto de las comunicaciones. (...)

La jurisprudencia ha señalado que la grabación que un particular haga de sus propias conversaciones, telefónicas o de otra índole, no suponen el atentado al secreto de las comunicaciones ( STS 20-2-2006 ; STS 28-10-2009, nº 1051/2009 ). E igualmente ha precisado la STS 25-5-2004, nº 684/2004 que las cintas grabadas no infringen ningún derecho, en particular el art. 18-3 C.E ., debiendo distinguir entre grabar una conversación de otros y grabar una conversación con otros. Pues no constituye violación de ningún secreto la grabación de un mensaje emitido por otro cuando uno de los comunicantes quiere que se perpetúe.

Además, -como recuerda la STS de 11-3-2003 nº 2190/2002 -, la STS de 1-3-96 , ya entendió que no ataca el derecho a la intimidad, ni al secreto a las comunicaciones, la grabación subrepticia de una conversación entre cuatro personas, realizada por una de ellas. Y la STS 2/98 (LA LEY 7880/1998) (LA LEY 7880/1998) de 29 de julio , dictada en la causa especial 2530/95, consideró que tampoco vulneran tales derechos fundamentales las grabaciones magnetofónicas realizadas por particulares de conversaciones telefónicas mantenidas con terceras personas, ya que el secreto de las comunicaciones se refiere esencialmente a la protección de los ciudadanos frente al Estado.

Finalmente, cabe traer a cuenta que la STS 9-11-2001, nº 2081/2001 , precisa que, de acuerdo con la doctrina sentada por esta Sala en Sentencias como la de 30-5-1995 y 1-6-2001 , el secreto de las comunicaciones



*se vulnera cuando un tercero no autorizado interfiere y llega a conocer el contenido de las que mantienen otras personas, no cuando uno de los comunicantes se limita a perpetuar, mediante grabación mecánica, el mensaje emitido por el otro. Aunque esta perpetuación se haya hecho de forma subrepticia y no autorizada por el emisor del mensaje y aunque éste haya sido producido en la creencia de que el receptor oculta su verdadera finalidad, no puede ser considerado el mensaje secreto e inconstitucionalmente interferido: no es secreto porque ha sido publicado por quien lo emite y no ha sido interferido, en contra de la garantía establecida en el art. 18.3 CE (LA LEY 2500/1978) (LA LEY 2500/1978)1978/3879, porque lo ha recibido la persona a la que materialmente ha sido dirigido y no por un tercero que se haya interpuesto. Cosa completamente distinta es que el mensaje sea luego utilizado por el receptor de una forma no prevista ni querida por el emisor, pero esto no convierte en secreto lo que en su origen no lo fue. Es por ello por lo que no puede decirse que, con la grabación subrepticia de la conversación de referencia se vulneró el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones y que tal infracción deba determinar imposibilidad de valorar las pruebas que de la grabación se deriven."*

En cuanto a la falta de acreditación de la autenticidad de las grabaciones, esta sentencia del Tribunal Supremo del año 2013 reflejada con anterioridad indica en su fundamentación jurídica: *"Se alega asimismo que las grabaciones han sido "filtradas" y por tanto no consta su autenticidad. Son particulares -una agencia de detectives privados- los que las hicieron y prepararon para entregarlas después a los agentes de la autoridad. Eso ya es un tema distinto: es una cuestión de fiabilidad y no de licitud. Que un testigo pueda mentir no significa que haya de desecharse por principio la prueba testifical; que un documento pueda ser alterado, tampoco descalifica a priori ese medio probatorio. Por iguales razones, que una grabación pueda ser objeto de manipulación no empece a que pueda ser aportada como prueba y pueda ser valorada. Corresponde al Tribunal determinar si esa posibilidad debe descartarse in casu y le merece fiabilidad, o no. En el supuesto ahora examinado no hay el más mínimo indicio de que se haya tergiversado la grabación, o se hayan efectuado supresiones que traicionen el sentido de la conversación mediante su descontextualización o amputación de fragmentos que cambiarían su entendimiento. Entraba dentro de las facultades de la defensa solicitar una prueba pericial sobre tal punto. Lo que se llega a deducir de la prueba practicada no es que se hayan suprimido zonas de la grabación, sino que se han filtrado los preliminares irrelevantes, y se han mantenido íntegra la conversación, en la que no hay vestigios de interrupciones que hagan pensar en una selección interesada de pasajes como sugiere el recurrente, para menoscabar bien la integridad, bien la autenticidad de la grabación. Por lo demás, al margen de la grabación, el contundente cuadro probatorio existente es tan concluyente que hace a aquélla perfectamente prescindible."*

Aplicando la tesis jurisprudencial expuesta en esta resolución resulta que no se puede considerar que la grabación sea realizada por un tercero, sino que es realizada con el consentimiento de uno de los implicados en el supuesto de hecho concreto, en este caso, el denunciante, en la vía pública, por lo que se considera que no existe ilegitimidad de la prueba aportada en cuanto que no vulnera derecho fundamental alguno del mismo.

Cuestión distinta es la relativa a la no aportación del soporte original.

En efecto, a preguntas de la defensa el denunciante afirma y reconoce que no aportó el soporte original, la cámara de video, y, a la vista del atestado original, la denuncia inicial tiene lugar en fecha 9 de diciembre de 2016, y, finalmente, la copia de la videograbación se aporta a la Policía Nacional en fecha 14 de diciembre de 2016, cinco días después del hecho, sin perjuicio de lo cual, tampoco se ha interesado la realización de ningún tipo de prueba relativa a una supuesta manipulación del video. No obstante, si se considerase oportuno y en función de las circunstancias concurrentes se podría interesar en su caso, incluso por el Ministerio Fiscal, la correspondiente denuncia o querrela por estafa procesal, pero, insistimos, a la vista de la prueba articulada, con plenas posibilidades de contradicción, no se ha interesado prueba alguna al respecto.

Es en este sentido, precisamente que pudieran surgir dudas, no tanto en cuanto al hecho mismo de la bofetada, que indudablemente existió, por haberse reconocido así por el propio denunciado sino en cuanto al número de veces en que se profiere la expresión **cara ancha**, manifestando el denunciado que fueron dos, el denunciante que solo una y sin que se hubiera formulado pregunta alguna al respecto al testigo, Herminio Bernabe que operaba la cámara

Así, debe tenerse en cuenta que tras el detenido visionado del video aportado, se descubre, en el segundo 38-39 de la grabación aportada, un fundido completo en azul, que no parece corresponderse con ningún tipo de circunstancia real, dado que no se percibe ningún tipo de movimiento en el mismo, sin perjuicio del movimiento inmediatamente anterior y posterior del paso de algún vehículo, lo que pone en tela de juicio la posible manipulación o edición del video, si bien no puede afirmarse la existencia de dicha manipulación con contundencia, lo cual podría llevar a iniciar incluso acciones penales por posible falsedad documental y estafa procesal.



Sin embargo, ello lleva a la necesidad de no poder fundamentar la argumentación de la sentencia solamente en la videograbación aportada, cuestionando su fiabilidad, sino en el conjunto de la prueba practicada.

En este sentido debe analizarse el conjunto de la situación en su contexto más amplio.

Así, el denunciante es una persona que se dedica profesionalmente, según sus propias manifestaciones, a la realización de bromas o burlas para grabarlas en video y posteriormente alojarlos en un canal de YouTube, de tal forma que la visualización de esos videos por parte de sus espectadores o seguidores le genera un beneficio económico, que, en última instancia se ha materializado, en este caso concreto, en la venta de dicho canal, pero que mensualmente le genera unos ingresos, tal y como resulta del video aportado por la acusación en que el denunciante, que se encuentra hablando con otra persona, expresa la dinámica de su trabajo, manifestando que realiza sus bromas, edita el video, lo sube a Internet a y final de mes, percibe un beneficio. (Este video, dicho sea de paso, responde a la misma naturaleza y circunstancias que se impugnan por la defensa, video grabado por una tercera persona, pero es invocado como prueba por la defensa, en evidente contradicción para lo que defendía en relación al video aportado por la acusación). Igualmente, en el acto del juicio, minuto 7 de la grabación de la vista y a pregunta de las defensa sobre la finalidad de estos videos y de esta actividad, manifiesta expresamente que *siempre lo he hecho para entretenerme y entretener a mis suscriptores, luego si recibía una compensación económica pues mucho mejor*. Y reconoce desde el principio de la vista que *hace lo que le piden sus suscriptores*.

Difícilmente se puede considerar como entretenimiento el provocar a la gente que pasea, camina o trabaja por la calle con expresiones que, como mínimo, faltan al respeto de esas personas y que abiertamente son calificadas por el Ministerio Fiscal en sede de informe en el presente caso como *insultos*, e incluso por el testigo Herminio Bernabe, quien inicialmente, y de forma curiosa, lo califica de *piropo*, y que al parecer serán objeto de determinación en el procedimiento correspondiente, si finalmente se llega a interponer la anunciada querrela.

Pero, en cualquier caso, el ánimo de entretenimiento, propio y ajeno, que en el ordenamiento jurídico español podría relacionarse con un instituto de honda raigambre, como es el *animus iocandi*, cede en el presente caso por algo más prosaico, como es el ánimo de lucro, a través de las bromas o burlas a terceros.

En el ejercicio de esa actividad, que se considera *profesión*, el denunciante realiza una serie de videos, algunos de los cuales han sido reproducidos a presencia judicial, en los que se vierten expresiones tales como *bocachancla, soplanucas, espagueti, caramelitas, escupemierdas, pringao, merluzo, pipiolo, cabeza almendra, caramierda, papanatas, cabrita, cara merluza, pichacorta, pelo estropajo, cabeza esponja o cara chopped*, a diferentes personas de uno y otro sexo.

Así, a este respecto, debe tenerse en consideración que la credibilidad del denunciante es más que cuestionable. En efecto, ni siquiera el relato de los hechos contenido en la denuncia se corresponde exactamente con la realidad de los hechos, si bien, en contra de lo postulado por la acusación, no parece existir méritos suficientes para deducir un testimonio por denuncia falsa, toda vez que el hecho esencial, la agresión, existe, y es en el acto del plenario donde deben ventilarse y establecerse las circunstancias concurrentes concretas, sin que la imprecisión en la descripción inicial sea suficiente para fundamentar un supuesto de denuncia falsa. También por la circunstancia de que, por ejemplo, basa su pretendida profesión en el hecho de provocar a los demás, lo cual, por definición, implica una pose, una falsedad o engaño. El propio denunciante califica de *profesión* la realización de bromas, lo cual se define en el Diccionario de la Real Academia Española como *chanza burla, persona, cosa o situación pesada y molesta*, y define la burla como *acción, ademán o palabras con que se procura poner en ridículo a alguien o algo*, y también como *engaño*.

Igualmente, preguntado por la defensa sobre diversas manifestaciones vertidas en relación a estos hechos, en concreto en relación a un mensaje a través de Twitter al que trató de restar importancia, señalando que se trataba de frases graciosas o tomadas de otras cuentas de Twitter, es decir, no reconociendo que se correspondiera con una voluntad o sentimiento real por su parte, cuando se venía a reconocer en dicho mensaje que *"Últimamente estoy al borde de que me metan un buen quantazo, me merezco unos cuantos ya...xd"*.

O cuando se le pregunta si en alguna ocasión manifestó que la posibilidad de recibir una bofetada eran *gajes del oficio*, señaló no recordarlo, cuando dicha manifestación forma parte de uno de sus propios videos.

Se quiere significar con ello que, en este marco en que se consigue un lucro por el hecho de grabar unos videos en que se provoca a la gente para conseguir una reacción, explotando a un pretendido personaje cómico, lo cual, si bien de por sí no tendría por qué afectar a la credibilidad de la persona, en este caso concreto sí que lo hace, a la vista de las contradicciones que se encuentran en sus declaraciones en relación a los hechos concretos y a que se ha hecho referencia.

Entre estas contradicciones cabe señalar, por ejemplo, que señala en el relato de los hechos realizado a presencia judicial, que se trató de disculpar diciéndole que era algo para un canal de YouTube, cuando de la





propia grabación que aporta resulta que le dijo que era para un estudio de la Universidad, de sociología, de donde se desprende que el ánimo de disculpa, diciendo algo que no era verdad, ha de ser cuestionado. O tomando en consideración el contenido del video 1 que se aporta por la defensa, en el cual el denunciante manifiesta que ya tiene el parte de lesiones y la denuncia, dice que tuvo que salir corriendo, cuando no se aprecia en el video aportado nada al respecto, y ni siquiera ratifica esta afirmación a presencia judicial y el testigo aportado tampoco, no preguntándosele siquiera al respecto, siendo una cuestión que pudiera ser relevante. El testigo en cuestión, se limita a señalar que, en ocasiones que se producen situaciones de tensión, *lo mejor es huir*, pero no se afirma expresamente que en este caso se diera esta situación de ser perseguidos.

A su vez, como se ha apuntado el denunciado señala que se le dijo en dos ocasiones la palabra en cuestión, (minuto 12.50 de la grabación del acto de la vista), utilizando el denunciado de forma espontánea la expresión *para mí que me lo dijo dos*, en expresión de duda y de propia sinceridad que sí resulta creíble, reconociendo igualmente el estado de alteración en que se encontraba que además se lo dijo *de espaldas y riéndose*, lo cual es compatible con las imágenes que se aprecian en el video, si bien en esta parte, solo se observa al denunciante de espaldas, no viéndose su **cara**.

El propio Ministerio Fiscal, en fase de informe y conclusiones considera acreditado que la expresión fue proferida en dos ocasiones.

A la vista de los videos aportados, resulta además la dinámica habitual y reiterada no era de la detenerse en la mención de las palabras que fueren en una sola ocasión, sino la insistencia y reiteración en el hecho.

De este conjunto de circunstancias, se desprende, en definitiva, la desestimación de la impugnación de la prueba de videograbación realizada por la defensa del denunciado, en relación con la interpretación del valor probatorio de la misma, aspectos éstos que aparecía inescindibles.

#### **CUARTO.- Sobre el principio de intervención mínima del Derecho Penal.**

La defensa argumenta que, en virtud de este principio, los hechos, como mucho, podrían ser constitutivos de unas vejaciones injustas, actualmente despenalizadas, tras la reforma llevada a cabo en el Código Penal, a través de la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2015.

El principio invocado es objeto de tratamiento por el Tribunal Supremo, por ejemplo en sentencia de 16 de septiembre de 2016 en la que se alude a la naturaleza de dicho principio, y que establece:

**Y en cuanto a la alusión que se contiene en el motivo al principio de intervención mínima que rige el derecho penal, debemos recordar la distinción entre dolo civil y de lo penal. En SSTs. 802/2007 de 16 noviembre, y 434/2014 de 3 junio (LA LEY 72359/2014) se indicaba, "la línea divisoria entre el dolo penal y el dolo civil en los delitos contra el patrimonio, se sitúa la tipicidad, de modo que únicamente si la conducta del agente se incardina en el precepto penal tipificado del delito de estafa o apropiación indebida es punible la acción, no suponiendo ello criminalizar todo incumplimiento contractual, porque el ordenamiento jurídico establece remedios para restablecer el imperio del Derecho cuando es conculcado por vicios puramente civiles..." En definitiva la tipicidad es la verdadera enseña y divisa de la antijuricidad penal, quedando extramuros de ella el resto de las ilicitudes para las que la "sanción" existe pero no es penal. Solo así se salvaguarda la función del derecho penal, como última ratio y los principios de legalidad y de mínima intervención que lo inspira.**

**El primero se dirige en especial a los Jueces y Tribunales. Solo los comportamientos que son susceptibles de integrarse en un precepto penal concreto pueden considerarse infracción de esta naturaleza sin que sea dable incorporar a la tarea exegética ni la interpretación extensiva ni menos aún la analogía en la búsqueda del sentido y alcance de una norma penal. Ello significa que la limitación que la aplicación de este principio supone imponer la exclusión de aquellas conductas que no se encuentran plenamente enmarcadas dentro de un tipo penal o lo que es igual, pretendiendo criminalizar conductas previamente a su definición dentro del orden jurisdiccional competente, para delimitar dentro de él las conductas incardinadas dentro de esta jurisdicción y establecer la naturaleza de la responsabilidad para, llegado el caso, trasladarlas a este orden jurisdiccional limitativo y restrictivo por la propia naturaleza punitiva y coercitiva que lo preside.**

**El segundo supone que la sanción penal no debe actuar cuando existe la posibilidad de utilizar otros medios o instrumentos jurídicos no penales para restablecer el orden jurídico. En este sentido se manifiesta por la STS. 13.10.98, que se ha dicho reiteradamente por la jurisprudencia y la doctrina, hasta el punto de convertir en dogma que la apelación al derecho penal como instrumento para resolver los conflictos, es la última razón a la que debe acudir el legislador que tiene que actuar, en todo momento, inspirado en el principio de intervención mínima de los instrumentos punitivos. Principio de intervención mínima que forma parte del principio de proporcionalidad o de prohibición del exceso, cuya exigencia descansa en el doble carácter que ofrece el derecho penal:**



a) Al ser un derecho fragmentario en cuanto no se protege todos los bienes jurídicos, sino solo aquellos que son más importantes para la convivencia social, limitándose, además, esta tutela a aquellas conductas que atacan de manera más intensa a aquellos bienes.

b) Al ser un derecho subsidiario que como ultima ratio, la de operar únicamente cuando el orden jurídico no puede ser preservado y restaurado eficazmente mediante otras soluciones menos drásticas que la sanción penal.

Ahora bien, reducir la intervención del derecho penal, como ultima "ratio", al mínimo indispensable para el control social, es un postulado razonable de política criminal que debe ser tenido en cuenta primordialmente por el legislador, pero que en la praxis judicial, aun pudiendo servir de orientación, tropieza sin remedio con las exigencias del principio de legalidad por cuanto no es al juez sino al legislador a quien incumbe decidir, mediante la fijación de los tipos y las penas, cuáles deben ser los límites de la intervención del derecho penal.

Por otra parte, el principio de intervención mínima sólo se entiende cabalmente si se le integra en un contexto de cambio social en el que se produce una tendencia a la descriminalización de ciertos actos - los llamados "delitos bagatelas" o las conductas que han dejado de recibir un significativo reproche social- pero también una tendencia de sentido contrario que criminaliza atentados contra bienes jurídicos que la mutación acaecida en el plano axiológico convierte en especialmente valiosos.

Por tanto, el principio de intervención mínima es un criterio dirigido al legislador, en función de criterios de política criminal, pero no tanto a los Tribunales de Justicia, habida cuenta que la actuación de éstos ha de regirse por criterios de estricta legalidad, de donde se desprende que el principio invocado no puede alzarse como un criterio interpretativo: los hechos son lo que se consideran probados y, en virtud de ello debe decidirse su subsunción en uno u otro tipo, pero no se puede graduar su importancia o calificación en función de que se considere que tengan mayor o menor interés o trascendencia.

Desde este punto de vista, la existencia de la bofetada y la producción de unas lesiones, las descritas en el parte de lesiones y en el informe médico forense y que han sido declaradas probadas, permite la subsunción del hecho en el tipo atenuado de las lesiones del art. 147.2 del Código Penal, en cuanto que el hecho produce un menoscabo de la integridad física y salud del agredido, mientras que las vejaciones injustas suponen solamente un ataque a la dignidad de la persona, sin que conlleve ese plus de menoscabo físico que sí que se da en el presente caso.

Es por ello que procede la desestimación de esta pretensión de la defensa.

#### **QUINTO.- Sobre la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal de la legítima defensa.**

Se invoca por la defensa del denunciado la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal consistente en la legítima defensa, bien como eximente completa o incompleta, de conformidad con el art. 20.4, o incluso por vía de atenuante analógica de conformidad con el art. 21.1, todos ellos del Código Penal.

Se basaría esta afirmación en la circunstancia de que el denunciado habría propinado la bofetada al denunciante ante el temor de ser objeto de un robo de las mercancías que portaba.

La sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2007 resume el criterio jurisprudencial sobre la circunstancia invocada, afirmando:

**En efecto debemos recordar, siguiendo la doctrina sentada en las SSTs. 1262/2006 de 28.12 y 544/2007 de 21.6, que esta eximente, como causa excluyente de la antijuricidad o causa de justificación, está fundada en la necesidad de autoprotección, regida como tal por el principio del interés preponderante, sin que sea óbice al carácter objetivo propio a toda causa de justificación la existencia de un "ánimus defendendi" que, como ya dijo la STS. 2.10.81, no es incompatible con el propósito de matar o lesionar al injusto agresor ("animus necandi o laedendi"), desde el momento que el primero se contenta con la intelección o conciencia de que se está obrando en legítima defensa, en tanto que el segundo lleva además ínsito el ánimo o voluntad de matar o lesionar necesario para alcanzar el propuesto fin defensivo. El agente debe obrar en "estado" o "situación defensiva", vale decir en "estado de necesidad defensiva", necesidad que es cualidad esencial e imprescindible, de suerte que si del lado de la agresión ilegítima ésta debe existir en todo caso, para que se postule la eximente completa o imperfecta, del lado de la reacción defensiva ésta debe ser también y siempre necesaria para que pueda afirmarse la eximente en cualquiera de sus grados. Por ello, tal como destaca la STS. 1760/2000 de 16.11, esta eximente se asienta en dos soportes principales que son, según la doctrina y la jurisprudencia, una agresión ilegítima y la necesidad de defenderse por parte de quien sufre aquella. Por agresión debe entenderse toda creación de un riesgo inminentemente para los bienes jurídicos legítimamente defendibles, creación de riesgo que la doctrina de esta Sala viene asociando por regla general**



a la existencia de un acto físico o de fuerza o acometimiento material ofensivo. Sin embargo, tal tesis no es del todo completa cuando se ha reconocido también que el acometimiento es sinónimo de agresión, y ésta debe entenderse no sólo cuando se ha realizado un acto de fuerza, sino también cuando se percibe una actitud de inminente ataque o de la que resulte evidente el propósito agresivo inmediato, como pueden ser las actitudes amenazadoras si las circunstancias del hecho que las acompañan son tales que permitan temer un peligro real de acometimiento, de forma que la agresión no se identifica siempre y necesariamente con un acto físico sino también puede prevenir del peligro, riesgo o amenaza, a condición de que todo ello sea inminente. Por tanto constituye agresión ilegítima toda actitud de la que pueda racionalmente deducirse que pueda crear un riesgo inminente para los bienes jurídicos defendibles y que haga precisa una reacción adecuada que mantenga la integridad de dichos bienes, sin que por tanto, constituyan dicho elemento las expresiones insultantes o injuriosas por graves que fuesen, ni las actitudes meramente amenazadoras sino existen circunstancias que hagan adquirir al amenazado la convicción de un peligro real o inminente ( STS. 12.7.94 ), exigiéndose "un peligro real y objetivo y con potencia de dañar" ( STS. 6.10.93 ), de modo que no la constituye "el simple pedir explicaciones o implicar verbalmente a otra persona ( STS. 23.3.90 ), ni el "hecho de llevar las manos en los bolsillos, profiriendo insultos" ( STS. 26.5.89 ). Y respecto a las situaciones de riña, la jurisprudencia, de forma constante viene declarando que en la situación de riña mutuamente aceptada no cabe apreciar para los contendientes las circunstancias de legítima defensa, al no caber en nuestro derecho la pretendida "legítima defensa recíproca" y ello en razón a constituirse aquellas en recíprocos agresores, en mutuos atacantes, no detectándose un "animus" exclusivamente defensivo, sino un predominante y compartido propósito agresivo de cada cual hacia su antagonista, invalidándose la idea de agresión injusta ante el aceptado reto o desafío entre los contrincantes, que de las palabras pasan a los hechos, generándose consecuencias lesivas, no como actuación exclusivamente paralizante o neutralizadora del acometimiento injusto o inesperado del adversario, sino como incidentes desprovistos de la estructura causal y racional que justifica la reacción de fuerza del acometido sin motivo, entendiéndose por riña o reyerta una situación conflictiva surgida entre unas personas que, enzarzándose en cualquier discusión verbal, al subir de grado la misma, desembocan, tras las palabras insolentes, afrentosas u ofensivas en las peligrosas vías de hecho, aceptándose expresa o tácitamente la procedencia o reto conducente al doble y recíproco ataque de obra. En estos casos se ha excluido la posibilidad de apreciar la legítima defensa ( SSTs. 29.1.2001, y 214/2001 de 16.2 ), siendo indiferente la prioridad en la agresión ( SSTs. 31.10.88 , y 14.9.91 ), si bien se ha precisado que ello no exonera a los Jueces a averiguar " la génesis de la agresión y determinar, si es posible, quien o quienes la iniciaron, de tal manera que con ello se evite que pueda aparecer como uno de los componentes de la riña, quien no fue otra cosa que un agredido que se limitó a repeler la agresión" ( SSTs. °1265/93 de 22.5 , 312/2001 de 1.3 , 399/2003 de 13.3 ). Y a tal supuesto en que se admite la legítima defensa, se añade el caso en que la acción de uno sobrepasa los límites de la aceptación expresa o tácita, en cuanto a modos o medios "haciendo acto de presencia ataques descomedidos o armas peligrosas, con las que no se contaba" ( STS. 1253/2003 de 13.3 ), a tal supuesto, en que se admite la legítima defensa, se añade el caso en que la acción de uno sobrepasa los límites de la aceptación expresa o tácita, en cuanto a modos o medios "haciendo acto de presencia ataques descomedidos o armas peligrosas, con las que no contaba" ( STS. 1253/2005 de 26.10 ), produciéndose un cambio cualitativo en la situación de los contendientes ( SSTs. 521/95 de 5.4 , 20.9.91 ).

A la vista de los elementos que configuran la circunstancia, debe señalarse que el solo hecho de las expresiones proferidas por el denunciante, no podría dar lugar a la apreciación de la misma, habida cuenta que un mero episodio verbal, no puede, por sí solo, convertirse en una agresión física.

Ahora bien, la agresión ilegítima, no se equipara necesariamente con agresión o acometimiento físico.

En el presente caso, de la prueba practicada resulta que hay una persona, que, en principio, se dirige al denunciado de forma educada, para, inmediatamente girar hacia una actitud de desconsideración mediante al expresión, de todo punto injustificada, de la expresión *cara anchoa* . Ante ello surge la inmediata reacción defensiva del denunciado, reacción defensiva de puesta en guardia, que en principio, se materializa en una advertencia de carácter físico, incluso, acercándose al denunciante, pidiendo explicaciones sobre dicha actitud. Ante ello, el denunciante, inmediatamente, afirma que se trata de una broma con cámara oculta, de una cosa que están haciendo para un trabajo de la universidad, de sociología, preguntándole el denunciado, de forma insistente y reiterada sobre dónde estaba la cámara. En ningún momento se le reconoce que sea para un canal de YouTube, ni tampoco se le enseña la cámara, la cual se encuentra sustancialmente lejos, según declaró el testigo a unos 50 metros del lugar de los hechos, de donde cabe inferir que es más que discutible la explicación dada por el denunciante en el sentido de que, al verlo tan alterado temió por la posibilidad de que se pudiera dirigir hacia la cámara para romperla o golpear a la persona que la estaba operando, máxime cuando se trataba de plena tarde, en pleno centro de Alicante, lo cual implica la presencia de un buen número de personas, al menos en la parte en que se encontraría el cámara, con posibilidades evidentes, por tanto, de eludir una posible agresión.



Por el contrario, el estado de alteración del denunciado aparece con evidencia de las imágenes de la propia videograbación, así como del reconocimiento por parte de todos los implicados, incluso del propio denunciado.

Así el denunciante señala que lo vio alterado y trató de tranquilizarlo, y en el mismo sentido se pronuncia el testigo, afirmando que el denunciante trató de tranquilizar al denunciado, aunque difícilmente se pueda considerar que se quiere tranquilizar a una persona diciéndole que hay una cámara oculta y no señalándole donde se encuentra. Por su parte, el denunciado afirma que ante la situación que se estaba dando, pensó que le iban a robar.

Por tanto, estamos en presencia de un supuesto en que un repartidor de mercancías, que se está dedicando a su función de repartir las mercancías que le han sido confiadas, trabajando, un viernes por la tarde, se encuentra con que una persona, de forma inopinada, y absolutamente injustificada, le aborda y le llama **cara anchoa**, y cuando le pide explicaciones se encuentra con que, según su propia declaración, le cuenta algo de la Universidad, que ni siquiera alcanzó a entender porque pensaba que le querían robar.

Evidentemente la agresión dirigida al robo no existía, de forma que no existía agresión que provocara la necesidad de la defensa, lo cual llevaría, a su vez, a la desestimación de la concurrencia de la legítima defensa.

Sin embargo, sí que nos remite a la cuestión de la denominada legítima defensa putativa, a la que se refiere, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 1999, poniéndolo en relación, precisamente con la negativa a la eficacia de los insultos como fuente de concurrencia de la legítima defensa, y dice:

**PRIMERO: Se introduce este recurso por un solo motivo que, con fundamento en el art. 849.1.º LECrim., denuncia indebida aplicación de los arts. 66, 8 y 6 bis, 3.º del precedente CP de 1973. Estima la acusación particular recurrente que no existe base suficiente para entenderse que se dio en el acusado en el caso una situación de legítima defensa putativa por lo que debe entenderse, por el contrario, que los hechos constituyeron un delito de homicidio sin circunstancias modificativas. Como rotunda y repetidamente ha expresado la doctrina de esta Sala, para la apreciación de legítima defensa, ya como completa o incompleta, es preciso haya existido como elemento «sine que non» una agresión ilegítima, factor desencadenante de la posterior conducta defensiva del agredido, lo que excluye como elemento de agresión cualquiera otra conducta que no llegue a constituirlo como pueden ser las amenazas aun explícitas, la mera petición de explicaciones y las imprecaciones verbales y el gesto de llevar mano a los bolsillos a la vez que se profieren insultos, que no pueden determinar una racional convicción en el agente de una inmediata agresión con peligro para bienes jurídicos protegidos. Aun así cabe excepcionar el caso de error en el sujeto sobre la existencia de agresión, que determina la denominada legítima defensa putativa, y que se aplique el tratamiento del error con sus correspondientes efectos, recogidos en el actual art. 14 del vigente CP y, anteriormente, en el 6 bis a) del Código precedente (S 11 Mar. 1997). Ahora bien la excepción de la exigencia de agresión ilegítima real en el caso de error del sujeto agente ha de ser objeto de prueba por quien la alegue y considerada teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso particular y concreto, aplicando en su valoración una minuciosa observación de los hechos ocurridos y de la forma en que fueron percibidos y comprendidos por quien alegue haberlo sufrido, teniéndose en consideración para ello sus circunstancias psicológicas, culturales y profesionales, y excluyendo su admisión cuando recaiga sobre hechos generalmente conocidos como patentemente ilícitos y cuando, aún sin llegar a la plena seguridad de la comprensión por el agente de la ilicitud de su actuación, sí haya existido una elevada conciencia de la probabilidad de su antijuricidad (SS 19 Oct. 1994, 17 Abr. 1995 y 20 Feb. 1998).**

En relación a la legítima defensa putativa, el Tribunal Supremo señala, en sentencia de 18 de abril de 2006:

**SEGUNDO.- En realidad, lo que aquí se suscita es el tema de la legítima defensa putativa, que, por su propia naturaleza, se encuentra estrechamente vinculada al error, que afecta a la culpabilidad y que consiste en la creencia del agente de obrar lícitamente, determinada bien por recaer sobre la norma prohibitiva -lo que constituye lo que se llama error de prohibición directo-, bien por incidir sobre una causa de justificación, como es la legítima defensa, y que se denomina error de prohibición indirecto y, en uno y otro caso el efecto que se determina, de acuerdo con el párrafo 3 del artículo 14 del Código Penal (LA LEY 3996/1995) es la exclusión de la responsabilidad criminal si el error es invencible, o una disminución en uno o dos grados de la pena si es vencible. La jurisprudencia ha venido marcando la precisión de que se pruebe la existencia del error y que se atienda, cuando la existencia de error se alegue, a las circunstancias de cada caso concreto refiriéndose a las circunstancias culturales y psicológicas concurrentes en quién pretenda haber obrado con error, cuya invocación por otra parte, es inadmisibles cuando se refiera a infracciones que son generalmente conocidas como patentemente ilícitas y, por otro lado, sin que sea preciso para excluir el error que el agente del hecho haya de tener plena seguridad de que actúa ilícitamente, bastando con que sea consciente de existir un alto grado de probabilidad de que su conducta sea antijurídica (véanse SS.T.S. de 17 de mayo de 1.999, 1 de marzo de 2.001 y 10 de diciembre de 2.004).**



Y la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 26 de abril de 2007 recuerda:

**Como de todos es sabido, se entiende que estamos ante un supuesto de legítima defensa putativa cuando el sujeto cree erróneamente que concurren los presupuestos objetivos de la legítima defensa. En relación a esta última, constituye un elemento esencial para la concurrencia de esta causa de justificación la existencia real y actual de una agresión ilegítima, de tal forma que se excluyen del concepto de agresión a efectos de la aplicación de la legítima defensa aquellas conductas que no representan un peligro idóneo para lesionar bienes jurídicos, tal y como sucede, entre otros, en los casos de agresiones aparentes. En estos supuestos el sujeto actúa en legítima defensa en la creencia errónea de que está siendo objeto de una agresión ilegítima, exonerando o atenuando la responsabilidad penal del sujeto que así actúa atendiendo, respectivamente, al carácter vencible o invencible del error en que incurra. Muy resumidamente, puede afirmarse que en la actualidad conviven en nuestra doctrina dos posiciones en torno al tratamiento jurídico-penal que cabe dispensar a la figura de la legítima defensa putativa : a) los defensores de la denominada teoría del dolo consideran que se trata de un error de tipo( art. 14.1 CP ), lo cual se traduce en la imposición de la pena prevista para el tipo imprudente si se trata de un error vencible o bien la impunidad de entenderlo invencible; b) por el contrario, los defensores de la teoría estricta de la culpabilidad, abogan, sin embargo, por su consideración como un error de prohibición, atenuando o excluyendo la pena en atención al carácter vencible o invencible del error, siendo precisamente esta la posición mantenida, de forma casi unánime, por el Tribunal Supremo, donde la tesis del error de tipo posee un carácter meramente testimonial, no constituyendo este el foro más adecuado para valorar la corrección de tales posicionamientos."**

En el caso concreto, como decimos, el denunciado se encuentra inmerso en una situación que, como señala, no entendía, y llegó a considerar que era objeto de un intento de robo.

Para reforzar esta creencia, se aporta por la parte denunciada, documento nº 6 de los aportados en el acto de la vista, certificación de los representantes de la empresa de mensajería TOURLINE EXPRESS, para la que trabaja el denunciado, ratificado a presencia judicial por la testigo Agueda Piedad en el que se deja constancia literal de lo siguiente:

*Tan pronto finalizó su jornada laboral (aproximadamente a las 19 h) comunicó a sus superiores que había sufrido un incidente en la Calle Pintor Agrassot, aproximadamente a las 17:30-18h por un intento de robo. Comunicó parte con tal incidencia al haberse visto sorprendido por un varón joven, de superior envergadura, corpulento y rapado por los colaterales que, con una actitud de distracción y amenazadora, pretendía hacerse con los paquetes por él mismo o a través de la colaboración de un tercero. Finalmente, sintiéndose en peligro y viendo peligrar la mercancía de que era custodio y responsable, advirtiendo que el atacante no cejaba en su empeño pese a las contundentes advertencias, tuvo que repeler físicamente pero moderada y racionalmente, consiguiendo así eliminar la situación de peligro y hacer las entregas pendientes.*

*El día en cuestión el volumen de paquetería era de 120 bultos, siendo la cifra ordinaria de entrega diaria de aprox. 60-80; muy superior a la media debido a la época prenavideña.*

*Se hace constar que existe responsabilidad directa de la empresa por pérdida, extravío, deterioro o sustracción de mensajería o paquetería. La empresa deberá reponer el objeto o indemnizar al cliente; posteriormente podrá repercutir tal cantidad al trabajador.*

La trascendencia de este escrito no radica tanto en que se describan los hechos objeto de enjuiciamiento o que la testigo propuesta exprese su opinión sobre lo que ha percibido a través de la videograbación y si ello es o no un intento de robo, lo que no deja de ser una apreciación subjetiva, legítima como personal convicción pero que no se puede tener en consideración por este Juzgador por cuanto que no es la percepción de un testigo directo, no vio personalmente el hecho.

Ahora bien, su trascendencia radica en la afirmación de que, esa misma tarde, apenas dos horas después de que se produjeran los hechos, el denunciado ya manifiesta ante su empresa la creencia de haber sido objeto de un robo, lógicamente, sin tener ningún conocimiento de todo lo que viene detrás, habida cuenta que el denunciante es dado de alta a las 19:02 horas, según la hoja de asistencia de urgencias. Si bien es cierto que no se aporta el parte de incidencias a que se hace referencia, el escrito deja constancia de su existencia y la ratificación de la testigo, abunda en ello, y, sí puede, en calidad de testigo directo, afirmar que, efectivamente, el denunciado, al terminar su jornada de trabajo manifestó en su empresa que consideraba haber sido objeto de un intento de robo o sustracción de las mercancías que transportaba.

En el momento de los hechos, conforme se ha declarado probado, el hecho de que se dirija un desconocido a cualquier persona diciéndole **cara anchoa** o cualquiera de las otras expresiones que el denunciante ha usado en su repertorio, genera, cuando menos, una actitud de reserva y desconfianza, cuando no de abierta hostilidad, en modo alguno de diversión o entretenimiento, siendo ello perfectamente razonable y comprensible desde



un punto de vista objetivo. Si a ello se añade la circunstancia de que cuando se piden explicaciones, se dice que se trata de una broma con cámara oculta, pero no se dice donde se encuentra la cámara en cuestión, la reserva se acentúa y si se menciona como excusa un trabajo para la Universidad, como dice el denunciado, de forma harto expresiva "*¿pero cómo una universidad te va a decir que vayas diciendo a la gente **cara anchoa**?*".

Asimismo, desde el momento en que no se le dice al denunciado donde se ubica la pretendida cámara y se le sigue insistiendo con unas pretendidas disculpas, en vez de dejar que la situación se apacigüe simplemente marchándose por parte del denunciante, excusas o pretendidas disculpas que, además, no se corresponden con la realidad, es razonable llegar a la conclusión de que, por las razones que fuera, no se le está diciendo la verdad y que está siendo objeto de algo que no entiende.

Como se dice a presencia judicial por el denunciado y se observa en el video, el denunciado no parece perder de vista en ningún momento las mercancías que portaba y que se encontraban en la puerta del portal en que se encontraba inicialmente, girándose reiteradamente en dirección a la misma y, de hecho, se observa en la videograbación que solamente pasa una mujer que se gira a ver lo que pasa, porque la situación le debió resultar llamativa. Siendo una calle relativamente estrecha, podía controlarse la presencia de otras personas con apenas un vistazo.

Como dice el denunciado en su declaración, el denunciante no se retira, a pesar de poderse apreciar la abierta hostilidad del denunciado ante la situación, de forma que el hecho de que se siguiera diciendo por el denunciante que era una broma y que no se le dice en serio, en reiteradas ocasiones, como si el denunciado tuviera la obligación de aceptar dichas pretendidas disculpas, no tiene precisamente la virtualidad de aplacar el ánimo del denunciado, sino que, antes bien, contribuye a exaltarlo y en ese momento en que se considera acreditado que se le dice por segunda vez la palabra **cara anchoa**, aunque no se oiga en el video.

Aunque se admitiera que se le dijo una sola vez, de donde deriva al relativa importancia de esta segunda mención, es lo cierto que la insistencia del denunciante, no marchándose del lugar de los hechos poniendo fin a la situación que él mismo había iniciado, sin más y prolongándola de forma innecesaria, salvo que se acoja la tesis de la defensa en el sentido de que realmente lo que se estaba procurando era alargar la situación para obtener una *broma* de mayor duración con la que poder satisfacer la finalidad inicialmente propuesta del denunciante, obtener un video que poder colgar en su canal de YouTube, lo cual resulta más que admisible.

Es en este marco de una situación indeseada por parte del denunciado, que está finalizando su jornada laboral, en una situación de evidente stress que se aprecia en el propio video, sudando incluso, en que se le convierte en actor involuntario de una situación que no se le explica, y portando objetos de valor, debiéndose atender no tanto al valor que pudieran tener, que se ignora, sino a la responsabilidad que recae sobre el mismo como consecuencia de su trabajo, respondiendo incluso personalmente de ellos, que se puede concluir y considerar probado, como así se hace, que, efectivamente el mismo consideró que estaba siendo objeto de algún tipo de ataque por el que se pretendía quitarle las mercancías que portaba.

La cuestión, por tanto, se concreta en la existencia de un error, en la inexacta creencia de que se estaban realizando maniobras para robarle, error de prohibición indirecto, por considerar que se está produciendo una agresión ilegítima que realmente no existe.

Así, el siguiente paso consiste en determinar si el error era vencible o invencible, a los efectos del art. 14 del Código Penal. Y en este sentido, debemos considerar que el error era vencible, puesto que, a la vista de los hechos que se han declarado probados, consistentes básicamente en un intercambio de palabras del que se desprende que el denunciado está siendo objeto de algo extraño y ante la insistencia del denunciante en no retirarse del lugar de los hechos, apaciguando así al denunciado, manteniéndose en sus excusas y disculpas, debe señalarse que el recelo y la hostilidad del denunciado, que cumplía con su trabajo de repartidor, resultaba plenamente justificado, pero no hasta el punto de llegar a la agresión física. Ésta se podría haber evitado como consecuencia de una mayor diligencia por parte del denunciado en la comprobación de la situación, una menor precipitación por su parte, que le hubiera podido permitir la comprobación de la inexistencia de agresión real, de donde se concluye que estamos en presencia de un error meramente vencible, que se pudo eliminar con una mayor diligencia.

En cuanto al resto de los elementos integrantes de la legítima defensa, que se concretan en la necesidad racional del medio defensivo empleado y la existencia de provocación suficiente por parte del propio defensor, habida cuenta que la racionalidad del medio no equivale directamente al criterio de proporcionalidad, sino que, como hemos visto, ha de ponerse en relación con los medios de que dispusiera a su alcance y en este sentido, debe señalarse que, visto que verbalmente el denunciante no se marchaba, prolongando la situación y que no existían otros medios menos gravosos, el hecho de propinar una bofetada, puede considerarse como mecanismo de defensa racional, no siendo exigible que se marchase del lugar de los hechos, puesto que se encontraba trabajando, repartiendo las mercancías que portaba y que debía encontrarse en el lugar en



cuestión para proceder a la entrega. Y en cuanto a la ausencia de provocación previa por parte del defensor, su concurrencia es palmaria, dado que la provocación procede, precisamente del denunciante.

Por tanto, se considera que estamos en presencia de un supuesto de legítima defensa, si bien calificada de forma incorrecta por la defensa como eximente completa o incompleta o incluso por analogía, habida cuenta que la circunstancia que se invoca, basada en la existencia de una apreciación errónea de la realidad que lleva al denunciado a considerar que está siendo objeto de un robo, elimina la concurrencia de la agresión ilegítima, y lo transforma en un error vencible sobre la existencia de esa agresión, lo que determina que estemos en presencia de un supuesto de legítima defensa putativa.

#### **SEXTO.- Sobre la circunstancia del arrebató u obcecación.**

La alegación de la concurrencia de la circunstancia modificativa del arrebató u obcecación está abocada al fracaso.

En efecto, por su propia naturaleza viene a suponer una contradicción con la legítima defensa invocada, puesto que ésta implica la elaboración de un proceso mental que, por definición, está excluido en el arrebató u obcecación, de forma que se convierten en antagónicas, de forma que la apreciación de una excluye necesariamente a la otra.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas estudia la circunstancia y dice:

**Señala la STS 539/2014, de 2 de julio que "Como decíamos en SSTs. 246/2011 de 14.4 , 170/2011 de 24.3 , 487/2008 de 17.7 , 18/2006 "es jurisprudencia de esta Sala, por todas, STS. 19.12.2002 , que son dos los elementos que configuran esta atenuante: causa y efecto:**

**1º. Ha de existir una causa o estímulo, que ha de ser importante de modo que permita explicar (no justificar) la reacción delictiva que se produjo. Ha de haber cierta proporcionalidad entre el estímulo y la reacción ( STS 27.2.92 ). Ha de proceder del comportamiento precedente de tal víctima ( STS 20.12.96 ). El motivo desencadenante no ha de ser repudiable desde el punto de vista socio-cultural ( STS 14.3.94 ).**

**2º. Tal causa o estímulo ha de producir un efecto consistente en una alteración en el estado de ánimo del sujeto, de modo que quede disminuida su imputabilidad, no tanto que llegue a integrar un trastorno mental transitorio constitutivo de una eximente completa o incompleta, ni tan poco que no exceda de una mera reacción colérica o de acaloramiento o leve aturdimiento que suele acompañar a algunas figuras delictivas y ha de considerarse irrelevante ( STS 2.4.90 ). Arrebató se dice cuando la reacción es momentánea y fulgurante, inmediata al estímulo, mientras que la obcecación tiene una mayor duración y permite el transcurso de un mayor lapso de tiempo respecto del estímulo. En todo caso el transcurso de un tiempo excesivo excluye la atenuante (S. 14.4.92). El tercer término, el estado pasional de entidad semejante, añadido en 1983 probablemente para poder acoger el contenido de aquellas otras atenuantes de similar contenido que por aquella importante modificación legal quedaron derogadas (provocación o amenaza, vindicación próxima), extiende el ámbito de esta atenuante por voluntad del legislador, pero quizá de modo superfluo ante la amplitud de los otros elementos alternativos".**

En la STS nº 1147/2005 , se señalaba que "su esencia, como se recuerda en la STS núm. 582/1996, de 24 de septiembre , radica en una sensible alteración de la personalidad del sujeto cuya reacción de tipo temperamental ante estímulos externos incide sobre su inteligencia y voluntad, mermándolas en relación de causa a efecto y en conexión temporal razonable, presentándose como una respuesta que puede ser entendida dentro de parámetros comprensibles en un entorno normal de convivencia. La jurisprudencia de esta Sala, que excluye el arrebató en los supuestos de simples reacciones coléricas y en los casos de simple acaloramiento o aturdimiento que acompaña a la comisión de algunas figuras delictivas, ha señalado que el fundamento de esta atenuante se encuentra en la disminución de la imputabilidad que se produce en un sujeto que se encuentra con la mente ofuscada por una pasión que en ese momento le afecta. Es posible que ese estado pasional venga provocado por una sucesión de hechos producidos en un período de tiempo más o menos extenso, y que permanezca larvado hasta su explosión a causa de un estímulo concreto que incide de forma importante en un sustrato previamente existente. Se ha venido exigiendo la concurrencia de varios requisitos para apreciar esta circunstancia de atenuación.

En primer lugar, debe constatarse la existencia de estímulos o causas, generalmente procedentes de la víctima ( STS núm. 256/2002, de 13 de febrero ), que puedan ser calificados como poderosos, y que se entiendan suficientes para explicar en alguna medida la reacción del sujeto, con lo que quedan excluidos los estímulos nimios ante los que cualquier persona media reaccionaría con normalidad. Es en este sentido en el que ha de ser entendida la exigencia relativa a la proporcionalidad que debe existir entre el estímulo y la alteración de la conciencia y de la voluntad que acompaña a la acción. Si la reacción resulta absolutamente discordante por notorio exceso con el hecho motivador, no cabe aplicar la atenuación ( *sentencia de 27 de*



febrero de 1992 ), pues no es posible otorgar efectos atenuatorios a cualquier reacción pasional o colérica si no está contrastada la importancia del estímulo provocador del disturbio emocional en que el arrebató consiste y que ha de tener influencia menguante sobre la voluntad e inteligencia del autor ( STS núm. 1483/2000, de 6 de octubre ).

En segundo lugar ha de quedar acreditados la ofuscación de la conciencia, o estado emotivo repentino o súbito, u otro estado pasional semejante, que acompaña a la acción.

En tercer lugar, debe existir una relación causal entre uno y otra, de manera que la conducta sea una consecuencia de la trascendencia del estímulo.

En cuarto lugar, ha de existir una cierta conexión temporal, pues el arrebató no podrá apreciarse si ha mediado un tiempo entre estímulo y reacción que prudencialmente permita estimar que se ha recuperado la frialdad de ánimo.

Y en quinto lugar, que la respuesta al estímulo no sea repudiable desde la perspectiva de un observador imparcial dentro de un marco normal de convivencia" ( STS núm. 1301/2000, de 17 de julio ).

Por lo tanto, no cualquier estímulo es válido a los efectos de atenuar la responsabilidad por la vía de la atenuante de estado pasional.

La STS. 1003/2006 de 19.10 , compendia la doctrina de esta Sala -SSTS. 2085/2001 de 12.11 , 1369/2003 de 8.11 -, "la atenuante tercera del art. 21 del Código Penal , denominada de "estado pasional", que evidentemente no se ha establecido para privilegiar reacciones coléricas, opera en la importancia que tienen ciertos estímulos en sujetos con personalidades psicopáticas, originándoles una disminución pasajera de influencia notoria en su capacidad (o juicio) de culpabilidad. Esta atenuante tiene, en consecuencia, su límite superior en el trastorno mental transitorio y su inferior está constituido por el simple acaloramamiento (e incluso aturdimiento) que ordinariamente acompaña los delitos denominados de sangre, como el que es objeto de esta censura casacional. Es del todo evidente que en toda situación de acometimiento personal, derivada de una disputa previa en la que sin solución de continuidad de las palabras se pasa a los hechos (delictivos), el acaloramamiento como situación pasional es todo punto concurrente con situaciones de tensión, ofuscación e incluso de cierto descontrol anímico. Pero tal estado pasional tiene que tener una intensidad suficiente para romper los mecanismos inhibitorios, de modo que el sujeto se encuentre inmerso en una situación emotiva que la ley ha denominado como de "arrebató" u "obcecación". El primero ha sido definido por nuestra jurisprudencia como una "especie de conmoción psíquica de furor" y la segunda como "un estado de ceguedad u ofuscación", con fuerte carga emocional el primero y acentuado substrato pasional la segunda ( STS 2-7-1988 ); otras veces, se les relaciona con su duración temporal, y así, el "arrebató como emoción súbita y de corta duración" y la "obcecación es más duradera y permanente" ( STS 28-5-1992 ); la primera está caracterizada por lo repentino o súbito de la transmutación psíquica del agente, diferenciándose de la obcecación por la persistencia y la prolongación de la explosión pasional que ésta representa (STS 10-10-1997)".

En este sentido la STS. 632/2011 de 28.6 insiste en que el fundamento de la atenuante del art. 21.3 CP . se encuentra "en la disminución" de la imputabilidad (o de las facultades volitivas e intelectivas) que se pretende por la ofuscación de la mente y de las vivencias pasionales determinados por una alteración emocional fugaz (arrebató) o por la mas persistente de incitación personal (obcecación) pero siempre produciéndose por una causa o estímulo poderoso.

En ambas modalidades precisa para su estimación que haya en su origen un determinante poderosos de carácter exógeno o exterior y de entidad suficiente para desencadenar un estado anímico de perturbación y oscurecimiento de sus facultades psíquicas con disminución de las cognoscitivas o volitivas del agente, de modo que sin alcanzar la cualidad propia del trastorno mental transitorio completo o incompleto, exceda del leve aturdimiento que suele acompañar a ciertas infracciones ( ssTS. 1385/98 de 17.11 , 59/2002 de 25.1 ).

Igualmente si no está contrastada la importancia del disturbio provocador, del disturbio emocional en que el arrebató consiste y que ha de tener influencia menguante sobre la voluntad e inteligencia del autor a partir de una razonable conexión temporal entre la causa o el estímulo y la equivocación o la pasión con la que se ha actuado ( sTS. 267/01 de 23.1 ), ni deja de exigir una cierta proporcionalidad entre la causa o estímulo y la reacción ( sTS. 1483/2000 de 6.10 ), calificando la atenuante como "la más subjetivamente matizada", pero "sin desdeñar aspectos objetivos atinentes a la índole y potencialidad de los estímulos, por exigencia de una razonable adecuación reaccional. Como regla general "el estímulo ha de ser tan importante que permita explicar (que no justificar) la reacción concreta que se produjo. Si esta reacción es algo absolutamente discordante, por exceso notorio, respecto del hecho motivador, no cabe aplicar la atenuación" sTS.256/02 de 13.2 ).





Además, tales estímulos no han de ser reprochados por las normas socio-culturales que rigen la convivencia social y deben proceder del precedente comportamiento de la víctima, con una relación de causalidad entre los estímulos y el arrebató u obcecación y una conexión temporal, sino inmediatos si próximos, entre la presencia de los estímulos y el surgimiento de la emoción o pasión ( *ssTS. 1110/96 de 20.12 , 1479/99 de 18.10* ).

Es preciso también que en el entorno social correspondiente no sean tales estímulos repudiados por la norma socio-cultural imperante, lo que significa que la actuación del agente se ha de producir dentro de un cierto sentido ético ya que su conducta y sus estímulos, no pueden ser amparada por el Derecho cuando se apoyan en una actitud antisocial reprobada por la conciencia social imperante, que en esta relación de causa o afecto entre el estímulo desencadenante y la conducta ha de darse una conexión temporal y que cualquier reacción colérica que las que, con frecuencia, acompañan a ciertas acciones delictivas, no basta para la estimación de la atenuante ( *SSTS 17.11.98 , 15.1.2002* )."

En el presente caso, entendemos que no existe la disminución de las facultades intelectivas y volitivas del denunciado, que, de hecho, le permiten llevar a cabo una consideración de las circunstancias que le lleva a concluir, erróneamente, como hemos visto, que existe una agresión ilegítima contra el mismo, considerando la situación como de inminente amenaza contra los bienes que portaba. No existe una disminución de las bases de la imputabilidad que provoque una reacción colérica sino que, como dice el propio denunciado, la bofetada fue dada con intención de *quitarse de encima* a quien percibía como una amenaza real.

Los argumentos que venimos desarrollando acerca de la dinámica de los hechos y la concurrencia de la legítima defensa se pueden dar por reproducidos en este particular, si bien, en este caso, con la conclusión de excluir la concurrencia de los factores o elementos necesarios para integrar el arrebató, más aún la obcecación, por la nota de persistencia en el tiempo que dicha circunstancia implica y que, no concurre en este supuesto.

Es por ello que procede la desestimación de la concurrencia de esta circunstancia.

#### **SEPTIMO.- Sobre el consentimiento en las lesiones.**

Mayor complejidad, si cabe, reviste la siguiente de las alegaciones de la defensa, relativa a que existió consentimiento en las lesiones por parte del lesionado, ahora denunciante, y, en su caso, su relevancia.

Para ello, parte la defensa de la existencia de un pretendido consentimiento en las lesiones que deriva de manifestaciones del denunciante que aparecerían recogidas en alguno de los videos y audios aportados.

En el propio acto del juicio, el denunciante (minuto 7.55 de la grabación del acto de la vista), es preguntado por el letrado de la defensa en el sentido de si ha prestado su consentimiento para las consecuencias de sus bromas, exponiéndose a cierta acción-reacción, a cierta reacción por parte de los "bromeados", señalando entonces que sí que acepta la existencia de alguna reacción, pero señala que entiende que " *dos palabras* " nunca justifican una agresión, señalando que *sabe a lo que se expone a que alguien se enfade pero jamás piensa que se le vaya a agredir por decirle dos palabras* .

En relación a ello sigue el interrogatorio del letrado de la defensa en relación a frases o expresiones proferidas por el denunciante en su cuenta de Twitter y en su propio canal de YouTube. En relación a la afirmación realizada a través de la cuenta de Twitter, afirma que en esa cuenta de Twitter ponía frases graciosas o cogidas de otras cuentas relevantes de Twitter, admitiendo finalmente que se trataba de su cuenta y que dijo esa frase, que, literalmente dice:

**"Últimamente estoy al borde de que me metan un buen guantazo, me merezco unos cuantos ya... xd"**

Mensaje emitido en 2015.

Afirma igualmente no recordar si en alguna ocasión manifestó que se merecía una bofetada y que eran gajes del oficio, habiendo realizado numerosas entrevistas (más de 500), antes y después del hecho enjuiciado, y afirma también que no recuerda haber dicho públicamente que asumía las consecuencias de la agresión, negando que por este tipo de actuaciones se haga sufrir a las personas a las que se dirige. Señala expresamente que no se arrepentía de lo que había hecho y que era una broma más de las que hacía cada semana, y que le pidió perdón en su momento, no reiterándose en esta petición de perdón, afirmando que ya le pidió perdón en su día, cuando se le pregunta por el letrado de la defensa si le seguía pidiendo perdón, señalando que, al parecer, había afirmado que le pedía perdón una y mil veces. Se señala finalmente que no renunció públicamente a reclamar nada por estos hechos.

En relación a los videos y audios aportados como prueba por la defensa y relativos a manifestaciones vertidas por el denunciante, y que no han sido impugnadas de contrario en cuanto a su contenido, sino solamente en



lo relativo a su pertinencia en relación al supuesto que nos ocupa, debe destacarse, a los efectos que ahora importan, lo siguiente:

1.- Video 5.- El denunciante está conversando con otro chico en la terraza de un bar, y comenta su trabajo, diciendo: *"me juego la cara en la calle, es que me juego la cara en la calle,... no es como las personas que están en su casa, bla, bla, bla,..., no, coño, sal a la calle y juégate una hostia, (...) sal a la calle y juégatela.*

Posteriormente alude a su forma de trabajo, a lo largo de la semana después de una de sus bromas y dice: (...) *edito el video, lo subo, pumba, a final de mes dinerillo p'al bolsillo.*

2.- Video 6.- El denunciante se acerca a un chico fingiendo estar contagiado por un virus incluso con un pañuelo con sangre falsa y finalmente, éste le da una bofetada. En última instancia y a continuación del desenlace de este supuesto, se añade una mención en que el ahora denunciante dice, a partir del minuto 02.10 de dicha grabación admitiendo que era la primera vez que le pegaban un tortazo; *" en realidad me lo he ganado, ¿vale? Son años gastando bromas y alguna hostia, vamos, sabía que iba a llegar el día. Ha llegado, también espero que sea la última, yo tampoco voy a la gente de malas cuando acabo la broma, pero bueno... Que no pasa nada, son gajes del oficio y a seguir...*

Los videos 2, 3, 4, 6 y 9 contienen varias de las bromas o burlas realizadas por el denunciante en que se dirige a diversas personas de distinto sexo y diversas edades, con palabras tales como *bocachancla, soplanucas, espagueti, caramelitas, escupemierdas, pringao, merluzo, pipiolo, cabeza almendra, caramierda, papanatas, cabrita, cara merluza, pichacorta, pelo estropajo, cabeza esponja, cara chopped.*

Además de tres supuestos en que se realiza una broma en relación a unos vehículos y en dos de ellos se observa claramente que el ahora denunciante es objeto de agresión, en una de ellas con un palo de trekking.

Se relaciona todo ello, porque, en contra de lo alegado por la acusación en el sentido de que los videos no fueran relevantes para el supuesto que nos ocupa, permiten determinar el contexto en que se produce el hecho.

Así, el denunciante, dedicado profesionalmente, según el mismo indica, puesto que califica su actividad de profesión incluso en el acto de la vista, se dedica a una actividad consistente, entre otras cosas, a ir preguntándole a la gente por alguna ubicación en la ciudad, y, mientras la gente le atiende con consideración y paciencia, introduce expresiones que buscan la finalidad de provocar una reacción en la gente, según el propio denunciante admite en el acto de la vista. Sobre esta base, elabora un video que utiliza en un canal de YouTube, lo cual a su vez, le genera beneficios económicos, no solamente, en este caso concreto, mediante la venta del canal de YouTube, sino mediante cada una de las visualizaciones que realizan quienes desean ver este tipo de actividades.

Ello es así puesto que de la propia declaración del denunciante resulta que, según dice, desde el momento inicial de su declaración, afirma que *salí a gastar una de mis bromas con cámara oculta, ya que tengo una canal en YouTube desde hace cinco años en la que interpreto un papel de bromista en que cada semana me dedico a hacer bromas con cámara oculta por la calle (...)* Añade, a preguntas del Ministerio Fiscal que cada semana es un tipo de broma diferente, lo que le pedía su medio millón de seguidores, y que posteriormente esas bromas las sube a internet y era su trabajo (minuto 1.50 de la grabación del acto de la vista). A preguntas de su defensa afirma que no tenía intención de faltar al respeto o injuriar o menoscabar el honor o el buen nombre a la persona a la que se dirigía manifiesta que no: *jamás, es un personaje cómico que hago para Internet* (minuto 3.20 de la grabación del acto de la vista).

El consentimiento en las lesiones aparece regulado en el art. 155 del Código Penal, en virtud del cual:

**En los delitos de lesiones, si ha mediado el consentimiento válida, libre, espontánea y expresamente emitido del ofendido, se impondrá la pena inferior en uno o dos grados.**

**No será válido el consentimiento otorgado por un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección.**

La cuestión radica en si, como alega la defensa, en el presente caso, puede considerarse que existe un consentimiento en las lesiones por parte de quien sufre la agresión, en este caso, el denunciante, que tenga algún tipo de trascendencia en el reproche penal de su acción, hasta el punto, según se pretende, de dar lugar a una sentencia absolutoria.

La cuestión relativa a la eficacia del consentimiento en el delito de lesiones es una cuestión ampliamente debatida en la doctrina y en la jurisprudencia, que no ha llegado a unas soluciones uniformes y que, además, en el presente caso, se enfrenta a circunstancias particulares que se expresarán a lo largo de la presente argumentación y que se han anunciado con anterioridad.



Así, la regulación establecida en el Código Penal en materia de consentimiento permite concluir que sí que existe una cierta trascendencia del consentimiento en las lesiones, hasta el punto de que, por una parte, según el precepto transcrito, puede dar lugar a la rebaja de la pena en uno o dos grados, lo que implica que el legislador, tiene en consideración la existencia de dicho consentimiento para otorgarle una eficacia atenuadora de la pena, y no de total exclusión de la tipicidad del hecho, y, por otra parte, en la reforma introducida en el Código Penal, en virtud de la Ley Orgánica 1/2015, el legislador ha optado por la despenalización de determinados supuestos y, en concreto, y por lo que es de interés para este procedimiento, ha optado por sujetar el delito leve de lesiones a la existencia o formulación de un presupuesto previo de procedibilidad, la denuncia previa, en virtud del art. 147.4 del Código Penal . Si bien es cierto que dicha regulación es esencialmente procesal, establecimiento de una condición de perseguibilidad, no es menos cierto que ello tiene también una trascendencia material, en el sentido de que residencia en la víctima o en su representante legal la posibilidad de no perseguir el hecho no formulando denuncia, lo que implicaría una suerte de conformidad o asunción del resultado dañoso padecido, lo cual, a su vez, lleva a la consideración de que el ordenamiento jurídico penal confiere relevancia al consentimiento del sujeto pasivo en el delito de lesiones.

Esta regulación del art. 155 del Código Penal , parece quedarse a medio camino entre las dos teorías más extremas acerca de la posibilidad de disponer del bien jurídico protegido en el delito de lesiones, que no es otro que la integridad y salud, física y psíquica, y se sitúa, como decimos, a medio camino entre el reconocimiento de la libertad individual en la disposición del bien jurídico protegido, que llevaría a la exención de responsabilidad en los supuestos de lesiones libremente consentidas y los argumentos en favor de la indisponibilidad de la salud, en términos absolutos, que conduciría a la irrelevancia penal del consentimiento del lesionado y a la sanción del sujeto activo del delito de lesiones en todo caso, aunque mediara consentimiento.

Tras el debate parlamentario relativo al Código Penal de 1995, se optó por una solución intermedia, recogida en el tenor de la Ley, recogiendo una trascendencia o relevancia parcial, dando lugar a una disminución de la pena, por considerarse que el desvalor del injusto y del resultado debía ser minorado en caso de mediar el consentimiento del lesionado, si bien no llega a extinguir o eliminar la responsabilidad penal.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 5 de junio de 2002 , ya reconoció y aplicó el art. 155 del Código Penal , en forma de atenuación de la pena a imponer, aludiendo a los requisitos que debe reunir el consentimiento en orden a la aplicación de la rebaja de la pena que en el mismo se establece, y dice:

**El tema del consentimiento en las lesiones ha sido siempre doctrinalmente polémico, girando las posiciones entre la indisponibilidad del bien jurídico que se protege y garantiza en el art. 15 de la Constitución española (LA LEY 2500/1978) y la posibilidad de dar relevancia a dicho consentimiento; aquélla fue la posición tradicional de nuestra legislación punitiva, no teniendo nuestro CP ninguna previsión al respecto hasta 1963, zanjando el legislador en dicha fecha la polémica en el art. 428 bajo la tesis de que «las penas señaladas en el Capítulo anterior se impondrán en sus respectivos casos, aunque mediar el consentimiento del lesionado». Sin embargo, para resolver los casos de lesiones causadas con motivo de tratamiento médico e intervenciones quirúrgicas en supuestos de trasplante de órganos, esterilizaciones y cirugía transexual, se agrega un segundo párrafo al mencionado art. 428, por Ley Orgánica 8/1983, de 25 Jun (LA LEY 1391/1983) ., que en 1989 (21 Jun.) se amplía a regular los términos en que no serían punibles los casos de esterilizaciones de incapaces, cuestión que fue sometida al Tribunal Constitucional (Sentencia 214/1994, de 14 Jul (LA LEY 9894/1994) ). Por último, el nuevo Código penal introduce el consentimiento en el art. 155 y la justificación de aquellas otras intervenciones en el art. 156, con técnica mejorada.**

**En el art. 155 se limita a conceder una atenuación penológica, por lo que la cuestión no ha sido definitivamente superada, pero con unos resultados que en algunos casos pueden conseguir una más adecuada respuesta penal. Respecto a los requisitos (del consentimiento) , se establecen los siguientes: a) válido, cuya interpretación debe relacionarse con lo establecido en el propio precepto, en el sentido de que no es válido el consentimiento prestado por menor de edad o incapaz, término este último que debe corresponderse con una minusvalía aparente no siendo necesaria su declaración judicial, todo ello en relación con lo dispuesto en el art. 25 del propio CP ; b) libre y espontáneo, esto es, no condicionado por ningún elemento externo, ya que en este caso impediría su apreciación, en razón del bien jurídico protegido que lo es la integridad física, constitucionalmente protegida en el art. 15 de nuestra Carta magna(LA LEY 2500/1978); c) expresamente emitido por el ofendido, no bastando con meras suposiciones sobre la prestación del tal consentimiento .**

Desde un punto de vista constitucional, el art. 1 de la Constitución Española establece que **España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.**

Siendo la libertad un elemento esencial de nuestro modelo de Estado y regulándose constitucionalmente determinados derechos y libertades fundamentales, entre los cuales se encuentra la dignidad de la persona



y el libre desarrollo de la personalidad ( art. 10 de la Constitución Española ) debe considerarse, como criterio interpretativo, que el consentimiento en las lesiones como expresión de la autonomía, libertad y autodeterminación de la persona ha de ser verdaderamente operativo, salvo supuestos en que, por su mayor gravedad, parecería que el referido consentimiento ha de estar sometido a algún tipo de limitación o condicionamiento, precisamente para los supuestos en que las lesiones supusieran, a su vez, una quiebra de la dignidad de la persona, que constitucionalmente también se protege.

Descendiendo al detalle del caso concreto, en la medida en que nadie se cuestiona que una persona pueda dedicarse, en el ejercicio de su autonomía, dignidad personal y libre desarrollo de la personalidad a la realización de actividades como las que nos ocupan en el presente caso, abordar a cualquier persona que deambule por la vía pública para hacerle objeto de lo que se denomina broma, profiriéndole expresiones de dudoso gusto y que objetivamente faltan al respeto y consideración que impone la mínima norma cívica de convivencia, aunque sea dudoso que puedan considerarse como delictivas, con evidente abuso de la buena fe y de la paciencia del ciudadano medio, (y con el evidente límite de la libertad del contrario y de la protección, en igual medida, de los derechos que le puedan corresponder frente a esta actuación) para posteriormente, con el video resultante de la grabación de ello subirlo a Internet obteniendo de ello un beneficio económico, también parece razonable considerar que en el marco de esa autonomía personal en virtud de la cual se elige esta *profesión*, calificada como tal por el propio denunciante, pueda haber manifestado un consentimiento en las consecuencias de al reacción de las personas a que se dirige, y, eventualmente ante la lesión.

Evidentemente en el acto del juicio, como ya ese expuso más arriba, el denunciante manifiesta que, considera que jamás pensó o se representó que pudiera ser agredido como consecuencia de dirigir a cualquier persona *dos palabras*, afirmación ésta en la cual, evidentemente faltaba a la verdad, puesto que, por sus manifestaciones a través de Twitter con el mensaje aportado por la defensa, como en el contenido de los videos aportados resulta que, en ocasiones anteriores ya se había producido reacciones similares a las que nos ocupan, aunque quizá no tan conducentes, en concreto, una bofetada, y, en otra ocasión, un tímido golpe en la pierna con un palo de trekking, reconociendo el denunciante que ello eran *gajes del oficio*, y, en su consecuencia, era un posibilidad para el mismo.

Salvo que las manifestaciones vertidas en ese video, y en el mensaje de Twitter fueran otras actuaciones, del personaje cómico para Internet que se dice representar, y no se correspondieran con la voluntad real del propio denunciante, sí que se debe cuestionar la existencia o no de consentimiento en la producción de las lesiones.

Y no podemos dudar de que son manifestaciones reales que se corresponden con el sentir del denunciante, exteriorización de su voluntad personal, habida cuenta que no se ha aportado ninguna prueba de que dichas manifestaciones no se correspondieran con la realidad, aunque sí se sugiere por el denunciante que su manifestación de Twitter no fuera un mensaje real, ya que se afirma que se trataba de frases graciosas o reproducción de otras cuentas que califica de relevantes, pero lo cierto es que, según su propio criterio, en el ejercicio de esa *profesión* y con ese tipo de manifestaciones estaría cumpliendo las expectativas de sus seguidores.

Por tanto, si como dice, hace lo que le piden sus seguidores (en lo que no parece sino trasunto actualizado a las nuevas tecnologías de la información y la comunicación de la vieja y pueril excusa de *no he sido yo, me han dicho que lo haga*), debe entenderse que esas manifestaciones también, cuando menos, se han hecho para responder a las expectativas de los seguidores y, por tanto, son reales, no hay simulación o reserva mental, según terminología civilista.

Ahora bien, los parámetros del análisis del consentimiento en el derecho penal, no pueden ser los mismos que en el ámbito civil, y difieren, entre otras razones, porque el art., 115 del Código Penal establece los requisitos del referido consentimiento para que tenga el efecto a que se refiere el precepto, y que, como ya hemos señalado, ha sido concretado por el Tribunal Supremo.

Así, los requisitos del consentimiento en las lesiones se configuran del siguiente modo:

**a) válido, cuya interpretación debe relacionarse con lo establecido en el propio precepto, en el sentido de que no es válido el consentimiento prestado por menor de edad o incapaz, término este último que debe corresponderse con una minusvalía aparente no siendo necesaria su declaración judicial, todo ello en relación con lo dispuesto en el art. 25 del propio CP ;**

En el caso concreto que nos ocupa, debe considerarse que, efectivamente, debe considerarse que el consentimiento prestado es válido, puesto que es emitido por mayor de edad con plena capacidad jurídica.

**b) libre y espontáneo, esto es, no condicionado por ningún elemento externo, ya que en este caso impediría su apreciación, en razón del bien jurídico protegido que lo es la integridad física, constitucionalmente protegida en el art. 15 de nuestra Carta magna(LA LEY 2500/1978);**



El único condicionamiento que aparece en el presente caso, es una cierta limitación en el daño que se pudiera estar dispuesto a admitir, lo cual, por otra parte, resulta razonable e incluso deseable, en función de la entidad del bien jurídico que es objeto de protección en el tipo de las lesiones. Así, parece que se está dispuesto a admitir una bofetada, pero, lógicamente no otras consecuencias más gravosas. Así, se llega a afirmar en las manifestaciones recogidas en los videos y en la cuenta de Twitter que *se la juega* o que *se la estaba buscando* o que son *gajes del oficio*, en relación, en concreto, a un supuesto en que la víctima de su broma, le propinó una bofetada.

La libertad en el consentimiento se ha de poner en relación con la ausencia de vicios en su obtención por parte de quien lo manifiesta, y, en este sentido se suele señalar por la doctrina el supuesto de la obtención del consentimiento mediante precio o recompensa, engaño, violencia o intimidación.

Pero, en este caso concreto, quien busca la recompensa no es el sujeto activo del hecho material de la agresión, sino el denunciante, habida cuenta que con su provocación va investida de un ánimo de lucro propio del que no participa el denunciado. Es decir, pretende obtener un lucro derivado de la visualización del video elaborado en Internet, y, en este sentido, ha de considerarse que, efectivamente es un consentimiento perfectamente libre y espontáneo, que forma parte del riesgo de las consecuencias que se puedan derivar de su provocación, dentro siempre de un cierto límite que el propio denunciante expresa en sus videos y en su mensaje.

La espontaneidad, ha de entenderse en el sentido de que no existan condicionamientos externos, desencadenando, en función de dicho consentimiento la actuación del tercero que ejecuta la acción que causa las lesiones.

Desde este punto de vista también debe estimarse concurrente el citado requisito, habida cuenta que el denunciante, desde su plena libertad, con conocimiento y antecedentes, y asumiendo las consecuencias, análogas a las que ya había sufrido en otras situaciones, sigue reiterando su provocación y manifestando la asunción de las consecuencias, si bien, a posteriori, considera que el resultado finalmente producido excede de los límites de su consentimiento.

**c) expresamente emitido por el ofendido, no bastando con meras suposiciones sobre la prestación del tal consentimiento .**

El consentimiento en este sentido es claro y contundente, expresamente emitido en sus propias manifestaciones vertidas en la red y a través de las redes sociales, tal y como resultan de los videos y audios aportados por la defensa así como del mensaje lanzado a través de Twitter.

La concurrencia de los presupuesto del consentimiento en las lesiones no puede ser entendido en el sentido de que el denunciante buscara de propósito ser agredido, sino simplemente que asume el riesgo y tiene perfecto conocimiento de que el resultado dañoso puede producirse, siendo perfectamente previsible para el agredido, y, a pesar de ello, presta su consentimiento para ello, para que se produzca ese resultado dañoso, la bofetada, y así lo manifiesta a través de las redes sociales. Alardear públicamente de la posibilidad de ganarse una bofetada, como signo o evidencia de *la calidad de su trabajo*, en orden a procurar su entretenimiento y el de sus seguidores (puesto que tal era la finalidad de ese trabajo, tal y como señaló en el acto del juicio) y posteriormente retirar ese consentimiento o asunción de las consecuencias de la actuación provocadora que lleva a cabo, no deja de ser, en este sentido, una utilización ventajista del derecho penal, ex post facto, y en función de que el resultado de su actuación haya sido conforme a sus intereses o no, y, por tanto, debe considerarse que, dentro de los límites en que el propio interesado lo manifiesta, (*la bofetada son gajes del oficio*), debe considerarse que el consentimiento existe a los efectos del art. 155 del Código Penal .

Como consecuencia de su *actividad profesional*, el agredido se coloca en una situación de riesgo o peligro, autopuesta en peligro que, en el presente caso, ha de ser equiparada al consentimiento en el resultado producido, al ser perfectamente conocedor y consciente del riesgo que para el mismo se genera, de recibir una bofetada, puesto que se había dado ya en otras situaciones y lo había admitido públicamente, por más que en el acto del juicio señalara que jamás pensara que se pudiera agredir a una persona por decirle dos palabras, e incluso se podría discutir, como hacen algunos autores, si el consentimiento ha de referirse a la conducta o también al resultado, considerándose por algunos que bastaría con que se refiriera a la conducta, al conocerse todos los factores de riesgo que inciden en la misma, mientras que otros consideran que ha de ser extensivo al resultado. En cualquier caso, el consentimiento en este caso concreto, debe considerarse que se extiende también al resultado, puesto que la bofetada, no solamente era previsible, como consecuencia de la actividad del denunciante y como consecuencia de su actuación provocadora, sino ya producida en alguna anterior ocasión y asumida expresamente por el ahora denunciante como consecuencia de su trabajo.

Además de los requisitos señalados expresamente en la resolución citada del Tribunal Supremo, a los que se ha hecho referencia hasta ahora, debe considerarse un requisito adicional, consistente en que el **consentimiento**



**ha de ser previo o simultáneo** a la realización de las lesiones consentidas, puesto que así resulta de la literalidad del precepto, en el cual se utiliza la expresión *ha mediado* siendo entonces revocable en cualquier momento anterior a la producción del daño, pero no con posterioridad, como se apuntó más arriba.

La siguiente de las cuestiones se concretaría en la determinación de si es preciso que el consentimiento sea conocido por el autor.

En este sentido, compartimos la tesis de quienes consideran que no es preciso que el autor tenga conocimiento del consentimiento, habida cuenta de que, si partimos de la base de que el consentimiento en las lesiones excluye el tipo, si el tercero no sabe que el titular está de acuerdo con la causación de las lesiones, su conducta sería punible como tentativa inidónea, habida cuenta que si como consecuencia de la existencia de consentimiento el delito se convierte en imposible, al no existir lesión del bien jurídico protegido, falta entonces el desvalor del resultado, permaneciendo el desvalor de la acción.

En el presente caso, debemos convenir en que el autor de la bofetada no tiene conocimiento de la existencia de ese consentimiento, asunción del riesgo y del resultado por parte del destinatario de su acción, de forma que realiza todas las acciones que objetivamente debían producir el resultado, si bien este no se llega a producir por falta del objeto, al haber sido eliminado del hecho el bien jurídico protegido como consecuencia del consentimiento prestado previamente por quien resultó lesionado.

La sentencia de 26 de abril de 2012 del Tribunal Supremo, se refiere a la tentativa inidónea y dice:

**Sin embargo, no es menos cierto que el Código Penal de 1.995 no contiene una norma equivalente al art. 52.2º del Código Penal anterior, que sancionaba como tentativa «los casos de imposibilidad de ejecución o de producción del delito», y el art. 16 del Código Penal (LA LEY 3996/1995) ha redefinido la tentativa, añadiendo el adverbio «objetivamente» («practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado»), lo que quiere decir que el plan o actuación del autor, «objetivamente» considerados, sean racionalmente aptos para ocasionar el resultado, y son punibles, conforme a su actual definición típica, los casos que pueden calificarse de inidoneidad relativa -aun cuando esta denominación haya sido doctrinalmente criticada-, es decir, aquéllos en que los medios utilizados, «objetivamente» valorados «ex ante» y desde una perspectiva general, son abstracta y racionalmente aptos para ocasionar el resultado típico (de lesión o de peligro). Como dice la citada sentencia de 5 de diciembre de 2000 se trata de supuestos en los que "la intervención penal se justifica plenamente porque el autor ha decidido vulnerar el bien jurídico tutelado, a través de una acción que no resulta ajena a la órbita del tipo y utilizando medios generalmente idóneos, aun cuando no lo sean en el caso concreto. La concepción contraria equivaldría, prácticamente, a la opción, no aceptada por el legislador, de la despenalización de la tentativa, pues desde una perspectiva «ex post» toda tentativa implica, en cierto modo, un error de su autor sobre la idoneidad de su acción".**

**La STS 1326/2003 (LA LEY 160215/2003), de 13-10, insistió en que el art. 16.1 CP (LA LEY 3996/1995) ha reedificado la tentativa al entender que ésta consiste en la realización de actos objetivamente encaminados a la realización plena del delito, si bien éste no llega a producirse, fijando la pena en el art. 62 .**

Que los actos realizados sean objetivamente aptos o adecuados para la producción del resultado es exigencia prevista en el art. 16.1, como ya se ha dicho, y tiene por consecuencia que la tentativa se vertebra alrededor de la idoneidad de los actos iniciados por el autor, existiendo como tal en los casos en los que se aprecie tal adecuación de los medios a fin apetecido, con lo que la pretendida impunidad de la tentativa por idoneidad relativo no es tal, manteniéndose en definitiva la situación del anterior CP, sólo que con distinta sistemática, de suerte que la tentativa irreal, imaginaria o inidónea absolutamente, queda extramuros del CP, como tentativa quedan fuera de la respuesta penal los llamados delitos putativos (el sujeto realiza una acción no tipificada penalmente, creyendo que lo está) o los "delitos" absolutamente imposibles por inexistencia de objeto, pero la inidoneidad relativa será punible como tentativa porque los medios serían los objetivamente adecuados para el fin apetecido en una valoración ex ante y desde una perspectiva general ( STS 15-3-2000 , 26-6 - 200 y 2122/2002 , de 20-1- 2003)".

**Criterio que ha sido reiterado en STS 630/2004 , 1329/2004, de 24-11 ; 289/2007, de 4-4 ; 861/2007, de 24-10 ; 822/2008, de 4-12 (LA LEY 207466/2008) , y 963/2009, de 7-10) de modo que "solamente quedarían excluidos los casos en los que el autor, según su plan, hubiere acudido para realizarlo a medios absolutamente irreales o supersticiosos". La STS 1100/2011 de 27-10, insiste la tentativa para ser punible ha de revelar un mínimo de peligrosidad. La tentativa no puede fundamentarse en criterios objetivos y subjetivos puros, sino que se impone una tesis ecléctica. Lo esencial es que la tentativa exprese una voluntad del autor hostil al Derecho, pero además, en cuanto la acción debe mostrarse como peligrosas ex ante, cabe fundamentar la tentativa también objetivamente en la concurrencia de un peligro, al menos abstracto para el bien jurídico. Esta peligrosidad de la acción es el mínimo requerido para la punibilidad de la tentativa (quedando excluida por la tentativa irreal) y así debe ser entendida la exigencia contenida en el art. 16 de**



que los actos ejecutados "objetivamente deberán producir el resultado". Ello, ante la cuestión de si tras la reforma CP. 1995 es punible la tentativa inidónea, la respuesta debe ser positiva en estos términos. El que sea objetivamente adecuada para producir la lesión significa que el plan del autor, objetivamente considerado, debe tener un fundamento racional, lo que permite excluir de la punibilidad de la tentativa las tentativas irreales o supersticiosas, pues en ellas el plan del autor nunca producirá racionalmente el resultado. *Por tanto, para la punibilidad de la tentativa, basta haber ejecutado una acción abstractamente peligrosa para el bien jurídico.* Este es el sentido de la exigencia contenida en el art. 16 de que la acción objetivamente deba producir el resultado, esto es, basta con que en una perspectiva ex ante la acción aparezca como idónea o adecuada para producir lesión del bien jurídico a los ojos de un observador objetivo, esto es se acogerá en el ámbito de la tentativa toda actividad, que a un juicio de un observador objetivo, que conozca el plan concreto del autor, se muestre, según una concepción natural y normal de los hechos ("ut, quod prelumque accidit"), como parte integrante y necesaria del comportamiento típico enjuiciado. *Por ello, no es necesario un peligro concreto, esto es, que el bien jurídico contacte efectivamente con la acción peligrosa.*

- La no concurrencia de alguno de los elementos del tipo objetivo, que impide la consumación del hecho, debe deberse a causas distintas de la voluntad del autor, pues de acuerdo con lo prevenido en el art. 16, "quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado, quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueran ya constitutivos de otro delito o falta". La esencia del desistimiento es, pues, la evitación voluntaria de la consumación del delito, esto es, la existencia de un actus contrarius del autor que comenzó la ejecución del delito que neutraliza la progresión del acontecer delictivo hacia la sesión del bien jurídico.

La tentativa supone que falta alguno (cualquiera) de los elementos objetivos del tipo y no solo el resultado. Así, hay tentativa, tanto cuando falten en el autor las condiciones especiales requeridas por el tipo como cuando el resultado no es imputable a la acción, aunque fuese pretendido por el sujeto. Por tanto no es atendible la teoría de la falta de tipo que reduce conceptualmente la tentativa a la ausencia de resultado, considerando que cuando falta cualquier otro elemento del tipo objetivo estamos ante un hecho atípico.

Por tanto, al no darse uno de los elementos del tipo, como es el bien jurídico protegido, cuya ausencia de protección viene determinada por la existencia de consentimiento, si bien la acción realizada es objetivamente peligrosa y apta para producir la lesión del bien jurídico en base a un juicio apriorístico, finalmente no se produce al no existir bien jurídico susceptible de protección.

Por lo que se refiere a la pena a imponer en los supuestos de tentativa inidónea, la misma sentencia del Tribunal Supremo a que acabamos de hacer referencia, se pronuncia al respecto, diciendo:

**En cuanto a la pena impuesta por el delito de homicidio en grado de tentativa, como hemos dicho en STS 5-5-2010, el art. 62 CP (LA LEY 3996/1995) dispone que "a los autores de tentativa de delito se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito consumado, en la extensión que se estime adecuada, atendiendo el peligro inherente y al grado de ejecución alcanzado".**

Por ello el nuevo Código Penal ha concentrado en un solo precepto las formas imperfectas de ejecución del delito, considerando que sólo existen dos modalidades: el delito consumado y la tentativa, sin hacer más especificaciones sobre los grados de ésta, como se hacía en el anterior Código Penal. No obstante la doctrina y la jurisprudencia han venido distinguiendo entre lo que se denomina tentativa acabada, que equivale al anterior delito frustrado y la tentativa inacabada, que es la tradicionalmente recogida en los textos anteriores. ( STS 269/2005, de 28-2 ).

Para determinar la distinción entre la tentativa acabada e inacabada -nos dice la STS. 817/2007 de 15.10 - se han manejado doctrinalmente dos teorías: una subjetiva, que pone el acento en el plan del autor, o sea, en el signo interno del propósito del mismo, conforme a la cual, si lo que el sujeto quería llevar a cabo era la total consumación del hecho, estaremos en presencia ya de una tentativa acabada; y otra teoría, de características objetivas, que pone el punto de vista en la secuencia de actos verificada antes de la interrupción forzada del hecho, de modo que si se han practicado *todos* aquellos actos que debieran dar como resultado el delito, y éste no se produce en todas sus consecuencias por causas ajenas a la voluntad del culpable, estamos en presencia de la tentativa acabada. La inacabada, sin embargo, admite aún el desistimiento voluntario del autor, con los efectos dispuestos en el *art. 16.2 del Código penal (LA LEY 3996/1995)*.

En realidad, lo correcto es seguir una teoría mixta, pues el plan del autor es necesario para distinguirlo de otros tipos delictivos y conocer las características internas de lo querido por el agente, y la objetivación de la actividad desplegada es necesaria para llegar a determinar el *grado de ejecución alcanzado* por el delito.



Realmente, la interpretación de la realización de *todos* los actos a que se refiere el **art. 16.1 del Código Penal (LA LEY 3996/1995)** no puede ser entendida en sentido literal, pues es claro que en la tentativa siempre habrá *fallado* algo, de modo que no se puede mantener que, en *sentido físico*, se han desplegado todos los actos que debieran dar como resultado el delito, y éste no se ha efectuado. En los delitos de resultado, éste es exigido por el ordenamiento jurídico para que se produzca la consumación. De modo que ese "todos", debe entenderse en *sentido jurídico*, esto es, el despliegue de la actividad criminal por el autor, de modo que la frustración es un mero accidente con el que no contaba el sujeto activo del delito.

Aunque la jurisprudencia, quizá con un excesivo arrastre del concepto de tentativa y frustración del Código Penal anterior, sigue manejando los conceptos de tentativa acabada e inacabada, este punto de vista debe ser modificado a la vista de la nueva redacción del **art. 62 del Código Penal (LA LEY 3996/1995)**. En efecto, en este precepto, no solamente se tiene en cuenta "el grado de ejecución alcanzado", que es una traslación de los antiguos conceptos de la imperfecta ejecución, sino atender al "peligro inherente al intento", que es tanto como poner el acento en la conculcación del bien jurídico protegido, momento a partir del cual los hechos entran en el estadio de la tentativa, y el peligro, que supone la valoración de un nuevo elemento que configura la cuantía del merecimiento de pena, y cuyo peligro no requiere de módulos objetivos de progresión de la acción, sino de *intensidad de ésta*, de modo que el peligro actúa corrigiendo lo más o menos avanzado del intento, y cuando concurre, determina una mayor proporción en la penalidad aplicable, siendo así, que constatado tal peligro, ha de rebajarse en un solo grado la imposición punitiva.

Doctrina que se reitera en STS 1180/2010 de 22-12 al recordar que "el art. 62 establece dos criterios para determinar la concreta penalidad de las conductas ejecutadas en fase de tentativa: "el peligro inherente al intento" y el "grado de ejecución alcanzado". La diferencia con respecto al CP 1973 (LA LEY 1247/1973) estriba en que mientras en la regulación anterior la tentativa podía rebajarse en uno o dos grados, al arbitrio del tribunal, respecto de la pena correspondiente al delito al delito consumado (art. 52.1) y en la prestación, por el contrario sólo podía rebajarse en un grado (art. 51), en el actual art. 62 se permite una mayor flexibilidad de decisión a los jueces, en la medida en que, en principio, pueden imponer la pena inferior en uno o dos grados a cualquier forma de tentativa, independientemente de si es una tentativa acabada o inacabada.

La doctrina ha destacado que en realidad el fundamento del criterio punitivo del grado de ejecución alcanzado (tentativa acabada o tentativa inacabada) radica en el peligro generado por la conducta, por lo que se está ante el mismo fundamento que el del otro criterio, el peligro inherente al intento, descansando ambos en el principio de ofensividad. Pues todo indica que el texto legal parte de la premisa de que cuantos más actos ejecutivos se hayan realizado, más cerca se ha estado de la consumación del delito y, en consecuencia, el peligro de lesión es mayor y la lesividad de la conducta también.

Atendiendo pues el criterio central del peligro, que es el que proclama el C.P. parece que lo razonable es que la tentativa inacabada conlleve una menor pena que la acabada y también que la tentativa idónea (peligro concreto para el bien jurídico) conlleve una mayor pena que la tentativa inidónea (peligro abstracto para el bien jurídico que tutela la norma penal). Por lo tanto, de acuerdo con lo anterior lo coherente será que la pena se reduzca en un grado en caso de tratarse de una tentativa acabada y en dos de los supuestos en que nos hallamos ante una tentativa inacabada. Y también que en los supuestos de tentativa idónea se tienda a reducir la pena en un sólo grado, mientras que en los casos de la tentativa inidónea se aminore en dos.

Sin embargo, debe quedar claro que como el criterio relevante y determinante, según el texto legal, es el del peligro para el bien jurídico que conlleva inherente al intento, no siempre que la tentativa sea inacabada se impondrá la pena inferior en dos grados, pues puede perfectamente suceder que la tentativa sea inacabada pero que un grado de ejecución sea muy avanzado (se hayan ya realizado varios actos que suspcian la proximidad de la consumación) en cuyo caso lo razonable será reducir la pena sólo en un grado.

Algún sector doctrinal había defendido con anterioridad a la reforma introducida en el código penal por la Ley Orgánica 1/2015, que, en la medida en que el artículo 155 del Código Penal se refería únicamente a los delitos, el consentimiento en las lesiones solamente debía entenderse con las limitaciones y requisitos a que se refiere el precepto, en relación a los delitos propiamente dichos, considerando que en relación a las faltas, y en virtud de un argumento a sensu contrario, permitiría considerar la plena disponibilidad en ellas, con plena operatividad del consentimiento, sin limitación alguna y entendiendo que, una interpretación extensiva del art. 155, que incluyera también las faltas en el ámbito de limitación a la relevancia del consentimiento que se contiene en el precepto constituiría, una analogía *in malam partem*.

Sin embargo, tras la reforma introducida en el Código Penal, en virtud de la Ley Orgánica 1/2015, en que resultan despenalizadas las faltas, y se configura la categoría de los delitos leves, el hecho de que el art. 155 no distinga, nos debe llevar a considerar que, en virtud del principio de legalidad, donde la ley no distingue no





debemos distinguir, por más que parezca otro de los innumerables aspectos en que la actividad compulsiva del legislador, en un momento dado, ni siquiera hubiera reparado.

En definitiva, la conclusión que de todo ello resulta es que, estamos en presencia de un supuesto en que el denunciante, que realiza una actividad profesional, en virtud de la cual realiza una actuación, calificada como broma, y que cuando menos supone una falta de consideración a los destinatarios de dicha actuación, introduciéndoles de forma no consentida ni autorizada, al menos ex ante y no existiendo constancia alguna de una autorización posterior, en una actividad que les convierte en actores involuntarios de un show que reporta un beneficio económico al denunciante, es decir, actuando éste con ánimo de lucro, en la que el denunciante ha manifestado su consentimiento a la lesión que finalmente se produce, habiendo realizado al menos un video en que, de forma voluntaria y expresa manifiesta que se lo ha ganado y que son gajes del oficio, aunque igualmente, manifiesta que espera que no se vuelva a repetir, pero debe entenderse que asume el riesgo y se coloca nuevamente en dicha situación de riesgo.

Ahora bien, en la medida en que el consentimiento prestado, si bien reúne las condiciones y requisitos del art. 155 del Código Penal, no es conocido por el denunciado, debe considerarse que el hecho de que golpeará al denunciante y le causará las lesiones a que se ha venido haciendo referencia, debe considerarse punible, si bien como tentativa inidónea, al no existir bien jurídico protegido, al haber sido excluido por el acto de disposición previo llevado a cabo por el consentimiento del lesionado.

#### **OCTAVO.- Sobre la consideración de la acción del denunciante como inducción.**

Los presupuestos de la inducción son recogidos, por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 2008, que afirma:

#### **2. Los requisitos establecidos para la inducción los viene señalando la doctrina de esta Sala, reduciéndolos a los siguientes:**

- a) la influencia del inductor ha de incidir sobre alguien que previamente no está decidido a cometer la infracción.
- b) la incitación ha de ser intensa y adecuada, de forma que motive suficientemente al inducido a la perpetración del hecho deseado.
- c) que se determine a un ejecutor concreto y a la comisión de un delito concreto.
- d) que el inducido realice, efectivamente, el tipo delictivo a que ha sido incitado.
- e) que el inductor haya actuado con la doble intención de provocar la decisión criminal y de que el crimen efectivamente se ejecute.

Es preciso para que pueda hablarse de inducción que concurra lo que se denomina "causalidad psíquicamente actuada", que es tanto como determinar o mover a una persona a que ejecute un hecho delictivo concreto y ello aunque el ánimo del inducido estuviera más o menos predispuesto, pero no decidido.

La proposición, llamada también "tentativa de inducción", sólo podría darse cuando deviene ineficaz y por ende no va seguida de la ejecución. En consecuencia el comportamiento de la acusada como proponente sólo sería posible en dos supuestos concretos:

- a) cuando la inducción no fuera efectiva por no haberse cometido el delito propuesto.
- b) cuando estemos en presencia del denominado "omnimodo facturus", es decir, la persona que en cualquier caso hubiese cometido el delito, porque su voluntad estaba predeterminada a hacerlo y lo habría ejecutado de todas formas, deviniendo anodina y superflua la inducción.

El inductor no es otra cosa que un partícipe en la autoría del hecho, castigado, en el caso de la provocación al delito de lesiones en virtud de lo dispuesto en los arts. 18.2, último inciso y 151 del Código Penal, siendo así que no procede siquiera entrar en un análisis del supuesto toda vez que ello supondría, por una parte, mutar la posición jurídica del denunciante para convertirlo en denunciado, no habiéndose formulado denuncia alguna al respecto, lo cual le colocaría en evidente situación de indefensión, y, por otra parte, el hecho de que se realice una actividad provocadora no puede ser confundido con el sentido técnico-jurídico de la provocación para delinquir.

La provocación para delinquir, en este sentido técnico jurídico supone la voluntad o dolo de comisión de un determinado delito, siendo así que, según la tesis que se sostiene, se trataría de un delito cometido sobre la propia persona del pretendido inductor, una especie de autolesiones cometidas a través del inducido, siendo así que las autolesiones son atípicas.

Es por ello que procede la desestimación de este particular.

#### **NOVENO.- Sobre la pena a imponer.**

En virtud de todo lo expuesto resulta, recapitulando, que estamos en presencia de un supuesto de delito leve de lesiones del art. 147.2 del Código Penal, concurriendo legítima defensa putativa, lo cual debe dar lugar a la imposición de la pena correspondiente como tentativa inidónea, habida cuenta de las particularidades del caso, conforme se ha fundamentado más arriba, y, por otra parte, se estima que existe consentimiento en las lesiones, de conformidad con el art. 155 del Código Penal.

Así, el art. 147.2 prevé una pena de multa de uno a tres meses.

El art. 155 del Código Penal establece que:

**En los delitos de lesiones, si ha mediado el consentimiento válida, libre, espontánea y expresamente emitido del ofendido, se impondrá la pena inferior en uno o dos grados.**

No obstante, no puede operar directamente la rebaja de la pena establecida en dicho precepto, toda vez que el consentimiento no era conocido por el denunciado, si bien ello debe conllevar, como se expuso en el apartado correspondiente a considerar que estemos en presencia de un supuesto de tentativa inidónea.

A su vez, el art. 62 del Código Penal señala que **A los autores de tentativa de delito se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito consumado, en la extensión que se estime adecuada, atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado.**

Estando en presencia de una tentativa inidónea en que se han realizado todos los actos que deberá haber llevado a la consumación del delito, de tal forma que dicha consumación no se llega a producir por la concurrencia de un elemento externo a la voluntad del autor denunciado, y que no es otro que la existencia de un consentimiento previo en las lesiones mediante la asunción y conocimiento del resultado posible y previsible por parte del denunciante, se considera adecuado que la reducción de la pena sea de un solo grado, lo cual determinaría que la pena a imponer fuera de multa de entre 7 y 14 días.

En segundo lugar, como hemos dicho concurre la circunstancia de legítima defensa putativa, lo cual ha de llevar a la aplicación del art. 14 del Código Penal, en virtud del cual:

**1. El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente.**

**2. El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación.**

**3. El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados.**

Estando en presencia de un error de prohibición y considerando que dicho error era vencible, como se determinó en el apartado correspondiente, procedería la aplicación de la pena inferior en grado, lo cual, a su vez, llevaría a que la pena a imponer sería de multa de entre 3 y 4 días.

No se trata, en puridad, de dos atenuantes, sino, por una parte de un error de prohibición en una eximente, en el caso de la legítima defensa putativa, y, por otra parte, de un supuesto, el del consentimiento en las lesiones cuya punición deriva de una construcción jurídico dogmática a que se ha hecho referencia.

A su vez, de conformidad con el art. 50.3 del Código Penal, la pena de multa ha de tener una extensión mínima de 10 días resultando de la aplicación estricta de los preceptos mencionados una pena de multa incluso inferior al mínimo legal.

Finalmente el art. 66.2 del Código Penal señala que **2. En los delitos leves y en los delitos imprudentes, los jueces o tribunales aplicarán las penas a su prudente arbitrio, sin sujetarse a las reglas prescritas en el apartado anterior**, y relativas a la aplicación de las penas en función de la concurrencia de una o varias atenuantes y/o agravantes, que, como hemos visto, no es en puridad el caso que nos ocupa.

En definitiva, la aplicación de las reglas de determinación de la pena en el caso concreto, llevarían a la imposición de una pena de multa de 3 o 4 días. Sin embargo, existe un mínimo legal de extensión de la pena de multa que se establece en diez días, lo que determina la imposibilidad de imponer una pena de multa inferior.

La consecuencia de todo ello es que procede la imposición de una pena de multa mínima de 10 días, con una cuota diaria de 3 €, optándose, en lo que se refiere al importe de la cuota diaria por una cuota próxima al mínimo legal de 2 €, conforme al art. 50.4 del Código Penal, entendiéndose que el mínimo legal ha de reservarse



para situaciones próximas a la indigencia, habida cuenta que en la fijación del importe de la multa y de las cuotas, debe tenerse en consideración la situación patrimonial del condenado, siendo así que consta que el mismo trabaja, si bien la única prueba relativa a sus ingresos es de carácter verbal.

Asimismo y atendiendo a las circunstancias concurrentes, a las que se viene haciendo referencia a lo largo de la presente, procede incluso la imposición de esa cuota próxima al mínimo.

Es por ello que, como decimos, procede la imposición de una pena mínima de multa de 10 días con una cuota diaria de 3 €.

#### **DECIMO.- Sobre la responsabilidad civil ex delicto.**

Declarada la existencia de responsabilidad penal del denunciado, sería procedente realizar el pronunciamiento correspondiente sobre su responsabilidad civil de conformidad con los arts. 109, 110 y 116 del Código Penal vigente.

En este particular, el perjuicio ocasionado se concretaría, en las lesiones sufridas, consistentes en dolor y tumefacción facial izquierda, presentando a la exploración física médica dolor a la palpación en región periorbicular inferior izquierda, no crepitación ni hematoma, leve molestia al abrir y cerrar la boca en articulación temporomandibular izquierda, señalándose como diagnóstico dolor facial, lesiones de las que tardó en curar tres días, precisando de una sola asistencia facultativa

Según el informe médico forense el periodo de curación se situaría entre 3 y 5 días, no habiendo otros elementos suficientes para concretar, se considera razonablemente que el periodo de curación se sitúa en 3 días, no existiendo otros elementos de prueba que permitan considerar que el periodo de curación fue superior al mínimo establecido, considerando que otra cosa operaría en contra de la presunción de inocencia y supondría una interpretación contra reo.

En orden a la determinación del importe indemnizatorio, debe traerse a colación el art. 114 del Código Penal, atendidas las particularidades del caso, en virtud del cual:

**Si la víctima hubiere contribuido con su conducta a la producción del daño o perjuicio sufrido, los Jueces o Tribunales podrán moderar el importe de su reparación o indemnización.**

Como ya se señaló más arriba existe en el presente caso, un consentimiento en la producción de las lesiones, en la forma y medida que se determina en el correspondiente Fundamento Jurídico al que nos remitimos en su integridad, en el cual se expone la participación o contribución del denunciante con su conducta en la producción del perjuicio sufrido, siendo innegable, en función de lo argumentado, que dicha contribución existió, de forma directa y causal, en la producción del daño.

Además, como señaló el Ministerio Fiscal en fase de informe, es lo cierto que el denunciante se lucró con esta actividad, y que, como se señaló a lo largo de la presente, su actuación está motivada por un ánimo de lucro, provocando la situación en función de dicho ánimo de lucro.

Podemos, desde este punto de vista, traer a colación la doctrina jurisprudencial relativa a la moderación de la indemnización aplicada en supuestos de accidentes de tráfico, por ejemplo, y por analogía, como criterio interpretativo, del mismo modo que se suele acudir al baremo de indemnizaciones establecido para los accidentes de tráfico en orden a establecer las indemnizaciones en los delitos por lesiones, citando la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 9 de enero de 2017, y que afirma:

**Y todo ello en consonancia con lo que establece la jurisprudencia menor de las Audiencias Provinciales, como por ejemplo la SAP de Sevilla de fecha 21 de mayo de 2004 cuando señala con carácter general que "...En armonía con lo dispuesto en el artículo 1.1, pfo.4º, de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, relativo a la "equitativa moderación" de la cuantía indemnizatoria en los casos en que hubieren concurrido la negligencia del conductor y la del perjudicado, el tercer inciso de la regla séptima del apartado primero de las normas generales del sistema de valoración legal introducido como anexo a la Ley citada por la Ley 30/95 establece que "son elementos correctores de disminución en todas las indemnizaciones (...) la concurrencia de la propia víctima en la producción del accidente o en la agravación de sus consecuencias". Con carácter más general, para todos los supuestos de responsabilidad civil ex delicto, pero también menos preciso, el artículo 114 del Código Penal prevé que "si la víctima hubiere contribuido con su conducta a la producción del daño o perjuicio sufrido, los jueces o tribunales podrán moderar el importe de su reparación o indemnización", siguiendo la citada resolución judicial posteriormente con una distinción conceptual entre lo que es la "autopuesta en peligro" y "la asunción de riesgo" como formas de concurrencia de culpas diciendo "...Cuando en materia de responsabilidad civil se habla de la asunción del riesgo se alude específicamente no a los supuestos de autopuesta en peligro en sentido estricto, sino a lo que la doctrina penal alemana denomina consentimiento en la puesta en peligro propia por un tercero; es**



decir, al consentimiento de la víctima en participar de un acontecer arriesgado desarrollado y controlado por otro, a la asunción autorresponsable de un riesgo de creación ajena. Mientras los supuestos de autopuesta en peligro en sentido estricto son casos de concurrencia de conducta también imprudente por parte de la víctima, los de asunción del riesgo se caracterizan porque la conducta de la víctima no tiene eficacia causal en la generación del hecho dañoso, pero sí, junto con la del creador del riesgo, en el daño padecido. Son casos en que la víctima no se causó propiamente el daño, exclusivamente imputable al agente, pero éste aparece estrechamente vinculado con el riesgo consentido. Obviamente, la asunción del riesgo por la víctima constituye una categoría intermedia entre el simple conocimiento del riesgo y el consentimiento en el resultado. La distinción con esta última categoría, determinante de la total exoneración de responsabilidad civil del agente, suele ser sencilla, porque en la asunción del riesgo no hay la voluntad de aceptar un daño actual, sino la voluntad de aceptar la exposición a un daño eventual. En cambio la distinción con el simple conocimiento del riesgo, que por lo general constituye un indiferente jurídico, puede resultar problemática por la dificultad de distinguir entre la simple conciencia del peligro y su voluntaria asunción...". Y sigue diciendo la referida sentencia en torno a esta distinción conceptual que "...La categoría de la asunción del riesgo es útil en el derecho de daños, porque permite dar una solución adecuada a supuestos que no la encontrarían en la figura tradicional de la concurrencia de culpas en sentido estricto. En ésta, a la actuación culpable del creador del riesgo se añade una actuación culpable de la víctima que influye causalmente en la producción del hecho dañoso en sí; en cambio, en la asunción del riesgo, a la conducta (culpable o inculpable) del creador del riesgo se superpone una actuación culpable de la víctima que no influye causalmente en la producción del hecho dañoso, pero sí en la de los daños sufridos por ella.

La trascendencia de este criterio radica en que distingue entre la asunción del riesgo, autopuesta en peligro y consentimiento en el resultado, el cual, como dice la referida sentencia, es determinante de la total exoneración de responsabilidad civil.

En efecto, en el presente caso, y como venimos argumentando, existe una asunción del riesgo por parte del denunciante, que sabe que se expone al resultado, pero, además, consideramos que su consentimiento ha ido más allá y que excede de la mera asunción del riesgo, rebasando incluso la mera auto puesta en peligro para llegar al consentimiento pleno en las lesiones, con arreglo a todo lo que se ha ido argumentando a lo largo de la presente, lo cual determina la exoneración total de la responsabilidad civil del denunciado, por lo que no procede hacer pronunciamiento especial alguno en esta materia.

#### **SEXTO.- Sobre la condena en costas.**

De conformidad con el art. 123 del Código Penal , y 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal las costas del procedimiento se entienden impuestas al declarado criminalmente responsable, por lo que procede la imposición de las costas a Lazaro Jeronimo .

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación, en nombre del Rey, y por la autoridad conferida por el Pueblo Español

#### **FALLO**

Que DEBO CONDENAR Y CONDENO A Lazaro Jeronimo , como autor de un delito leve de lesiones del art. 147.2 del Código Penal vigente, a la pena de **multa de DIEZ DIAS con una cuota diaria de 3 €**, con responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas que dejare de pagar, así como al pago de las costas, **no siendo procedente indemnización alguna en concepto de responsabilidad civil.**

Esta resolución no es firme. Contra ella cabe interponer recurso de apelación en el plazo de cinco días a contar desde el siguiente al de su notificación.

Así por esta mi sentencia lo pronuncio, mando y firmo.

**PUBLICACION.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Sr. Juez que la suscribe el mismo día de su fecha, estando celebrando audiencia pública. Doy fe.