



Roj: **SAP PO 3386/2012 - ECLI:ES:APPO:2012:3386**

Id Cendoj: **36057370052012100452**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Vigo**

Sección: **5**

Fecha: **14/11/2012**

Nº de Recurso: **532/2012**

Nº de Resolución: **451/2012**

Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**

Ponente: **BELEN MARIA FERNANDEZ LAGO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5**

**PONTEVEDRA**

**SENTENCIA: 00451/2012**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5 de PONTEVEDRA**

Domicilio: C/ LALIN Nº 4-1º VIGO

Telf: 986 817162-63

Fax: 986 817165

**Modelo:** 213100

**N.I.G.:** 36038 37 2 2012 0502542

**ROLLO:** APELACION PROCTO. ABREVIADO 0000532 /2012

Juzgado procedencia: JDO. DE LO PENAL N. 1 de VIGO

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ABREVIADO 0000379 /2011

RECURRENTE: Teodosio

Procurador/a: MARIA ELENA GARCIA CALVO

Letrado/a:

RECURRIDO/A: MINISTERIO FISCAL, Marco Antonio , Claudio , Guillermo

Procurador/a: , JOSE VICENTE GIL TRANCHEZ , MARIA TERESA VILLOT SANCHEZ , MARIA AUXILIADORA RUIZ SANCHEZ

Letrado/a: , , ,

**SENTENCIA Nº 451/12**

=====

**ILMOS/AS SR./SRAS**

**Presidente/a:**

**DÑA. VICTORIA EUGENIA FARIÑA CONDE**

**Magistrados/as**

DÑA. MERCEDES PÉREZ MARTIN ESPERANZA

**DÑA. BELEN MARIA FERNANDEZ LAGO**



=====

En VIGO, a catorce de Noviembre de dos mil doce.

VISTO, por esta Sección 005 de esta Audiencia Provincial en la causa arriba referenciada, el recurso de apelación interpuesto por el Procurador MARIA ELENA GARCIA CALVO, en representación de Teodosio , contra la Sentencia dictada en el procedimiento PA: 0000379 /2011 del JDO. DE LO PENAL nº: 001 ; habiendo sido parte en él, como apelante el mencionado recurrente, como apelado MINISTERIO FISCAL, Marco Antonio , Claudio , Guillermo , representado por el Procurador, JOSE VICENTE GIL TRANCHEZ , MARIA TERESA VILLOT SANCHEZ , MARIA AUXILIADORA RUIZ SANCHEZ y el Ministerio Fiscal, en la representación que le es propia.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Juzgado de lo Penal Número Uno de Vigo, con fecha 27 de enero de 2012, dictó Sentencia en autos de Procedimiento Abreviado núm. 379/11, cuyos Hechos Probados literalmente dicen: "Único.- Se declara probado que sobre las 17 horas del día 16 de agosto 2010, cuando niños de edades comprendidas entre los cuatro y los ocho años jugaban bajo la vigilancia de sus padres en las proximidades de las rocas de la playa de Fontaiña (sita en la carretera de Canido) el acusado Teodosio , mayor de edad y sin antecedentes penales, llamó la atención de aquellos al tiempo que, con ánimo libidinoso, se acariciaba los genitales masturbándose. Al percatarse de ello Guillermo cuyo hijo se hallaba próximo al acusado, se acercó, acompañado de Marco Antonio , reprendiéndole su comportamiento sin que conste que lo hubiese insultado, momento en el que Teodosio cogió una piedra dirigiéndose a su oponente con expresiones del siguiente tenor: "cobarde, hijo de puta, ven aquí si te atreves". Al no desprenderse de la piedra que había cogido y en el temor de que pudiese utilizarla, Marco Antonio y Guillermo tiraron de la piedra, sin ánimo de atentar contra su integridad física, hasta conseguir desarmarlo. No consta que Teodosio sufriera lesiones a consecuencia de este forcejeo, ni que fuese agredido por Claudio ni Marco Antonio .

Y cuyo fallo es del tenor literal siguiente: << Debo condenar y condeno a Teodosio , como autor de un delito de exhibicionismo del artículo 185 del código penal , sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de SIETE MESES DE PRISION; y como autor de la falta de injurias del artículo 620 del código penal a la pena de 10 días multa a razón de 6 euros días, con costas.-Debo absolver y absuelvo a Guillermo , Claudio y Marco Antonio de la falta de que venían siendo acusados, con todos los pronunciamientos favorables>>.

**SEGUNDO.-** Notificada la anterior resolución a las partes por la representación de D. Teodosio se interpuso Recurso de Apelación, que formalizó exponiendo las alegaciones que constan en su escrito el cual se halla unido a las actuaciones, solicitando se revoque la Sentencia apelada, y se declare la absolución de su representado respecto del delito de exhibicionismo y de la falta de injurias por los que ha sido condenado.

**TERCERO.-** Dado traslado del recurso, el Ministerio Fiscal interesó la desestimación del mismo, y la confirmación de la resolución recurrida por sus propios fundamentos.

**CUARTO.-** Remitido el asunto a esta Audiencia, y turnado a esta Sección, se formó el correspondiente Rollo, en el que se señaló día para la deliberación del recurso.

Ha sido ponente Dña. BELEN MARIA FERNANDEZ LAGO.

### HECHOS PROBADOS

No se aceptan, en parte, los de la Sentencia recurrida, los cuales pasan a ser del siguiente tenor literal:

Se declara probado que, cuando sobre las 17 horas del día 16 de agosto de 2010 el acusado D. Teodosio se encontraba en las rocas existentes entre la conocida como playa de "Las Barcas" y la playa de "Fontaiña", sitas ambas en la ciudad de Vigo, se acercaron a él los también acusados D. Guillermo y D. Marco Antonio , y tras una breve conversación entre D. Guillermo y D. Teodosio , éste último cogió una piedra, y dirigiéndose a aquel le dijo: "cobarde, hijo de puta, ven aquí si te atreves". Al no desprenderse D. Teodosio de la piedra que había cogido, y en el temor de que éste pudiese utilizarla, D. Marco Antonio y D. Guillermo tiraron de la piedra, sin ánimo de atentar contra la integridad física de aquel, hasta conseguir desarmarlo. No consta que D. Teodosio , a consecuencia del forcejeo, sufriera lesiones ni que fuese agredido por D. Claudio ni por D. Marco Antonio .

Tampoco consta probado que D. Teodosio , con ánimo libidinoso en presencia de menores, se hubiera estado tocando los genitales masturbándose.



## FUNDAMENTOS DE DERECHO

No se aceptan los Fundamentos de Derecho de la sentencia recurrida, los cuales se sustituyen por los siguientes:

**PRIMERO** .- Contra la Sentencia dictada en la instancia recurre la representación procesal de D. Teodosio quien, después de desarrollar a través de las alegaciones segunda, tercera y cuarta de su escrito como motivos del mismo error en la apreciación de la prueba e infracción de precepto legal por vulneración de los artículos 185 y 620 del Código Penal así como infracción de la doctrina y jurisprudencia, interesa la absolución de su representado respecto de las infracciones penales objeto de acusación.

Lo cierto es que de la prueba practicada los únicos hechos, de cuya certeza no tiene duda este Tribunal, es que tras un breve dialogo entre D. Guillermo y D. Teodosio , éste último cogió una piedra y dirigiéndose a D. Guillermo le dijo: "cobarde, hijo de puta, ven aquí si te atreves".

Y así mientras que respecto de la falta de injurias, objeto de condena, resulta clara su perpetración al reconocer el propio acusado, D. Teodosio , que profirió tales expresiones tras haber cogido una piedra, por lo que, dadas las circunstancias en que se realizó la acción, resulta evidente el "animus iniurandi" en quien reta y provoca a su oponente a acercarse a él, no resulta lo mismo respecto del delito de exhibicionismo pues las versiones contradictorias de los hechos expuestas en el acto del Juicio Oral resultan corroboradas por los testigos que depusieron en el mismo a instancia, respectivamente, de la acusación y de la defensa, no encontrando este Tribunal motivo alguno para otorgar mayor credibilidad a los testigos de una parte, y verosimilitud a su versión de los hechos, sobre los de la otra.

**SEGUNDO**.- En nuestro procedimiento penal es a la acusación a la parte a quien incumbe la prueba de los hechos objeto de tal acusación, de lo contrario lo que procederá es la absolución del acusado quien no necesita probar nada. La desvirtuación de la presunción de inocencia, como es bien sabido, requiere la existencia de actividad probatoria y el que ésta sea prueba de cargo suficiente. En el acto del Juicio Oral, a instancia del Ministerio Fiscal, única acusación personada, se practicó la prueba que, habiendo sido propuesta, resultó admitida por el órgano judicial.

El acusado, D. Teodosio , niega los hechos objeto de acusación, y reconoce que estaba desnudo, en compañía de una amiga, en las rocas adyacentes a una playa nudista, y que si bien se toco su cuerpo, lo fue únicamente con motivo de echarse crema protectora solar. Y su versión la corrobora D<sup>a</sup> Consuelo, quien manifiesta que estuvo toda la tarde con D. Teodosio y que solo lo perdió de vista, un momento, cuando aquel fue a bañarse, y que en instante alguno D. Teodosio se masturbó o se toco los genitales con tal intención, si bien reconoce que aquel se estuvo echando crema solar. También declaró a instancia de la defensa D<sup>a</sup> Celia, quien manifiesta que estaba en la playa nudista y que D. Teodosio se encontraba en las rocas en compañía de una amiga, y que no lo vio ni masturbarse ni tocar a los niños.

La declaración del acusado, respecto de este concreto episodio, no ha variado a lo largo del presente procedimiento, y la credibilidad de quien declara no puede ponerse en entredicho por el hecho de que el deponente tenga una menor facilidad para expresarse verbalmente, ni siendo factible conceptuar como contradicción el hecho de que en el acto del Juicio Oral el acusado reconozca, en su propio perjuicio, que cogió una piedra e insulto a uno de las personas que a él se aproximaron. Y en cuanto a la agresión por él denunciada, el relato, respecto a lo declarado en instrucción, se mantiene en lo esencial, ratificando en el plenario que no conoce la identidad de los agresores y aclarando que el nombre - Guillermo - de la persona que se acerco a él en primer lugar, y que reconoció que no le agredió, lo sabía porque le dijeron que se llamaba así, e insiste en que él no conocía a ninguna de las personas que se le acercaron, y de hecho, en el propio acto, no puede identificarlos, indicio éste a tener en cuenta en el momento de valorar la credibilidad del testimonio de quien, tal y como se acredita documentalmente -folio 29- y se corrobora con la declaración de D<sup>a</sup> Consuelo, llamó a la Policía para denunciar la supuesta agresión.

Y lo mismo cabe decir respecto de la credibilidad de los testigos de la defensa, y su mayor o menor habilidad para expresarse verbalmente, no apreciándose, en todo caso, en sus declaraciones las contradicciones apuntadas en la Sentencia impugnada. Y así respecto del testimonio de D<sup>a</sup> Celia, la sinceridad e imparcialidad resulta evidente en quien, siendo testigo propuesto por D. Teodosio , manifiesta no poder identificar a las personas que supuestamente "zarandearon" a éste, ni tampoco puede precisar la dirección de la que venían los supuestos agresores, dato éste que hubiera podido contribuir a su identificación. En cuanto a D<sup>a</sup> Consuelo, tampoco se aprecian en su testimonio las contradicciones expresadas en la Sentencia, pues cuanto ésta se refiere a la parte del cuerpo sobre la que D. Teodosio se estuvo echando crema manifiesta que ella vio que se la echaba por el pecho, y que no sabe si se la dio también por las piernas, de modo que no descarta esta posibilidad. Y en cuanto al momento en que D. Teodosio se puso el bañador, en consonancia con lo manifestado por el acusado, declara que éste se puso aquella prenda antes de llegar la Policía, e incluso dice



que fue ella quien, al advertir la presencia de la Policía, se lo sugirió, haciendo ella lo propio, y si bien el Policía NUM000 en el acto del Juicio Oral manifiesta que fue él quien le ordeno que se vistiese el bañador, en el atestado, en contradicción, los Agentes comparecientes, entre ellos el Policía NUM000, manifiestan que el denunciado al percatarse de su presencia procedió a vestirse, lo que coincide con lo manifestado por D. Teodosio quien refiere que cuando llegó por primera vez la Policía tenía el bañador puesto y que cuando se fueron se lo quitó, volviendo a vestirlo cuando procedieron a su detención.

Y como antes se apuntó este Tribunal considera que no existen motivos para otorgar mayor credibilidad a los testigos de cargo, y verosimilitud a sus respectivos testimonios, sobre todo si se tiene en cuenta, de una parte que quienes afirman que vieron masturbarse al acusado, manifiestan que éste lo estuvo haciendo durante tiempo -D. Guillermo y D. Claudio precisan que mas de media hora- y no obstante permiten que sus hijos, o los hijos de sus amigos, se encuentren en las proximidades de quien, según sus manifestaciones, está teniendo tan deplorable comportamiento, y de otra que esos mismos testigos de la acusación reconocen que el acusado se estuvo echando crema. También se tiene en cuenta, al valorar la credibilidad de los testigos de la acusación, que una de las personas que estaba en la Playa en su compañía, en concreto D. Marco Antonio, manifestó que no vio masturbarse al acusado, lo que corrobora lo manifestado por la persona -D<sup>a</sup> Consuelo- que estuvo, esa tarde, en compañía del acusado, quien de forma categórica negó que el acusado hubiera estado masturbándose.

**TERCERO.-** Es por ello que, aún cuando tratándose de pruebas personales bien es sabido que el Juez que presencia el Juicio oral es quien está en mejores condiciones para valorar la credibilidad de las personas que deponen ante él y alcanzar a través de ello la convicción sobre lo sucedido, en el presente caso, a través de documental y la visualización de la grabación de aquel acto, este Tribunal ha constatado que habido una errónea apreciación y valoración de la prueba testifical, especialmente de la practicada a instancia de la defensa del Sr. Teodosio al decaer, tal y como se ha razonado en los Fundamentos anteriores de la presente resolución, los motivos que llevaron a la Juez "a quo" a rechazar la credibilidad y verosimilitud de los testimonios del acusado y de los testigos que depusieron a instancia de la defensa, dando aquella plena credibilidad a los testimonios de los que lo hicieron a solicitud de la acusación, y verosimilitud a su versión de los hechos.

Al respecto de la valoración, por vía de recurso, de las pruebas personales practicadas en la instancia, citar cabe la Sentencia del Tribunal Supremo 732/2006 de 3 de julio, conforme a la cual "...no se trata por tanto de establecer el axioma que lo que el Tribunal creyó debe ser siempre creído, ni tampoco prescindir radicalmente de las ventajas de la inmediación, sino de comprobar si el razonamiento expresado por el Tribunal respecto de las razones de su decisión sobre la credibilidad de los testigos o acusados que prestaron declaración a su presencia...se mantiene en parámetros objetivamente aceptables...", y la Sentencia del Tribunal Supremo 2047/2002 de 10 de septiembre que pone el acento en la elaboración racional o argumentativa del Tribunal que gozó de la inmediación, que puede y debe ser revisado por el Tribunal Superior que conoce de la causa vía recurso para verificar la estructura racional del discurso valorativo, o la STS 408/2004 de 24 de marzo en la que reconociendo la competencia del Juez sentenciador para valorar la prueba, en relación a aquella prueba afectada por el principio de inmediación se dice "...y ello no tanto porque se considere la inmediación como una zona donde debe imperar la soberanía del Tribunal sentenciador y en la que nada pueda decir el Tribunal ante el que se ve el recurso, sino, más propiamente como verificación de que nada se encuentra en este control casacional que afecte negativamente a la credibilidad del testimonio de la persona cuyo relato sirve para fundamentar la condena dictada en la instancia....".

Doctrina que resulta de plena aplicación al presente caso, al tener este Tribunal de apelación plenas facultades para conocer en su totalidad lo actuado, dado que al tratarse de un recurso ordinario el Juez o Tribunal "ad quem" puede y debe resolver cuantas cuestiones se le planteasen, sean de hecho o de derecho, tal y como considera el Tribunal Constitucional, entre otras muchas, en Sentencia de fecha 29 de noviembre de 1.990 y Sentencia 167/2002, de 18 de septiembre. De modo que "...el juzgador ad quem asuma la plena jurisdicción sobre el caso, en idéntica situación que el Juez a quo, no sólo por lo que respecta a la subsunción de los hechos en la norma, sino también para la determinación de tales hechos a través de la valoración de la prueba, pudiendo revisar y corregir la ponderación llevada a cabo por el Juez a quo (SSTC 172/1997; 120/1999 de 28 de junio y, ATC 220/1999 de 20 de septiembre), de 20 de septiembre). Pero en el ejercicio de las facultades que el art. 795 de la LECrim. otorga al Tribunal ad quem deben respetarse en todo caso las garantías constitucionales establecidas en el art. 24.2 CE " (FJ 11). ...".

Y entre aquellas se encuentra el principio de inmediación que impone que se hayan de dar como verídicos los hechos que el Juez de lo Penal ha declarado probados en la Sentencia apelada, salvo ( STS entre muchas, la núm. 272/1998, de 28 de Febrero ) que se aprecie manifiesto y patente error en la apreciación de la prueba; que



el relato fáctico sea incompleto incongruente o contradictorio, o que sea desvirtuado por nuevos elementos de prueba practicados en segunda instancia.

Pues bien, en el presente caso, y por las razones expresadas anteriormente, se debe revocar la Sentencia de instancia, en cuanto al pronunciamiento relativo a la condena del acusado respecto del delito de exhibicionismo, al considerar este Tribunal que, en el presente caso, no ha quedado acreditado, con la certeza que toda condena penal exige, los hechos que sirvieron de base a las acusaciones, hasta el extremo de crear dudas racionales en el ánimo del Tribunal, dudas que, por imperativo del principio «in dubio pro reo», determinan que deba dictarse Sentencia absolutoria, y ello porque ninguna prueba se practicó en el solemne acto del Juicio Oral, que haya determinado que, conforme a lo dispuesto en el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se lograra la convicción acerca de la culpabilidad del acusado.

**CUARTO.-** Dada la estimación parcial del recurso, procede declarar de oficio las costas de esta alzada y las de la instancia.

En atención a todo lo expuesto y en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución Española nos confiere.

## FALLO

Que estimando parcialmente el Recurso de Apelación formulado, por la representación procesal de D. Teodosio, contra la Sentencia de fecha 27 de enero de 2012 dictada por el Juzgado de lo Penal Número Uno de Vigo en autos de Procedimiento Abreviado núm. 379/11 (Rollo de Apelación núm. 532/12), se revoca, también parcialmente, la Sentencia impugnada en el sentido de absolver D. Teodosio respecto del delito de exhibicionismo por el que fue condenado, manteniéndose los demás pronunciamientos de la Sentencia apelada, con excepción del correspondiente a las costas procesales, pues procede declarar de oficio tanto las de la instancia como las de esta alzada.

Notifíquese el presente a las partes personadas, de conformidad con lo establecido en el artículo 248-4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso.

Expídase testimonio de esta resolución para su unión al rollo de Sala y para su remisión al Juzgado de procedencia, para cumplimiento de lo acordado, tomándose las oportunas notas en los libros registro de esta Sección.

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