



Roj: **SAP O 1821/2022 - ECLI:ES:APO:2022:1821**

Id Cendoj: **33044370032022100205**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Oviedo**

Sección: **3**

Fecha: **20/05/2022**

Nº de Recurso: **519/2022**

Nº de Resolución: **211/2022**

Procedimiento: **Recurso de apelación. Procedimiento abreviado**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER RODRIGUEZ LUENGOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJP, Avilés, núm. 2, 20-01-2022,**
SAP O 1821/2022

AUD.PROVINCIAL SECCION TERCERA

OVIEDO

SENTENCIA: 00211/2022

-

PLAZA GOTA LOSADA S/N - 33005 - OVIEDO

Teléfono: 985968771/8772/8773

Correo electrónico: audiencia.s3.oviedo@asturias.org

Equipo/usuario: MFR

Modelo: 213100

N.I.G.: 33004 41 2 2019 0003395

RP APELACION PROCTO. ABREVIADO 0000519 /2022

Juzgado procedencia: JDO. DE LO **PENAL** N. 2 de AVILES

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ABREVIADO 0000208 /2021

Delito: VIOLENCIA EN EL ÁMBITO FAMILIAR. COACCIONES

Recurrente: Maximo

Procuradora: D^a MARIA ARANZAZU GARMENDIA LORENZANA

Abogada: D^a MARIA DEL CARMEN PANEQUE CUEVAS

Recurrido: Lina , MINISTERIO FISCAL

Procurador: D. FERNANDO MENENDEZ RODRIGUEZ-VIGIL,

Abogada: D^a ALEJANDRA ISABEL GARCIA FERNANDEZ,

SENTENCIA Nº 211/2022

=====

ILMOS./A. SRES./SRA.

Presidenta



D^a ANA ÁLVAREZ RODRÍGUEZ

Magistrados

D. FRANCISCO JAVIER RODRÍGUEZ SANTOCILDES

D. FRANCISCO JAVIER RODRÍGUEZ LUENGOS

=====

En OVIEDO, a veinte de mayo de dos mil veintidós.

Vistas, en grado de apelación, por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Oviedo, las diligencias de Juicio Oral nº 208/21, procedentes del Juzgado de lo Penal nº 2 de Avilés, (Rollo de Apelación nº 519/22), sobre delito de coacciones, siendo parte apelante Maximo , cuyas demás circunstancias personales constan en las Diligencias, representado en el recurso por la Procuradora de los Tribunales Doña María Aránzazu Garmendia Lorenzana y bajo la dirección de la Letrada Doña María del Carmen Paneque Cuevas, y apelados Lina , representada por el Procurador de los Tribunales Don Fernando Menéndez Rodríguez-Vigil y bajo la dirección de la Letrada Doña Alejandra Isabel García Fernández, y el Ministerio Fiscal y Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **Francisco Javier Rodríguez Luengos**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de lo Penal N° 2 de Avilés se dictó sentencia en las referidas diligencias de fecha 20 de enero de 2022, cuya parte dispositiva dice:

FALLO: "Que condeno a Maximo , con DNI nº NUM000 , como autor responsable de un delito de acoso del artículo 172 ter. 1. 2ª y 3ª del Código Penal, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 1 año de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Asimismo a la pena accesoria de prohibición de aproximación a Lina , a su domicilio, lugar de trabajo o estudios o cualquier otro lugar frecuentado por ella, a menos de 300 metros, así como comunicarse con ella por cualquier medio o procedimiento, incluidas las redes sociales. todo ello por tiempo de 3 años.

En concepto de responsabilidad civil, Maximo indemnizará a Lina en la cantidad de 1.000 euros en concepto de daño moral, con los intereses del artículo 576 de la LEC.

Todo ello condenando a Maximo al pago de las costas procesales causadas, incluyendo en las mismas las correspondientes a la acusación particular".

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia se interpuso por la representación de la defensa recurso de apelación, del que se dio traslado al Ministerio Fiscal y a la acusación particular y remitido el asunto a esta Audiencia y repartido a esta Sección Tercera, se registró con el Rollo de Apelación nº 519/22, pasando para resolver al Ponente que expresa el parecer de la Sala.

TERCERO.- Se aceptan los Antecedentes de Hecho de la sentencia apelada y, con ellos, la declaración de Hechos Probados.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los Fundamentos de Derecho de la sentencia apelada y

PRIMERO.- Contra la Sentencia condenatoria dictada se alza el recurrente, alegando diversos motivos contra la misma.

En uno de ellos denuncia la insuficiencia y falta de racionalidad de la motivación de la misma pidiendo su nulidad.

El defecto de motivación invocado no es tal, puesto que la sentencia contiene un concreto relato de hechos y una razonada valoración de la prueba, analizando toda la prueba practicada, explicando por qué atribuye credibilidad a la víctima y no al recurrente, en un razonamiento perfectamente comprensible.

El recurrente confunde su denuncia sobre la motivación de la sentencia con su discrepancia con la misma, lo que expresa a lo largo de su escrito de recurso.

Por ello, no cabe acordar la nulidad solicitada por cuanto que la sentencia es formalmente correcta y suficiente en cuanto a su motivación, que permite tanto al recurrente mostrar su discrepancia con la misma como a este



Tribunal conocer las razones que han llevado al Juzgador a quo a dictar el pronunciamiento condenatorio que se rebate.

SEGUNDO.- El siguiente motivo invocado por el recurrente no es otro que el de error en la valoración de la prueba.

Al respecto debe decirse que si bien el recurso de apelación faculta al Tribunal "ad quem" para una revisión integral de la sentencia recurrida, tanto en su dimensión fáctica como jurídica, cuando la convicción judicial se ha formado con base en pruebas de naturaleza personal practicadas a su presencia en el acto del plenario inmediateción de la que carece el Tribunal, y con sujeción a los principios de publicidad, oralidad y contradicción, determina que en estos casos y por regla general, deba respetarse en sede de apelación la valoración probatoria del Juez "a quo", formada además con base en lo alegado por el Ministerio Fiscal, las partes y sus defensores (art. 789 de la LECrim en relación a su art. 741) con la única excepción, en principio, de que la convicción así formada carezca de todo apoyo en el conjunto probatorio practicado en el acto del juicio oral, bien por ser las pruebas valoradas de naturaleza ilícita, bien por ser las mismas contrarias a los conocimientos científicos, las reglas de la lógica y la razón o las reglas de la experiencia humana común, o tales circunstancias deban predicarse del proceso valorativo del juzgador de instancia. Así las cosas de acuerdo con la doctrina anterior, una vez producida la actividad probatoria de cargo ante el Tribunal Juzgador en términos de corrección procesal, su valoración corresponde al mismo, conforme al art. 741 de la LECrim, dar más credibilidad a un testigo que a otro o decidir sobre la radical oposición entre denunciante y denunciado, es tarea del Juzgador de instancia que puede ver y oír a quiénes ante él declaran, si bien la estimación en conciencia no ha de entenderse o hacerse equivalente a un cerrado e inabordable criterio personal e íntimo del Juez, sino a una apreciación lógica de la prueba, no exenta de pautas y directrices de rango objetivo.

La credibilidad de cuantos se manifiestan en el Juicio Oral, incluso con un contenido distinto a lo que se expuso durante la instrucción, es función jurisdiccional que solo compete al órgano juzgador.

En este sentido, es preciso recordar que, como señalaba la Sentencia del Tribunal Supremo 251/2004, de 26 de febrero, la inmediateción, aun cuando no garantice el acierto, ni sea por sí misma suficiente para distinguir la versión correcta de la que no lo es, es presupuesto de la valoración de las pruebas personales, de forma que la decisión del tribunal de instancia, en cuanto a la credibilidad de quien declaró ante él, no puede ser sustituida por la de otro Tribunal que no la haya presenciado, salvo los casos excepcionales en los que se aporten datos o elementos de hecho no tenidos en cuenta adecuadamente en su momento, que puedan poner de relieve una valoración manifiestamente errónea que deba ser recogida

En el caso que nos ocupa, en tanto que la convicción del Juez "a quo", plasmada en el apartado de hechos probados de la sentencia recurrida, resulta de la aceptación, lógica, racional y conforme a las reglas de la experiencia humana común, de pruebas personales practicadas a su presencia con sujeción a los principios de publicidad, oralidad y contradicción, aptas, en consecuencia, para desvirtuar el derecho constitucional a la presunción de inocencia, art. 24.2 de la CE, tal y como se recalca en los Fundamentos de derecho primero, segundo y tercero de la citada resolución, la declaración firme y reiterada de la víctima, sobre la que no recae motivo para dudar de su veracidad, corroborada por la documental obrante, sin que los argumentos esgrimidos por el recurrente en los que se proponen posibilidades carentes de prueba sean suficientes para descartar su autoría, en tanto que hay indicios incriminatorios suficientes para considerarle autor de los hechos enjuiciados, el hecho de que los anuncios puestos en internet lo fueran desde IPs correspondientes al domicilio de su padre, que cuenta con 80 años de edad y sin relación alguna con la víctima, donde se encuentra empadronado, conlleva necesariamente a la incuestionable conclusión de que fue la persona que los publicó.

TERCERO.- Se invocan por el recurrente al finalizar el siguiente motivo de su recurso, y del que nos ocuparemos en el siguiente apartado de esta nuestra sentencia, el derecho a la presunción de inocencia y el principio in dubio pro reo.

El principio de presunción de inocencia está consagrado en el art. 24 de la CE y, como principio constitucional, debe interpretarse conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional. Precisamente sobre este principio el alto Tribunal ha establecido que la presunción de inocencia comporta en el orden **penal**, al menos, las siguientes exigencias:

- a) La carga de la prueba sobre los hechos constitutivos de la pretensión **penal** corresponde exclusivamente a la acusación, sin que sea exigible a la defensa una probatio diabólica de los hechos negativos;
- b) Sólo puede entenderse como prueba la practicada en el juicio oral bajo la inmediateción del órgano judicial decisor y con observancia de los principios de contradicción y publicidad;



c) De dicha regla general sólo pueden exceptuarse los supuestos de prueba preconstituida y anticipada cuya reproducción en el juicio oral sea o se prevea imposible y siempre que se garantice el ejercicio del derecho de defensa o la posibilidad de contradicción; y

d) La valoración conjunta de la prueba practicada es una potestad exclusiva del juzgador, que éste ejerce libremente con la sola obligación de razonar el resultado de dicha valoración (SSTC 76/1990 de 26 Abr. 138/1992 de 13 oct. 102/1994 de 11 Abr.).

El Tribunal Constitucional ha reconocido el principio "in dubio pro reo" como un principio jurisprudencial que, perteneciendo al momento de la valoración o apreciación probatoria, se ha de aplicar cuando, concurriendo una actividad probatoria indispensable, exista una duda racional sobre la real concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos que integran el tipo **penal** de que se trate. Constituye una regla, condición o exigencia "subjetiva" del convencimiento del órgano judicial en la valoración de la prueba inculpativa existente aportada al proceso, que obliga a decidir a favor de la presunción de inocencia cuando no existan pruebas de las que puedan deducirse la culpabilidad, esto es, pruebas de carácter inculpativo (STC 20.02.1989).

"El principio "in dubio pro reo" tiene una finalidad instrumental para resolver casos en los que el Tribunal sentenciador no puede llegar a alcanzar una convicción firme en su labor de evaluar críticamente la prueba practicada para declarar la existencia de delito o la participación y culpabilidad del acusado, situación en la cual la duda debe resolverse dictando sentencia en la que el Tribunal ha de decantarse por una resolución en favor del reo." (Cfr. Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de Enero de 1993 y 5 de Noviembre de 1994).

Pues bien, en el caso que ahora se enjuicia, como ya dijimos, el Juez "a quo" ha motivado suficiente y correctamente la apreciación probatoria que realiza y llega a la conclusión - a la que llega también este Órgano - de que existe prueba bastante que acredita sin ningún género de dudas la comisión por parte de la apelante del delito de acoso por el que fue denunciado y enjuiciado y su culpabilidad, no existiendo, por tanto, infracción ni del derecho constitucional a la presunción de inocencia ni del principio "in dubio pro reo".

CUARTO.- Considera el recurrente infringido el art. 172 ter del CP, en tanto que en el relato de hechos probados, establecido por el Juzgador llevando a cabo una correcta valoración de la prueba y contando con prueba de cargo bien adquirida y bastante, se describen una serie de conductas que encajan plenamente en el tipo referido, concurriendo todos sus elementos.

El delito de acoso contemplado en el art. 172 ter del CP castiga al que acosa a otra persona llevando a cabo de forma insistente y reiterada, y sin estar legítimamente autorizado, algunas de las conductas que allí se describen (vigilancia, persecución o búsqueda de cercanía física con el sujeto pasivo; establecimiento o intento de establecimiento de contacto a través de cualquier medio de comunicación o de terceras personas; adquisición de productos, mercancías o contratación de servicios mediante el uso de datos personales del sujeto pasivo o puesta en contacto por medio de terceras personas; y atentados contra la libertad o el patrimonio del sujeto pasivo o de personas próximas a él).

Y todas estas conductas, para que nos encontremos ante un delito de acoso, han de realizarse de manera insistente y reiterada, por quien no esté legítimamente autorizado, siendo preciso además que con ellas se altere gravemente el desarrollo de la vida cotidiana de la víctima.

El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre este nuevo delito en sus Sentencias de 8 de mayo de 2017 (Ponente sr. Del Moral García) y 12 de julio de 2017 (Ponente Sr. Giménez García).

En la primera de ellas, STS de 8 de mayo de 2017, se indica que "con la introducción del art. 172 ter del CP nuestro ordenamiento **penal** se incorpora al creciente listado de países que cuentan con un delito con esa morfología. La primera ley antistalking se aprobó en California en 1990. La iniciativa se fue extendiendo por los demás estados confederados hasta 1996 año en que ya existía legislación específica no solo en todos ellos, sino también un delito federal. Canadá, Australia, Reino Unido, Nueva Zelanda siguieron esa estela a la que se fueron sumando países de tradición jurídica continental: Alemania (Nachstellung), Austria (behrrliche Verfolgung), Países Bajos, Dinamarca, Bélgica o Italia (atti persecutori). En unos casos se pone más el acento en el bien jurídico seguridad, exigiendo en la conducta una aptitud para causar temor; en otros, como el nuestro, se enfatiza la afectación de la libertad que queda maltratada por esa obsesiva actividad intrusa que puede llegar a condicionar costumbres o hábitos, como única forma de sacudirse la sensación de atosigamiento.

Hemos de convalidar la interpretación del art. 172 ter 2 CP que anima la decisión adoptada por el Juzgado de lo **Penal** refrendada por la Audiencia. Los términos usados por el legislador, pese a su elasticidad (insistente, reiterada, alteración grave) y el esfuerzo por precisar con una enumeración lo que han de considerarse actos intrusivos, sin cláusulas abiertas, evocan un afán de autocontención para guardar fidelidad al principio de intervención mínima y no crear una tipología excesivamente porosa o desbocada. Se exige que la vigilancia, persecución, aproximación, establecimiento de contactos incluso mediatos, uso de sus datos o atentados

directos o indirectos, sean insistentes y reiterados lo que ha de provocar una alteración grave del desarrollo de la vida cotidiana".

Por su parte, la STS de 12 de julio de 2017 nos indica que "la introducción de tal delito en el Código **Penal**, viene, además, a ser una consecuencia del Convenio del Consejo de Europa para prevenir y combatir la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, firmado en Estambul el 11 de mayo de 2011 que obligaba a los Estados parte (entre ellos España) de incriminar tal delito stalking/acoso como así se acordaba expresamente en el art. 34 de dicho Convenio.

Es claro que en relación a este delito en la medida que supone un ataque al bien jurídico de la libertad individual y al derecho a vivir tranquilo y sin zozobra, se está ante un caso de merecimiento de pena y de necesidad de la pena, en definitiva, de otorgar relevancia **penal** a las conductas típicas.

El citado artículo, que define el delito de acoso, de nuevo cuño, se ha introducido en el CP en la L.O. 1/2015.

Retenemos en este momento, la justificación de tal nuevo delito en los términos en que aparece en la Exposición de Motivos de dicha Ley:

"...También dentro de los delitos contra la libertad se introduce un nuevo tipo **penal** de acoso que está destinado a ofrecer respuesta a conductas de indudable gravedad que, en muchas ocasiones, no podían ser calificadas como de coacciones o amenazas. Se trata de aquellos supuestos en los que sin llegar a producirse necesariamente el anuncio explícito o no la de intención de causar algún mal (amenazas) o el empleo directo de violencia para coartar la libertad de la víctima (coacciones), se producen conductas reiteradas por medio de las cuales se menoscaba gravemente la libertad y sentimiento de seguridad de la víctima, a la que se somete a persecuciones o vigilancias constantes, llamadas reiteradas, u otros actos continuos de hostigamiento..."

En definitiva, el legislador al tipificar el nuevo delito de acoso y hostigamiento - stalking - lo hace considerándolo como una variante del delito de coacciones al quedar fuera del ámbito de las coacciones, las conductas de acecho permanente o intento de comunicación reiterada que sin llegar a las coacciones, sí tienen la entidad suficiente como para producir una inquietud y desasosiego relevante penalmente y que por ello no debe quedar extramuros de la respuesta **penal** al producir tal situación de acoso una alteración grave de su vida cotidiana, estableciéndose un tipo agravado para los casos en los que el sujeto pasivo, el que sufre el acoso es de las personas a las que se refiere el art. 173 del CP, entre las que se encuentra el hecho de someter a esta situación a quien sea, o haya sido el cónyuge o persona ligada con él por análoga relación de afectividad (aún sin convivencia).

El nuevo delito se vertebra alrededor de cuatro notas esenciales que, ya lo anunciamos, tienen unos contornos imprecisos:

- a) Que la actividad sea insistente;
- b) Que sea reiterada;
- c) Como elemento negativo del tipo se exige que el sujeto activo no esté legítimamente autorizado para hacerlo; y
- d) Que produzca una grave alteración de la vida cotidiana de la víctima.

Los términos de "insistencia" y "reiteración", son tangenciales en su significación, aunque tienen también un campo diferenciado.

Por insistencia, se dice en la RAE que es equivalente a permanencia, a porfía en una cosa.

Por reiteración, se entiende, también en la RAE la acción de repetir, o de volver a decir una cosa.

Por tanto, puede afirmarse que de "forma insistente y reiterada" equivale a decir que se está ante una reiteración de acciones de la misma naturaleza (un continuum) que se repite en el tiempo, en un periodo no concretado en el tipo **penal**.

Ciertamente el tipo **penal** no concreta el número de actos intrusivos que pueden dar lugar al tipo **penal**, pero podemos afirmar que este continuum de acciones debe proyectarse en un doble aspecto:

- a) Repetitivo en el momento en que se inicia; y
- b) Reiterativo en el tiempo, al repetirse en diversas secuencias en tiempos distintos.

A ello debe añadirse la consecuencia de que ello produzca una grave alteración en la vida cotidiana. Por tal debe entenderse algo cualitativamente superior a las meras molestias. También aquí el tipo **penal** resulta impreciso.



Por tanto, se está ante un delito de resultado en la medida en que se exige que las referidas conductas causen directamente una limitación trascendente en alguno de los aspectos integrantes de la libertad de obrar del sujeto pasivo, ya sea en la capacidad de decidir, ya en la capacidad de actuar según lo ya decidido. En definitiva, y como ya se ha dicho, que causen una alteración grave de su vida cotidiana.

Se está en presencia de un tipo **penal** muy "pegado" a los concretos perfiles y circunstancias del caso enjuiciado.

Dicho de otro modo, el análisis de cada caso concreto, a la vista de las acciones desarrolladas por el agente con insistencia y reiteración, y por otra parte a la vista de la idoneidad de tales acciones para alterar gravemente la vida y tranquilidad de la víctima nos conducirá a la existencia o no de tal delito de acoso, correspondiendo a esta Sala de Casación, al descansar el recurso en la doble instancia (sentencia del Juez de lo **Penal** y sentencia de apelación dictada por la Audiencia Provincial) determinar si dados los hechos probados existen o no los elementos que vertebran el delito".

En nuestro caso estimamos, con el Juzgador de instancia, que se reúnen todos los elementos configuradores del delito de acoso por el que venía acusado el recurrente y ha sido condenado.

Se trata, tal y como se recoge en el relato de hechos probados, de una actuación reiterada en el tiempo, desde febrero de 2019, trató de retomar los contactos con la denunciante de forma insistente y reiterada, habiendo manifestado la denunciante recibir durante meses repetidas llamadas, sms, mensajes, del denunciado, a ella y a su entorno, hasta 40 ó 50 al día, 3 veces mientras interponía la denuncia, y que culminó con la publicación por su parte de anuncios en internet, en una página de contactos, por los que recibió llamadas, de una manera que, para cualquier persona, esa persistencia insana supone un agobio y una situación angustia y zozobra que paraliza o compromete negativamente buena parte de la vida y de lo cotidiano.

Se vio alterada gravemente su vida cotidiana, pues no sólo ha denunciado y ha solicitado una Orden de Protección, sino que refiere haber tenido que cambiar de domicilio y de móvil.

En definitiva, compartimos con el Juzgador de instancia que la conducta del recurrente alteró de forma importante su vida cotidiana y su normal proceder de manera sustancial y grave, por lo que merece el reproche **penal**.

Y se estima cumplido el requisito de perseguibilidad previsto en el apartado 4 de dicho precepto para la persecución del delito de acoso, pues el examen de la causa así lo revela: Lina declaró ante la Policía, constando que fue informada de sus derechos, "antes del comienzo de la presente denuncia" donde relató los hechos de los que fue víctima por el recurrente y lo mismo hizo como denunciante ante el Juzgado de instrucción, donde le fue efectuado el oportuno ofrecimiento de acciones, al amparo del que se personó en la causa como acusación particular y ejercitó en juicio tanto la acción **penal** como la civil.

QUINTO.- Por tanto, el recurso interpuesto ha de ser rechazado, y, en consecuencia, las costas procesales de él derivadas le deben ser impuestas al apelante (arts. 123 del CP y 240.2º LECrim).

Por lo expuesto

FALLAMOS

Que, **DESESTIMANDO** el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Maximo , contra la sentencia de fecha 20 de enero de 2022, pronunciada por el Ilmo. Sr. Magistrado - Juez del Juzgado de lo **Penal** N° 2 de Avilés, en las diligencias de Juicio Oral de las que esta alzada dimana, debemos de confirmar y confirmamos la sentencia apelada, condenando al apelante al pago de las costas del recurso.

Notifíquese esta sentencia a las partes, instruyéndoles que no es firme y que procede **RECURSO DE CASACIÓN por infracción de ley del motivo previsto en el número 1.º del artículo 849** ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que ha de prepararse mediante escrito autorizado por Abogado y Procurador, presentado ante este Tribunal dentro de los cinco días siguientes a su **notificación**, conteniendo los requisitos exigidos en el art. 855 y ss. de la LECrim.

Así por esta nuestra Sentencia, la pronunciamos, mandamos y firmamos.