



Roj: **SAP IB 57/2018 - ECLI:ES:APIB:2018:57**

Id Cendoj: **07040370022018100014**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **2**

Fecha: **10/01/2018**

Nº de Recurso: **310/2017**

Nº de Resolución: **5/2018**

Procedimiento: **Penal. Apelación procedimiento abreviado**

Ponente: **MARIA DEL CARMEN GONZALEZ MIRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**audiencia provincial de palma de mallorca**

**Sección nº 2**

**Rollo: 310/2017**

**JUZGADO: De lo Penal núm. 2 de Ibiza**

**PROCEDIMIENTO: Procedimiento Abreviado número 131/2016**

**APELACIÓN PENAL DE SENTENCIA.**

**SENTENCIA NÚM. 5/2018**

**ILMAS. SRAS. MAGISTRADAS:**

**Dña. María del Carmen González Miró**

**Dña. Ana María Cameselle Montis**

**Dña. Mónica de la Serna de Pedro**

En Palma de Mallorca, a 10 de enero de 2018

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por el Juzgado de lo Penal número de en el procedimiento Abreviado número se dictó sentencia con el siguiente fallo:

*"Qué debo condenar y condeno al acusado Nemesio como responsable en concepto de autor de un delito de **lesiones**, no concurriendo circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de 6 meses de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de duración de la condena, pago de la totalidad de las costas causadas, y a que indemnice a Remigio , en las cantidades dispuestas en el fundamento jurídico cuarto de esta resolución."*

**SEGUNDO.-** La sentencia recurrida declaró probados los hechos siguientes:

*"Se declaran como tales, que en fecha 13 de Agosto de 2014, se disputaba en el campo de la "S.D.**Formentera A**", un encuentro amistoso de futbol, con el equipo "C.F. **San Rafael A**", entendido por los aficionados como el derby de la temporada.*

*Sobre las 19.15 horas y en el transcurso del mismo, el hoy acusado Nemesio , mayor de edad, sin antecedentes penales, jugador del equipo en primer lugar mencionado, sin hallarse en posesión del balón, y sin capacidad de disputarlo tampoco, puesto que se iba a sacar una falta desde el lateral del área , hallándose el mismo en la frontal, con el propósito de menoscabar la integridad física del jugador del equipo contrario Remigio ,que se hallaba junto a él, le propinó de forma totalmente intencionada un codazo en la cara.*



Como consecuencia de ello, Remigio , que nació el NUM000 de 1984, sufrió **lesiones**, consistentes en herida contusa con solución de continuidad de 3 cm en región malar izquierda, que requirieron para su curación en su inicial asistencia facultativa , el empleo de puntos de sutura, tardó en curar 15 días , 4 de los cuales fueron impeditivos; reta como secuela cicatriz lineal hipercrómica de 3 cm de longitud en región malar izquierda."

**TERCERO.-** Contra la mencionada sentencia se interpusieron los siguientes recursos de apelación: El/la Procurador/a D./Dña. Hugo Valparis Sánchez en representación de D. Nemesio solicitando se dictase otra sentencia absolviendo a su representado.

**CUARTO.-** Admitido el recurso y dado traslado por diez días a las demás partes personadas, el Ministerio Fiscal lo impugnó interesando su íntegra desestimación y la confirmación de la sentencia apelada. Por Procuradora Dña. Susana Navarro Mari en representación de D. Remigio se presentó escrito impugnando el recurso. Tras lo cual, se elevaron las actuaciones a la Ilma. Audiencia Provincial, turnándose a esta Sección Segunda y designándose ponente a la Magistrado María del Carmen González Miró ; quien, tras la oportuna deliberación y votación, expresa en la presente el parecer del Tribunal.

## HECHOS PROBADOS

**UNICO.-** Se admiten como tales los así declarados en la sentencia de instancia.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO .-** Formula recurso la defensa de D. Nemesio condenado en la instancia alegando error en la valoración de la prueba, vulneración del artículo 24 de la Constitución y asimismo esgrime que los hechos declarados probados no son constitutivos del delito de **lesiones** del art. 147.1 del Código Penal .

Por lo que respecta a la vulneración del derecho a la presunción de inocencia del recurrente en relación a la condena por delito debemos recordar que el derecho a la presunción de inocencia, consagrado en nuestro derecho con rango fundamental en el artículo 24 de la Constitución , implica que toda persona acusada de un delito debe ser considerada inocente hasta que se demuestre su culpabilidad con arreglo a la Ley ( artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos ; artículo 6.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ). Su alegación en el proceso penal obliga al Tribunal "ad quem" a comprobar que el juzgador de instancia ha tenido en cuenta prueba de cargo, de contenido suficientemente incriminatorio, obtenida e incorporada al juicio oral con respeto a los derechos fundamentales y con arreglo a las normas que regulan su práctica, de manera que se pueda considerar acreditada la realidad de unos hechos concretos, con sus circunstancias agravatorias relevantes jurídico-penalmente, y la participación o intervención del acusado en los mismos. También debe el Tribunal verificar que la valoración realizada no se aparta de las reglas de la lógica y es respetuosa con las máximas de experiencia y con los conocimientos científicos y no es, por lo tanto, irracional, inconsistente o errónea.

Como es sabido, si bien el recurso de apelación es un mecanismo procesal que posibilita un nuevo examen de la causa y, con ello, el control por el Tribunal ad quem tanto sobre la determinación de los hechos probados como sobre la aplicación del derecho objetivo efectuadas en la primera instancia, y que ello no comporta, en principio, especial problemática en cuanto a la revisión de la aplicación del Derecho llevada a cabo en la primera instancia (puesto que, en orden a la subsunción de los hechos objeto del proceso en las normas jurídicas, tanto el Juez a quo como el Tribunal ad quem se hallan en una similar posición institucional), sin embargo, no cabe efectuar igual afirmación en lo que respecta a la revisión en vía de apelación de la apreciación probatoria efectuada en primera instancia. Y la razón de esta última consideración estriba en la más que asentada doctrina jurisprudencial -de reproducción ociosa por ser sobradamente conocida-, según la cual, cuando la cuestión debatida en apelación es la valoración de la prueba llevada a cabo por el Juzgador de instancia en uso de las facultades que le confiere nuestro Ordenamiento Jurídico ( artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo 117.3 de la Constitución Española ), y sobre la base de la actividad desarrollada en el juicio oral, la observancia de los principios de inmediación, contradicción y oralidad a que esa actividad se somete conducen a que, por lo general, deba reconocerse singular autoridad a la apreciación de las pruebas hecha por el Juez a cuya presencia se practicaron. Y ello porque es dicho Juzgador a quo quien goza del privilegio de intervenir en la práctica de la prueba y de valorar correctamente su resultado, apreciando personal y directamente las pruebas, ya sean las de la instrucción, las anticipadas, las preconstituidas, o las del artículo 730 de la Ley Procesal Penal , todo lo cual, sin duda alguna tiene una trascendencia fundamental en lo que afecta a la prueba testifical (modo de narrar los hechos, expresión, comportamiento, dudas, rectificaciones, vacilaciones, seguridad, coherencia etc.) y a la del examen del acusado, y no tanto respecto de la valoración del contenido



de documentos o informes periciales, pues en principio nada obstaría una nueva valoración de los mismos en la segunda instancia.

De las ventajas antes aludidas y derivadas de los principios enunciados carece el Tribunal de apelación; el cual, obligado a revisar la prueba en segunda instancia, debe respetar -en principio-, el uso que se haya hecho en la instancia de la facultad de apreciar en conciencia las pruebas practicadas (facultad plenamente compatible con los principios de presunción de inocencia y tutela judicial efectiva), siempre y cuando tal proceso valorativo se haya motivado y razonado adecuadamente en la sentencia ( SSTC 17/12/85 ; 13/6/86 ; 13/5/87 ; 2/7/90 , entre otras).

Consecuentemente con lo manifestado, sólo cabe revisar la apreciación probatoria hecha por el Juez de instancia en los siguientes casos:

a) Cuando aquella apreciación no dependa sustancialmente de la percepción directa o inmediación que el Juez tuvo con exclusividad, es decir, cuando no dependa de la credibilidad de los testimonios o declaraciones oídos solamente por el Juzgador. Cuando las pruebas en que se sustenta la sentencia de instancia son de naturaleza personal, como las testificales vertidas en el acto del juicio oral que fueron directa y personalmente presenciadas por el tribunal sentenciador; la correcta ponderación de la credibilidad de lo declarado por los testigos al Juez de Instancia corresponde, salvo manifiesto error o incongruencia.

b) Cuando con carácter previo al proceso valorativo no exista prueba objetiva de cargo válidamente practicada, en cuyo caso se vulnera el principio de presunción de inocencia;

c) Cuando un ponderado y detenido examen de las actuaciones ponga de relieve un manifiesto y claro error del Juzgador de instancia de tal magnitud - razonamiento absurdo, ilógico, irracional o arbitrario-, que haga necesaria, empleando criterios objetivos y no interpretaciones discutibles y subjetivas, una modificación de los hechos declarados probados en la sentencia ( STS 29/12/93 y STC 1/3/93 ). Labor de rectificación esta última que será más difícil cuanto más dependa la valoración probatoria a examinar de la percepción directa que se tiene en la instancia, pero no imposible cuando las pruebas valoradas se hayan practicado sin observancia de los principios constitucionales o de legalidad ordinaria. Es por ello por lo que si la prueba ha respetado los principios de constitucionalidad y legalidad ordinaria y su interpretación no llega a conclusiones notoriamente ilógicas o incongruentes por contrarias a las evidencias de su resultado, el Tribunal ad quem no debe alterar las apreciaciones llevadas a cabo por el Juzgador a quo en la valoración de la misma, pues una cosa es el derecho a la presunción de inocencia y otra distinta el derecho al acierto del Juez cuando interpreta la norma y valora la prueba.

No ofrece el recurrente un concreto relato fáctico alternativo, sin embargo del contenido de su recurso se revela que se admite que fue la acción de su defendido el que causó **lesiones** a D. Remigio durante un partido de fútbol amistoso. Lo que se discute no es tanto la forma de causación sino las circunstancias concurrentes. Así la sentencia de instancia establece que los hechos se produjeron sin que Nemesio se hallase en posesión del balón y no tenía capacidad de disputarlo puesto que se iba a sacar una falta desde el lateral del área, hallándose el mismo en la frontal, hallándose junto a Remigio y afirma que Nemesio de forma totalmente intencionada le dio un codazo en la cara. Concluye el recurrente que las declaraciones son contradictorias y por ello ninguna puede ser tenida en cuenta para considerarlas prueba de cargo. Ello es tanto como decir que existen prueba en uno y otro sentido con idéntico valor que debió determinar la duda de la juzgadora. Pues bien, ninguna duda refleja la sentencia. La sentencia de instancia advierte que existen varias testificales apoyando la versión de uno y otro jugadores pero considera que es decisiva la declaración del testigo que era el árbitro del partido. Comparte la Sala que es irrelevante que el acta levantada sea o no nula a los efectos deportivos que procediera y que lo importante, como así hace es atender a la declaración testifical. No existe razón alguna para que la credibilidad dada por la juzgadora a la testifical del árbitro deba ser revisada en esta instancia para dejarla sin valor probatorio bastante.

En cuanto a lo señalado en el "otrosí digo" debe de ser rechazado de plano, ningún precepto legal cita el recurrente ni ampara la nueva celebración de juicio, no es la Audiencia Provincial la llamada a celebrar el juicio, es el Juzgado de lo Penal. El juicio sólo podría repetirse si se declarase la nulidad del juicio lo cual ni se pide ni se acuerda.

**SEGUNDO.-** El artículo 147.1 del Código Penal castiga como reo de delito de **lesiones**, al que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una **lesión** que menoscabe su integridad corporal o salud física o mental, siempre que la **lesión** requiera objetivamente para su sanidad, además de la primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo viene manteniendo que la comisión del delito de **lesiones** precisa la concurrencia de dos elementos. Uno objetivo que es la existencia de un daño a la víctima y otro subjetivo consistente en el dolo de lesionar menoscabando la integridad corporal o salud física o mental del sujeto pasivo.

La práctica del deporte está mencionada en el art. 43.3 de la Constitución Española . La Ley del deporte prevé la tutela y fomento del deporte. La práctica deportiva puede conllevar la causación de **lesiones** especialmente en aquellos deportes en equipo con contacto físico. Ahora bien, la misma Ley del deporte prevé la posibilidad de comisión de delitos, así en el art. 83.1 establece "Los órganos disciplinarios deportivos competentes deberán de oficio o a instancia del instructor del expediente, comunicar al Ministerio Fiscal aquellas infracciones que pudieran revestir caracteres de delito o falta penal". Para que las **lesiones** estén justificadas en el ejercicio de un derecho u oficio es necesario que la actuación lesiva sea acorde con la reglamentación.

En las actividades deportivas y muy especialmente en los deportes de contacto previo al examen de la concurrencia del elemento subjetivo en el sujeto activo de la **lesión**, se hace preciso examinar la antijuridicidad de la conducta que sin duda ha de venir determinado por la producción o no de la misma dentro del ámbito de la actividad deportiva. A modo de ejemplo valga mencionar que en el boxeo por ejemplo, deporte violento por excelencia, los contrincantes se lesionan y tiene la intención de hacerlo, pero sin embargo su conducta no es reprochable desde el punto de vista penal. Algo similar sucede en el resto de los deportes de contacto en el que los encontronazos entre los participantes son previsibles. Ello es así por que la **lesión** producida dentro del ejercicio de la actividad deportiva esta legitimada y por lo tanto es excluyente de la antijuridicidad o incluso está consentida por los que participan en el juego.

Existe también unanimidad entre los autores que han estudiado el tema de las **lesiones** en el deporte o con ocasión de la práctica deportiva, en que el consentimiento que se presta por quien ejercita alguna modalidad deportiva, de competición (profesional) o "amateur", no es un consentimiento a ser lesionado. Por ejemplo, el futbolista no se presta voluntariamente a que le partan una pierna en un partido, ni un jugador de rugby a que le causen **lesiones** craneales como consecuencia de un placaje. En lo que el deportista consiente es en el riesgo de que la **lesión** se produzca, es decir, en que, como consecuencia de un lance de juego donde existe el contacto físico con otro competidor, pueda sufrir una **lesión**, y ése es el riesgo que asume. Para asumir ese riesgo a ser lesionado, el deportista exige mentalmente o al menos espera que quien menoscaba su integridad, respete la "lex artis", es decir, las reglas del juego, y en esas condiciones, presta su consentimiento, actuando confiado en que sus contrincantes no van a transgredirlas. Se conocen las diferentes teorías que sustentan la no punibilidad de las **lesiones** causadas en actividades deportivas, sin embargo a tenor de lo expuesto no cualquier **lesión** causada a otro producida durante una práctica deportiva se halla amparada por la misma.

En este sentido la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 17ª) núm. 449/2008 de 13 mayo confirma la condena sobre la base de que en el partido se produjo una entrada sobre la pierna de la víctima, ajena a los lances del juego, por no estar ésta en posesión del balón.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 22 de febrero de 2001 admitió la existencia de **lesiones**, cuando se propina un puñetazo no siendo un lance del juego, estando el juego detenido y el árbitro expulsando al acusado y al jugador que le había propinado una patada.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 16 de abril de 1999 , en un supuesto relativo a un jugador de fútbol que propinó un puñetazo a un rival causándole fractura de mandíbula, estimó que los hechos eran un mero lance del juego derivado de la disputa del balón, habiendo recurrido contra sentencia absolutoria en primera instancia tanto los perjudicados como adhiriéndose el Ministerio Fiscal. Expresa dicha sentencia que el Juez "a quo" obró correctamente al confirmar la absolución, puesto que en aquél lance de juego (lanzamiento de una falta hacia la puerta del rival), los jugadores de dos equipos enfrentados en un deporte tan apasionante como es el fútbol se obstaculizan mutuamente, incluso mediante el empleo de la fuerza física, tratando de hallar en el caso de los defensores, una defensiva favorable que aborte el peligro inminente que sobre su portería se cierne y, en el caso de los atacantes, una posición de desmarque que propicie una situación de gol, generándose, desgraciadamente en ocasiones, en estos lances normales de la contienda deportiva unas **lesiones** en sus practicantes, sin que se entienda que sean causadas de propósito por el jugador.

Lo determinante por lo tanto y lo que se suscita en el presente caso es si la **lesión** sufrida por el perjudicado, podía estar justificada por el ejercicio de la actividad deportiva en el partido de fútbol.

A tenor del relato de hechos probados resulta que en el caso se ha producido una acción antirreglamentaria , una agresión directa que no es consecuencia colateral de un juego poco ortodoxo, sino directamente animadas por voluntad de dañar.

**TERCERO.-** No apreciando temeridad ni mala fe en el recurso procede declarar de oficio las costas causadas en esta instancia.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación dictamos el siguiente



**FALLO:**

La Sala de la Audiencia Provincial de Baleares ha resuelto DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por Procurador Procurador/a D./Dña. Hugo Valparis Sánchez en representación de D. Nemesio contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal nº 2 de Ibiza en Procedimiento Abreviado 131/2016 y, en su consecuencia, CONFIRMAR dicha sentencia.

Las costas se declaran de oficio.

**No** tífquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y demás partes personadas.

Así por ésta, nuestra sentencia, cuyo original se unirá al legajo correspondiente, testimonio al rollo para su archivo y certificación al Juzgado de Instrucción, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ