Roj: **SAP O 2144/2014** - **ECLI:ES:APO:2014:2144**

Id Cendoj: **33044370032014100315**
Órgano: **Audiencia Provincial**
Sede: **Oviedo**
Sección: **3**
Fecha: **29/07/2014**
Nº de Recurso: **48/2014**
Nº de Resolución: **336/2014**
Procedimiento: **Apelación Juicio Rápido**
Ponente: **VIRGINIA FERNANDEZ PEREZ**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

FONDO DOCUMENTAL CE

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3

OVIEDO

SENTENCIA: 00336/2014

-

COMANDANTE CABALLERO, 3

Teléfono: 985968771/8772/8773

213100

N.I.G.: 33044 48 2 2014 0102531

APELACION JUICIO RAPIDO 0000048 /2014

Delito/falta: V.DOMÉSTICA Y DE GÉNERO.LESIONES/MALTRATO FAMILIAR

Denunciante/querellante: Narciso

Procurador/a: D/Dª RAFAEL CARLOS SERRANO MARTINEZ

Abogado/a: D/Dª EFREN BANCIELLA FERNANDEZ

Contra: MINISTERIO FISCAL, Elisa

Procurador/a: D/Dª , IGNACIO FERNANDO SANCHEZ GUINEA

Abogado/a: D/Dª , ROCIO SOLIS LOPEZ

SENTENCIA Nº 336/14

==========

ILMOS/AS SR./SRAS

Presidente/a:

D./DÑA. JAVIER DOMINGUEZ BEGEGA

Magistrados/as

D./DÑA. ANA ALVAREZ RODRIGUEZ

D./DÑA. VIRGINIA FERNANDEZ PEREZ

==========

En OVIEDO, a veintinueve de Julio de dos mil catorce.

Vistas, en grado de apelación, por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Oviedo, las diligencias de Juicio Oral Rápido nº 204/14, procedentes del Juzgado de lo Penal nº 4 de Oviedo, (Rollo de Apelación nº 48/14), sobre delito de LESIONES siendo parte apelante **Narciso ,** cuyas demás circunstancias personales constan en las Diligencias, representado en el recurso por el Procurador Sr./Sra. Serrano Martínez, bajo la dirección del Letrado Sr./Sra. Banciella Fernández, siendo apelado, **Elisa** , representado por el Procurador Sr./Sra. Sánchez Guinea, bajo la dirección del Letrado Sr./Sra. Solís López, siendo parte el Ministerio Fiscal y Ponente la Ilma. Sra. Magistrada **Dña. VIRGINIA FERNANDEZ PEREZ.**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de lo Penal Nº 4 de Oviedo se dictó sentencia en las referidas diligencias de fecha 6 de junio de 2014 , cuya parte dispositiva dice:

FALLO: "CONDENO a don Narciso ,

1) como autor de un delito de lesiones ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, a las penas de NUEVE MESES Y UN DIA de prisión, inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, privación del derecho a la tenencia y porte de armas durante DOS AÑOS Y UN DIA y prohibición de aproximarse a menos de QUINIENTOS METROS de doña Elisa y de comunicarse con ella durante UN AÑO, NUEVE MESES Y UN DIA. Estas prohibiciones comprenderán la prohibición de acercarse a la señora Elisa en cualquier lugar donde se encuentre, así como acercarse a su domicilio, a su lugar de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ella, y la de establecer con ella, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual.

2) como autor de una falta continuada de vejaciones injustas ya definida, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, a la pena de SIETE DIAS de localización permanente en domicilio diferente y alejado del de doña Elisa .

CONDENO a don Narciso a pagara al Servicio de Salud del Principado de Asturias la cantidad que se determine en ejecución de sentencia por los gastos derivados de la asistencia sanitaria prestada a doña Elisa como consecuencia de los hechos del 15 de mayo de 2014.

Impongo a don Narciso el pago de las costas causadas en esta instancia, entre las que se incluirán las de la acusación particular".

SEGUNDO .- Contra dicha sentencia se interpuso por la representación del condenado recurso de apelación, del que se dio traslado al Ministerio Fiscal y remitido el asunto a esta Audiencia y repartido a esta Sección Tercera, se registró con el Rollo de Apelación nº 48/14, 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

PRIMERO.- Se interpone recurso de apelación por la representación procesal de Narciso frente a la sentencia dictada el 6 de junio del 2014, por el Juzgado de lo Penal N.º 4 de Oviedo por el que se le condena como autor de una falta continuada de vejaciones y un delito de maltrato por violencia de género, articulándose la misma errónea valoración de prueba, y subsidiariamente que la condena lo sea por una falta del art. 617.1º del CP .

Constituye jurisprudencia reiterada que cuando en el recurso de apelación se basa en la valoración de la prueba llevada a cabo por el Juez Penal en uso de la facultad que le confieren los artículos 741 y 973 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , y sobre la base de la actividad desarrollada en el juicio oral, debe partirse de la singular autoridad de la que goza la apreciación probatoria realizada por el Juez ante el que se ha celebrado el acto solemne del juicio, núcleo del proceso penal y en el que adquieren plena efectividad los principios de inmediación , contradicción y oralidad, a través de los cuales se satisface la exigencia constitucional de que el acusado sea sometido a un proceso público con todas las garantías (artículo 24.2 de la Constitución Española), pudiendo el Juzgador desde su privilegiada y exclusiva posición, intervenir de modo directo en la actividad probatoria y apreciar personalmente su resultado, así como la forma de expresarse y conducirse los testigos en su narración de los hechos y la razón de conocimiento de éstos, ventajas de las que, en cambio, carece el Tribunal llamado a revisar dicha valoración en segunda instancia. De ahí que el uso que haya hecho el Juez de su facultad de libre apreciación o apreciación en conciencia de las pruebas practicadas en el juicio, reconocida en el Art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , y plenamente compatible con los derechos

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

de presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva, siempre que tal proceso valorativo se motive o razone adecuadamente en la sentencia (Sentencias del Tribunal Constitucional 17-12-85 , 23-6-86 , 13-5-87 y 2-7-90 , entre otras), únicamente debe ser rectificado, bien cuando en verdad sea ficticio, por no existir el imprescindible soporte probatorio de cargo, vulnerándose entonces el principio de presunción de inocencia, o bien cuando un detenido y ponderando examen de las actuaciones ponga de relieve un manifiesto y claro error del Juzgador «a quo» de tal magnitud y diafanidad que haga necesaria, con criterios objetivos y sin el riesgo de incurrir en discutibles y subjetivas interpretaciones del componente probatorio existente en los autos, una modificación de la realidad fáctica establecida en la resolución apelada. Más concretamente, sólo cabe revisar la apreciación hecha por el Juez de la prueba recibida en el acto del juicio oral en la medida en que aquélla no dependa sustancialmente de la percepción directa o inmediación que el mismo tuvo con exclusividad y, en consecuencia, el juicio probatorio sólo será contrastable por vía de recurso en lo que concierne a las inducciones y deducciones realizadas por el Tribunal «a quo», de acuerdo con las reglas de la lógica, los principios de la experiencia y de los conocimientos científicos, pero no en lo relativo a la credibilidad de los testimonios o declaraciones oídas por el Juzgador (Sentencia del Tribunal Supremo de 29-1-90).

Asimismo cabe hacer cita de la sentencia 120/2009 de 18 de mayo del Tribunal Constitucional que en relación a la valoración de la prueba en segunda instancia ha declarado que "resulta, pues, obligado el recordatorio de la doctrina que arranca de la mencionada STC 167/2002, de 18 de septiembre (FFJJ 10 y 11), sustentada, como decimos, en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que, en relación con demandas promovidas por infracción del art. 6.1 del Convenio como consecuencia de haberse fallado la apelación de una causa penal sin que se hubiese celebrado en esta fase audiencia o vista pública, tiene declarado, con carácter general, que el proceso penal constituye un todo, y que la protección que dispensa el mencionado precepto no termina con el fallo en la primera instancia, de modo que el Estado que organiza tribunales de apelación tiene el deber de asegurar a los justiciables, a este respecto, las garantías fundamentales del art. 6.1 CEDH . Más concretamente, en relación con la cuestión que ahora nos ocupa, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que la noción de proceso justo o equitativo implica, en principio , la facultad del acusado de estar presente y ser oído personalmente en la primera instancia, dependiendo la exigencia de esta garantía en la fase de apelación de las peculiaridades del procedimiento considerado, para lo que es necesario examinar éste en su conjunto de acuerdo con el orden jurídico interno, el papel que ha de desempeñar la jurisdicción de apelación y la manera en la que los intereses del demandante fueron realmente expuestos y protegidos ante el tribunal a la vista de las cuestiones que éste tiene que juzgar (SSTEDH de 26 de mayo de 1988, caso Ekbatani c. Suecia , §§ 24 y 27; 29 de octubre de 1991, caso Helmers c. Suecia, §§ 31 y 32; y 27 de junio de 2000, caso Constantinescu c. Rumanía , § 53)". Y continua que dicha doctrina "no será de aplicación cuando la condena en segunda instancia se haya basado en una nueva y distinta valoración de prueba documental, tal como, en este sentido, pone de manifiesto la STC 40/2004, de 22 de marzo (FJ 5) cuando afirma que «existen otras pruebas, y en concreto la documental, cuya valoración sí es posible en segunda instancia sin necesidad de reproducción del debate procesal» (en el mismo sentido, SSTC 198/2002, de 26 de octubre , FJ 5 ; 230/2002, de 9 de diciembre , FJ 8; AATC 220/1999, de 20 de septiembre , FJ 3 ; 80/2003, de 10 de marzo , FJ 1) como consecuencia de que la posición del órgano jurisdiccional de segundo grado resulta idéntica a la que tuvo el juez a quo cuando procedió a su valoración. En relación con la prueba pericial, atendida su naturaleza y la del delito enjuiciado, podrá ser valorada sin necesidad de oír a los peritos y de reproducir íntegramente el debate procesal cuando en el documento escrito de los informes periciales estén expuestas las razones que pueden hacer convincentes las conclusiones a las que esos informes lleguen (STC 143/2005, de 6 de junio , FJ 6), esto es, cuando el tribunal de apelación valore la prueba pericial sólo a través del reflejo escrito que la documenta (STC 75/2006, de 13 de marzo , FJ 8). No así cuando el perito haya prestado declaración en el acto del juicio con el fin de explicar, aclarar o ampliar su informe, dado el carácter personal que en tal caso adquiere este medio de prueba (SSTC 10/2004, de 9 de febrero, FJ 7 ; 360/2006, de 18 de diciembre, FJ 4 ; y 21/2009, de 26 de enero , FJ 2)".

SEGUNDO.- Respecto al derecho a la presunción de inocencia y el principio in dubio pro reo, la jurisprudencia ha declarado que no queda vulnerado cuando exista un mínimo de actividad probatoria de cargo que lo desvirtúe (STC 100/85 , 174/85 , 64/86 , 126/86), tal y como ocurre en el caso examinado. "La presunción de inocencia exige no solo una mínima prueba de cargo sino que la que se estime como tal debe haberse producido con las debidas garantías legales, con las básicas garantías procesales como presupuesto inexcusable para que el juez o Tribunal pueda apreciarlas en conciencia y es que el principio de libre apreciación de la prueba presupone la existencia de una mínima actividad probatoria de cargo que normalmente y en principio sea practicada en el acto del juicio oral para que tenga vida y eficacia los principios de oralidad, contradicción e inmediación con relevancia constitucional en los arts. 24 y 120 de la Norma Suprema" (STC de 1 de Octubre de 1987).

En el caso examinado, el recurrente pretende sustituir la imparcial e independiente valoración probatoria del juez de instancia por su subjetiva e interesada versión de los hechos, que si bien resulta legítimo, no puede ser

acogida a tenor de la debilidad de las pruebas de descargo esgrimidas que no permiten enervar los axiomas incriminatorias y que se plasman certeramente en la resolución de instancia.

Así la Sala se arroga el parecer del "a quo" partiendo de la inmediación y facilidad de percepción que por definición tiene el mismo para evaluar la credibilidad y fiabilidad de los testimonios, plasmando en su resolución un análisis detallado del acervo probatorio practicado con la necesaria inmediación que le lleva a alcanzar la certeza de culpabilidad en los hechos enjuiciados al colegirlo de la declaración de la víctima, testimonio de cargo apto para enervar la presunción de inocencia al cumplir los requisitos fijados por la jurisprudencia. En este sentido, según nuestro TS, entre otras muchas Sentencias de 3 de diciembre del 2004 y de 25 de abril del 2005 , requiere que "aparezca rodeada de los parámetros interpretativos para su apreciación que esta Sala ha declarado de forma muy reiterada (ausencia de incredibilidad subjetiva derivada de alguna situación que incapacite por razones personales, la misma verosimilitud de la versión ofrecida por la víctima y persistencia en su testimonio), pero es también necesario que la declaración de la víctima se encuentre rodeada de datos corroboradotes, externos y objetivos, que la doten de una especial potencia convictiva", elementos que concurren en el caso examinado como acertadamente se motiva en la sentencia, testimonio extenso y abundante en el detalle, sin que se aprecien contradicciones, describiendo tanto la actividad violenta desplegada por el acusado frente a su persona al finalizar el disfrute del régimen de visitas, como la actitud indubitada de zaherir exteriorizada en las comunicaciones telefónicas por aquel remitidas; testimonio que viene adverado por los elementos objetivos que en si constituyen el parte de lesiones suscrito por un centro de salud pública donde se describen lesiones tanto a nivel de cuello como de extremidad superior izquierda, plenamente compatibles con el iter criminis denunciado, como por la documentación donde se contienen transcritas las conversaciones vía Whatsapp. No se erige en óbice de lo anterior, a los efectos de desvirtuar dicho testimonio, el mero hecho de que la víctima haya presentado anteriores denuncias ni la intención de aquella de solicitar una modificación de medidas de familia al no ser más que una exteriorización de los derechos que asisten a la misma de acudir a los tribunales para la obtención de la tutela judicial efectiva.

En suma, dado que el razonamiento efectuado por el juzgador de instancia sin que el mismo pueda ser tachado de irracional, ilógico o arbitrario, sino que es fruto de una valoración de las pruebas practicadas conforme a su desarrollo en el acto del juicio y no adjuntándose nuevos elementos de prueba ni datos, con el recurso, que puedan llevar a la Sala a la intima convicción de que los hechos no ocurrieron como se recoge en sentencia se considera procedente la desestimación del recurso y la confirmación de la resolución objeto del mismo, no apreciándose la existencia de error alguno en la apreciación de la prueba ni vulneración de precepto constitucional ni legal.

TERCERO.- Finalmente, se impugna la valoración jurídica de los hechos probados al estimar que a lo sumo serían constitutivos de una falta del art. 617.1º del CP , y no así de un delito del art. 153.1º por el que se le ha impuesto la condena, al no haber sido fruto del ejercicio de superioridad y dominación del acusado frente a su pareja, tratándose únicamente de una mera discusión en la que no se menoscaba la dignidad de la mujer.

El motivo se desestima, al constar en los hechos probados la relación sentimental que hubo ente las partes, así como el menoscabo físico padecido por Elisa que precisó de una primera y única asistencia sanitaria. Pero es más, la reacción del acusado que ante una mera discusión por la entrega de las menores acomete a su ex pareja con el resultado objetivado, ya reseñado en el sustrato fáctico declarado probado, así como la remisión constante de comunicaciones telefónicas con un claro contenido ofensivo es fiel reflejo del ejercicio de autoridad y doblegación que ejercita sobre la misma, integrando todo ello en definitiva los elementos del tipo previsto en el art. 153.1º del CP , acometimiento que al ser directo y múltiple permite apreciar que la conducta del acusado se hallaba presidido por el ánimo de lesionar que en definitiva requiere el tipo.

Sobre este particular se ha pronunciado esta Sala, entre otras muchas, sentencia de 2 de abril del 2013 al señalar que "no puede entenderse que por el hecho de que exista esta riña mutua se deba efectuar una calificación distinta respecto a los hechos enjuiciados, lejos de lo cual para ello el art. 153 ha establecido en sus apartados 1º y 2º una distinción clara para señalar una distinta penalidad a ambas conductas si se declarara probado este hecho, pero en modo alguno para degradar a la categoría de falta una agresión de un hombre a una persona con la que tiene o ha tenido una relación de pareja, de noviazgo o matrimonial por razón de la intencionalidad, que sin embargo supondría que en el caso de autos la calificación jurídica vendría establecida para la esposa a título de delito de violencia domestica según descripción contenida en el párrafo 2º del art. 153 del CP . La Ley orgánica 1/2004 no distingue estas situaciones introduciendo la degradación del tipo penal de la violencia de género a la categoría de falta, por ejemplo, porque la mujer se defienda de la agresión, o incluso teniendo en cuenta que ambos se habían enzarzado en una riña mutuamente aceptada, ya que de ser eso cierto, para ello el art 153 del CP distingue en sus apartados 1º y 2º la distinta penalidad que en estos casos se establece configurando la actuación del varón agresor como de violencia de género y la de la mujer como de violencia doméstica, avalado todo ello, además, por el TC., pero sin que por el hecho de que

el varón sea también objeto de una agresión en la misma situación temporal, el hecho de su agresión pase a ser considerado como falta, para llegar a verificar una interpretación subjetiva de las razones por las que el agresor golpeaba su pareja o ex pareja y ahondar en elementos intencionales, e intentar descubrir si cuando un hombre golpea o arremete contra una mujer existe una situación de dominación o machismo, ya que es obvio que los casos en los que se produzca una agresión de un hombre a una mujer con la que exista una relación de las contempladas en el art. 153.1º del CP se comete un delito de violencia de género en idénticos términos que cuando el agredido sobre el que se obvia cualquier reseña de intencionalidad y por esta razón nunca podría ser calificado como falta al objetivarse la agresión o acometimiento. La Circular de la Fiscalía General indica que la Ley Integral opta por una definición de violencia de género que parte de entender como dato objetivo que los actos de violencia que ejerce el hombre sobre la mujer con ocasión de una relación afectiva de pareja constituyen actos de poder y superioridad frente a ella con independencia de cual sea la motivación o la intencionalidad del agresor"; en tal sentido la descripción del tipo penal es claro resultando los hechos que se declaran probados de evidente subsunción en el mismo, al ser manifestación de una conducta representativa de la prepotencia y desprecio producida en el seno de una relación de pareja, en el que cabe apreciar un plus de antijuridicidad en la acción de agredir verificada por el condenado; los malos tratos de la índole como el que ahora nos ocupa no pueden entenderse dentro de los esquemas de una agresión o riña "normal", no participa de las agresiones que se desarrollan unidas a un robo violento o a una lucha callejera por poner un ejemplo; el objetivo de la agresión a través de los malos tratos de genero pretende la sumisión de la víctima a los planteamientos del agresor". En idéntico sentido sentencia de esta Sección de 20 de noviembre del 2012 .

En suma, y por los motivos esgrimidos procede desestimar la apelación entablada, con la consiguiente confirmación de la resolución recurrida en su integridad.

CUARTO.- Procede la imposición de las costas de la alzada a la parte apelante.

FALLAMOS

Que, **DESESTIMANDO** íntegramente el recurso de apelación interpuesto por la representación de Narciso contra la sentencia dictada el 6 de junio del 2014 por el Juzgado de lo Penal N.º 4 de Oviedo en autos de juicio rápido N.º 204/14, del que dimana el presente rollo, y en consecuencia confirmamos íntegramente dicha resolución imponiéndose a la apelante las costas de la alzada.

Notifíquese la presente resolución a las partes.

Devuélvanse los autos originales, junto con testimonio de esta Sentencia, de la que, además se llevará certificación al Rollo de Sala, al Juzgado de procedencia a los efectos oportunos.

Así por esta nuestra Sentencia, contra la que no cabe recurso alguno, definitivamente juzgado en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ