



Roj: **SAP M 16496/2013 - ECLI: ES:APM:2013:16496**

Id Cendoj: **28079370272013100998**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **27**

Fecha: **27/09/2013**

Nº de Recurso: **4/2013**

Nº de Resolución: **21/2013**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **JUSTO RODRIGUEZ CASTRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

#### **AUD.PROVINCIAL SECCION N. 27**

#### **MADRID**

**SENTENCIA: 00021/2013**

PROCEDIMIENTO ORDINARIO (SUMARIO) 2/2012

Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción 2 de Pozuelo de Alarcón

Rollo de Sala nº 4/2013

PONENTE: D. JUSTO RODRIGUEZ CASTRO

**La Sección Vigésimo Séptima de la Audiencia Provincial de Madrid, ha pronunciado, EN EL NOMBRE DE S.M. EL REY, la siguiente:**

**SENTENCIA Nº 21/13**

#### **AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID**

**Ilmos. Sres. Magistrados**

**de la Sección 27ª**

Dª. CONSUELO ROMERA VAQUERO (Presidenta)

D. JOSE DE LA MATA AMAYA

D. JUSTO RODRIGUEZ CASTRO (Ponente)

En Madrid a veintisiete de septiembre de dos mil trece.

La Sección Vigésimoséptima de la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid, ha visto los presentes autos de **PROCEDIMIENTO ORDINARIO** seguidos con el número: **4/13**, del rollo de la Sala, correspondiente al Procedimiento Ordinario nº: 2/2012, procedente del Juzgado de Instrucción nº: 2 de Pozuelo de Alarcón (Madrid), seguido por los presuntos delitos de **MALOS TRATOS EN EL AMBITO FAMILIAR** (Violencia de Género), **VIOLACION EN GRADO DE TENTATIVA** y de **AMENAZAS** contra Nazario de nacionalidad venezolana, con N.I.E. NUM000, nacido en Venezuela el día NUM001 de 1983, hijo de Teodulfo y Ariadna, en situación administrativa regular en España, sin antecedentes penales y en libertad por esta causa, representado por la Procuradora Dª. ESTHER GOMEZ DE ENTERRÍA BAZAN y defendido por el Letrado D. JOSE LUIS GARZA RODRIGUEZ y el MINISTERIO FISCAL en el ejercicio de la acción pública.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Las presentes diligencias se iniciaron en virtud del atestado nº: NUM002 de la Dirección General de la Policía (Comisaría de Pozuelo de Alarcón) de fecha 1 de octubre de 2012, por los supuestos delitos de malos tratos en el ámbito familiar, violación en grado de tentativa y amenazas, contra el denunciado Nazario



, que remitido al Juzgado de Instrucción nº: 2 de Pozuelo de Alarcón (Madrid) determinó la incoación de las Diligencias Previas nº: 1864/2012, dictándose en fecha de 2 de octubre de 2012 auto concediendo una orden de protección a la denunciante D<sup>a</sup>. Inmaculada , con las medidas cautelares penales de prohibición de aproximación y de comunicación, transformándose las actuaciones en sumario nº: 2/2012, por auto de fecha 5 de octubre de 2012 y dictándose tras la práctica de los medios de averiguación y comprobación de los citados delitos que se estimaron oportunos, el correspondiente auto de procesamiento el día 25 de enero de 2013. En fecha de 25 de abril de 2013 se dictó auto declarando concluso el sumario, remitiendo las actuaciones a la Audiencia Provincial de Madrid, correspondiendo, por turno de reparto, a esta Sección 27<sup>a</sup>, registrándose con el nº de rollo 4/2013 , y una vez resueltos los recursos pendientes se dio traslado para instrucción al Ministerio Fiscal y a las demás partes personadas mediante providencia de fecha 13 de junio de 2013, formulándose los correspondientes escritos de conclusiones provisionales, señalándose para la celebración del juicio oral el día 26 de septiembre de 2013, llegado el cual se celebró el mismo con el resultado que consta en el acta sucinta levantada por la Sra. Secretaria Judicial, habiendo quedado grabado en soporte apto para la reproducción de sonido e imagen.

**SEGUNDO.-** El Ministerio Fiscal, en sus conclusiones provisionales, calificó los hechos como constitutivos de: A) Un delito de maltrato del artículo 153.1 del Código Penal , B) Un delito de violación en grado de tentativa de los artículos 178 y 179 en relación con los artículos 16.1 y 62 del Código Penal , y C) Un delito de amenazas del artículo 169.2º del Código Penal , de los que responde el acusado en concepto de autor, concurriendo como agravante la circunstancia mixta de parentesco del artículo 23 del Código Penal , solicitando la imposición al mismo de las siguientes penas: 1) Por el delito A) la pena de prisión de 6 meses, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y privación del derecho a la tenencia y porte de armas por 2 años; procede asimismo, al amparo del artículo 48.2 y 3 y 57.1 y 2 del Código Penal , imponer al acusado la prohibición de aproximarse a menos de 500 metros a la persona de Inmaculada , así como a su domicilio y lugar de trabajo y prohibición de comunicar con ella por cualquier medio, por el plazo de 1 año y 6 meses. 2) Por el delito B) la pena de 3 años y 6 meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el mismo tiempo; procede asimismo, al amparo del artículo 48.2 y 3 y 57.1 y 2 del Código Penal , imponer al acusado la prohibición de aproximarse a menos de 500 metros a la persona de Inmaculada , así como a su domicilio y lugar de trabajo y prohibición de comunicar con ella por cualquier medio, por el plazo de 8 años, y de conformidad con lo establecido en el artículo 192.1 en relación con el artículo 106, ambos del Código Penal , procederá la medida de libertad vigilada durante un periodo de 6 años, que se ejecutará con posterioridad al cumplimiento de la pena de prisión. 3) Por el delito C) la pena de 1 año y 4 meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el mismo tiempo; procede asimismo, al amparo del artículo 48.2 y 3 y 57.1 y 2 del Código Penal , imponer al acusado la prohibición de aproximarse a menos de 500 metros a la persona de Inmaculada , así como a su domicilio y lugar de trabajo y prohibición de comunicar con ella por cualquier medio, por el plazo de 3 años, y pago de las costas procesales. En concepto de responsabilidad civil indemnizará a la citada perjudicada en la cantidad de 5.000 euros por el daño moral por el delito de violación intentado.

**TERCERO.-** El Letrado de la Defensa, en sus conclusiones provisionales, se mostró disconforme con las conclusiones del Ministerio Fiscal, interesando la absolución de su defendido.

**CUARTO.-** En el juicio oral celebrado el día 26 de septiembre de 2013, en trámite de conclusiones definitivas, el Ministerio Fiscal retiró la acusación, por los motivos que constan expresados en el acta del juicio, solicitando se dedujera testimonio por delito de denuncia falsa contra la denunciante Inmaculada , mostrándose conforme el Letrado de la Defensa, reiterando su petición de absolución para su defendido.

## HECHOS PROBADOS

**UNICO.-** Por D<sup>a</sup>. Inmaculada se denunció que su ex pareja sentimental Nazario con el que mantuvo una relación sentimental, durante dos años y medio, cesando la misma en agosto del año 2012, en el mes de julio del citado año, cuando se encontraban en el restaurante en el que ambos trabajaban, sito en la c/ Enrique Granados nº: 6 de Pozuelo de Alarcón (Madrid) y tras una discusión, la propinó un empujón, rompiéndose la uña del dedo corazón de la mano derecha; que sobre las 8:00 horas del día 17-9-2012, cuando en el referido establecimiento mantenían una discusión, al insistir el acusado en retomar la relación sentimental, a lo que ésta se negaba, la dijo en un momento determinado "si la única forma de tenerte es violarte, lo voy a hacer", y la arrastró hasta el almacén, donde la bajó a la fuerza el pantalón y las bragas, girándola de espaldas a él, apoyándola en un arcón, y, mientras la sujetaba, con una mano se bajó los pantalones y los calzoncillos con la otra, intentando penetrarla vía anal, si bien ésta comenzó a forcejear logrando girarse y colocarse de frente al acusado, por lo que éste la sujetó por la cintura y la intentó sentar en el referido arcón, momento en el cual Inmaculada arañó la cara al denunciado cayéndosele como consecuencia del forcejeo una venda que éste llevaba en la mano



para proteger una herida anterior y viendo que estaba sangrando y ante la inminencia de la llegada al trabajo de otros compañeros cesó la agresión; por último, el mismo día 17-9-2012, poco después, cuando Inmaculada estaba en la cocina cortando cebolla, el denunciado, tras quitarla el cuchillo, la dijo, alzando dicho instrumento "de este día no pasa, te tengo que violar", cogiéndola fuertemente del pecho izquierdo mientras la decía "tu vas a ser mía, mientras tu sigas aquí", y cuando aquélla se giró la cogió, con igual fuerza los glúteos, tras lo cual el denunciado se fue a su puesto de trabajo.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El principio acusatorio que como subraya la doctrina tradicional "informa todo el sistema penal" (GOMEZ ORBANEJA) y explicitado en los aforismos jurídicos de "nemo iudex sine actore" o "ne procedat iudex ex officio" impone que si nadie (autoridad pública o persona privada) sostiene una acusación no puede abrirse un juicio oral contra alguna persona y en el caso de que hubiera acusación y se haya seguido un juicio oral, por la parte acusadora retirara la acusación, necesariamente el Tribunal no puede condenar y debe dictar sentencia absolutoria, asimismo se dice que tal principio "representa un pilar de primer orden en la configuración del derecho procesal moderno, al encontrarse ligado a la garantía de la imparcialidad del juez y favorecer en grado sumo la contradicción" (LEAL MEDINA); si bien no se refleja expresamente en el artículo 24 de la Constitución, puede desprenderse de la conjunción de los derechos a la tutela judicial efectiva consagrada en el citado artículo, implicando el mismo que ningún Juez penal juzgue "ex officio", esto es, sin previa acusación formulada por quien tenga legitimación para ello, debiendo recordarse la Recomendación del Consejo de Europa del Comité de Ministros de fecha 17 de noviembre de 1987 que pide a los Estados miembros que adopten "la facultad de poner término al (procedimiento) ya iniciado", y en relación expresa al Procedimiento Ordinario implica que "el Tribunal no puede suplir la iniciativa del Ministerio Fiscal o de la acusación particular, relativa tanto a la apertura del juicio oral como a la solicitud de sobreseimiento y, por tanto, sin acusación no puede continuarse el procedimiento, es decir que no puede haber un juicio y, mucho menos, una condena" (COBO DEL ROSAL); siendo así que en el presente caso, habiéndose retirado la acusación, en trámite de conclusiones, por el Ministerio Fiscal -única parte acusadora- resulta procedente dictar una sentencia absolutoria para el citado acusado.

**SEGUNDO.-** Al no existir delito no puede hablarse de autoría o participación ni de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal.

**TERCERO.-** No procede establecer ni pena ni responsabilidad civil alguna, al presuponer la previa comisión de un delito.

**CUARTO.-** Los artículos 123 y 124 del Código Penal determinan el régimen de costas procesales, imponiéndose por la Ley al criminalmente responsable de todo delito o falta, si bien en el presente caso y a "sensu contrario" de los preceptos citados y en virtud de lo normado en el artículo 240.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, según el cual no puede condenarse en costas a los procesados que fueren absueltos, procede declarar las costas de oficio.

**QUINTO.-** Las denominadas en la L.O. 1/2004 de 28 de diciembre como "medidas judiciales de protección y de seguridad de las víctimas" o en la doctrina como "medidas coercitivas personales" (SEÑES MONTILLA), si bien constituyen "un conjunto de medidas cuya finalidad es proteger a la víctima y dotar, tanto a ella cuanto al entorno en que se mueve, de la seguridad que las agresiones han violentado" (FUENTES SORIANO), es lo cierto que, por afectar a derechos fundamentales del imputado, reciben el mismo tratamiento procesal que las medidas cautelares, de forma que "protegiendo a la víctima puede alcanzarse el buen éxito del proceso penal y la efectividad de la pena o medida de seguridad que eventualmente pueda imponerse" (ARANGUENA FANEJO), siendo los presupuestos para su adopción, por un lado, el denominado "periculum in mora" (o más exactamente, "periculum in damnum") que sería la situación objetiva de riesgo para la víctima, y, por otro, el "fumus boni iuris" (o, más bien, "fumus commissi delicti"), cuya exigencia viene expresada en el artículo 544 ter 1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y que no es otro, que la existencia de "indicios fundados de la comisión de un delito o falta contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad de alguna de las personas mencionadas en el artículo 173.2 del Código Penal". Es obvio, por tanto, que al decaer tal presupuesto material, han de dejarse sin efecto, insoslayablemente, tales medidas que se hubieran acordado por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer en sede de instrucción, sin tener que esperar a la firmeza de la sentencia, caso de que eventualmente fuera recurrida, al igual que acaece con el resto de las medidas cautelares personales o reales adoptadas en un procedimiento penal. En esta misma línea, la doctrina (MAGRO SERVET) comentando la STC 13-2-2012 dice que "una sentencia absolutoria representa un acontecimiento relevante en el proceso, al desaparecer en principio los indicios inculpativos contra el acusado, por lo que la consecuencia lógica ha de



ser el levantamiento de la expresada medida de protección, máxime cuando dicha medida afecta a derechos y libertades del imputado también constitucionalmente protegidos".

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

## FALLAMOS

Que debemos absolver y **ABSOLVEMOS** al acusado Nazario de un delito de **MALTRATO EN EL AMBITO FAMILIAR** tipificado en el artículo 153.1 del Código Penal , de un delito de **VIOLACION EN GRADO DE TENTATIVA** tipificado en los artículos 178 y 179, en relación con los artículos 16.1 y 62 del Código Penal y de un delito de **AMENAZAS** tipificado en el artículo 169.2º del Código Penal , por falta de acusación, con declaración de las COSTAS procesales de oficio.

Se **DEJAN SIN EFECTO** las **MEDIDAS CAUTELARES PENALES** (prohibición de aproximación y de comunicación) decretadas en el auto de fecha 2 de octubre de 2012 por el Juzgado de Instrucción nº: 2 de Pozuelo de Alarcón (Madrid) en el marco de la Orden de Protección (folios 39 al 41), sin esperar a la firmeza de la presente sentencia, toda vez que el anterior pronunciamiento absolutorio contenido en el Fallo, comporta el decaimiento del presupuesto material (comisión de un delito de características determinadas y contra las personas mencionadas en el artículo 173.2 del Código Penal ) exigido para su adopción en el artículo 544 ter 1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

Asimismo **DEDUZCASE TESTIMONIO** del presente procedimiento para su remisión al Juzgado de Instrucción de Madrid, que por reparto corresponda, por la presunta comisión de un delito de denuncia falsa del artículo 456 del Código Penal por parte de Dª. Inmaculada .

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y a las partes, haciéndoles saber, de conformidad con lo prevenido en el artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , que la misma no es firme, pudiendo interponer recurso de CASACION (por infracción de ley y quebrantamiento de forma), el cual habrá de prepararse, en la forma prevista en los artículos 854 y 855 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dentro de los cinco días siguientes a su última notificación escrita.

Líbrense testimonio de esta sentencia al Juzgado de Violencia sobre la Mujer al que correspondió la instrucción del presente procedimiento, conforme a lo establecido en los artículos 160 párrafo 4 º y 789.5 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

Practíquense las oportunas comunicaciones telemáticas al Registro Central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica, conforme a lo prevenido en el Real Decreto 355/2004 de 5 de marzo y en el Real Decreto 513/2005 de 9 de mayo, así como en el Real Decreto 95/2009 de 6 de febrero, por el que se regula el sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia.

Notifíquese esta resolución a los ofendidos o perjudicados aunque no se hubieran mostrado parte en la causa, tal y como dispone el artículo 789.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

Expídase testimonio de esta resolución que se unirá a los presentes autos, archivándose el original en el Libro de Sentencias previsto en el artículo 265 de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN** .- En Madrid a

Leída y publicada fue la anterior Sentencia, por la Ilma. Sra. Magistrada que la dictó, estando celebrando Audiencia Pública, de lo que yo la Secretaria, doy fe.

**PUBLICACIÓN** : En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

**DILIGENCIA** : Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.