



Roj: **SAP M 911/2020 - ECLI:ES:APM:2020:911**

Id Cendoj: **28079370272020100063**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **27**

Fecha: **10/02/2020**

Nº de Recurso: **188/2020**

Nº de Resolución: **102/2020**

Procedimiento: **Recurso de apelación. Autos de violencia sobre la mujer**

Ponente: **MARIA CONSUELO ROMERA VAQUERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sección nº 27 de la Audiencia Provincial de Madrid

C/ de Santiago de Compostela, 96 , Planta 10 - 28035

Teléfono: 914934469,4470,4471

Fax: 914934472

NEG. 4 / JA 4

37051540

N.I.G.: 28.079.00.1-2017/0064015

Apelación Sentencias Violencia sobre la Mujer 188/2020

Origen:Juzgado de lo Penal nº 33 de Madrid

Procedimiento Abreviado 416/2018

Apelante: D./Dña. Remedios

Procurador D./Dña. LUIS EDUARDO RONCERO CONTRERAS

Letrado D./Dña. JOSE GARCIA BERZOSA

Apelado: D./Dña. Carlos Alberto y MINISTERIO FISCAL

Procurador D./Dña. VICTORIA BRUALLA GOMEZ DE LA TORRE

Letrado D./Dña. JOSE MARTIN GARCIA

SENTENCIA N° 102/2020

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

SECCIÓN VIGÉSIMO SÉPTIMA

ILMOS/AS. SRES/AS. MAGISTRADOS/AS

PRESIDENTE: DÑA.CONSUELO ROMERA VAQUERO (PONENTE)

MAGISTRADOS: D. FRANCISCO JAVIER MARTÍNEZ DERQUI

DÑA. ANA MARÍA PÉREZ MARUGÁN

En Madrid, a 10 de febrero de 2020.

Vistos por esta Sección Vigésimo Séptima de la Audiencia Provincial de esta capital en grado de apelación los autos de P. Abreviado nº 416/18, procedentes del Juzgado de lo Penal nº 33 de Madrid seguido por delito de amenazas y acoso siendo apelante Remedios , apelados el Ministerio Fiscal y Carlos Alberto y Ponente la Ilma. Sra. Magistrada Dña. Consuelo Romera Vaquero.

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO: Por la Ilma. Sra. Magistrada- Juez del Juzgado de lo Penal nº 33 de Madrid, se dictó sentencia en fecha 25 de noviembre de 2019 en que se recogen como HECHOS PROBADOS: "PRIMERO. El día 19/4/17 el acusado Carlos Alberto , con pasaporte argentino NUM000 , sin antecedentes penales, envió a su ex pareja sentimental, Remedios desde la dirección de correo electrónico que utilizaba DIRECCION000 a la de ella DIRECCION001 un mensaje con el siguiente contenido: "hola te escrito para AVISARTE... y contarte, que a días de haberme instalado nuevamente en Ibiza, la vida me lleva a encontrarme con amistades tuyas, la cual charlando un poco de todo, salio tu nombre, y de una u otra forma me empecé a contar de quien es en realidad Remedios , certificandome un montón de cosas que nunca pude terminar de corroborar, pero ya vez, parece que la vida si quiso de que me enterase e con quien estuve, y la verdad es bastante triste, saber que confiabas en tu pareja, y esta se las mandaba cuantas veces quiso riendose en tu cara, co evadidas de mentiras con gritos y lo pero de tod... traicionandome...sos una traidora, así que x tal y x respeto a mi mismo y x Cesareo y cña... pero x sobre todo para los que se tengan que cruzar a futuro en en ptu camino no padezcan lo que hemos padecido los que ya pasamos por tu lado.

Si tus padres no pudieron...o no quisieron enseñarte lo que es el respeto pues...yo te voy a a enseñar a respetar a las personas la vez que te encuentre por la calleo en un trabajo o alguna reunión donde sea...te hare pasar una vergüenza tan pero tan grande que te vas a olvidar de jugar sucio por detrás...ya te voy a enseñar a vos...asi que ya sabes, done yo te cruce...mas vale que salgas corriendo...y vuelvo a repetir que no habra ningun tipo de vionlecia alguna...x lo menos de mi parte. el que avisa no es traidorrrrr...

Así que lo que te sugiero es, que si tenías pensado venir esta temporada para Ibiza, pues vayas cambiando de destino, que te vayas para otro lado, andate a seguir conociendo islas o lo que sea...x q si venis, yo me voy a enterar...X Q ME LO VAN A DECIR...y te aseguro que no la vas a pasar nada bin x q no sera una vez...seran todas las veces que te encuentre. Vos ni te imaginas lo que te tengo preparado, vas a flipar en todos los colores...a eso te lo aseguro...te cagaste en mi???-...pues ahora me toca a mi...y ojala no te enojas, es lo que le toca a cada uno...te portas bien tienes tu recompensa..y/o viceversa no? y para que veas que todo esto va muy bien en serio...muy pronto vas a empezar a tener noticias mias pero x todos lados!!!! ya vas a ver quien soy ahora...te reiste de mi...ahora me toca a mi...repito...el que avisa no es traidor...".

No ha quedado acreditado que finalizada la relación entre ambos, el acusado la llamara amenazara y acosara insistentemente hasta el punto de llegar a alterar la vida cotidiana de la denunciante.", y con el siguiente FALLO: "Que debo ABSOLVER Y ABSUELVO a Carlos Alberto de los delitos de acoso del art. 172 del CP y amenazas del art. 171.4 del CP por los que venía siendo acusado, declarando de oficio las costas procesales.

Queden sin efecto las medidas de protección de orden penal que se hubieran acordado en el presente procedimiento sin esperar a la firmeza de la presente resolución."

SEGUNDO: Notificada la misma, se interpuso contra ella recurso de apelación por la representación procesal de Remedios , que fue admitido en ambos efectos, tramitándose conforme a lo establecido en el artículo 790 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, siendo elevadas las actuaciones a esta Audiencia Provincial.

TERCERO: Una vez recibidas las mismas, y formado el rollo de apelación nº 188/19, se señaló día para deliberación y fallo del recurso, quedando los autos vistos para sentencia.

HECHOS PROBADOS:

Se dan por reproducidos los de la sentencia apelada, que se aceptan en su integridad.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS:

PRIMERO: Muestra la recurrente su disconformidad con la valoración de la prueba llevada por parte de la juez "a quo" en la sentencia de instancia, solicitando la revocación de la misma y consiguiente condena del acusado, pretensión que no ha de prosperar.

Ha de señalarse en primer lugar que el artículo 792.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en su actual redacción conforme la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales con vigencia desde el 6 diciembre 2015 ha venido a establecer que : "2. La sentencia de apelación no podrá condenar al encausado que resultó absuelto en primera instancia ni agravar la sentencia condenatoria que le hubiera sido impuesta por error en la apreciación de las pruebas en los términos previstos en el tercer párrafo del artículo 790.2.

No obstante, la sentencia, absolutoria o condenatoria, podrá ser anulada y, en tal caso, se devolverán las actuaciones al órgano que dictó la resolución recurrida. La sentencia de apelación concretará si la nulidad ha de extenderse al juicio oral y si el principio de imparcialidad exige una nueva composición del órgano de primera instancia en orden al nuevo enjuiciamiento de la causa."

Con la regulación actual, no cabe, pues, atender al motivo de recurso que nos ocupa por cuanto que la recurrente propugna se lleve a cabo por este Tribunal una nueva valoración de la actividad probatoria desplegada en el acto del juicio oral y, en consecuencia con la misma, se dicte sentencia conforme los pedimentos de dicha acusación, lo que no es posible según la redacción del antedicho precepto y ya venía establecido por la doctrina jurisprudencial anterior a la reforma referida.

Así, la sentencia de 18 de septiembre de 2002 dictada por el Pleno del Alto Tribunal señalaba que "En casos de apelación de sentencias absolutorias, cuando aquélla se funda en la apreciación de la prueba, si en la apelación no se practican nuevas pruebas, no puede el Tribunal "ad quem" revisar la valoración de las practicadas en primera instancia, cuando por la índole de las mismas es exigible la inmediación y contradicción". En este mismo sentido se pronuncian las sentencias 170/02 de 30 de septiembre y 200/02 de 28 de octubre las cuales establecen la obligación de respetar la valoración efectuada por el juez de instancia sobre pruebas que requieran haber sido presenciadas directamente por el órgano judicial ante el cual se practicaron, excepto, en aquellos supuestos en que aparezcan valoraciones irrazonables o arbitrarias que conllevarían la anulación de la sentencia como consecuencia del principio de tutela judicial efectiva pero nunca la sustitución por otra de la actividad probatoria realizada por el juzgado "a quo".

Abundando en lo expuesto, la sentencia de 9 de febrero de 2004 establecía que en la "apelación de sentencias absolutorias, cuando aquélla se funda en la apreciación de la prueba, si en la apelación no se practican nuevas pruebas, no puede el Tribunal ad quem revisar la valoración de las practicadas en la primera instancia, cuando por la índole de las mismas es exigible la inmediación y la contradicción" (STC 167/2002, FJ 11). Consiguientemente se vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías cuando el Tribunal de apelación que ha de resolver un recurso frente a una Sentencia absolutoria revisa y corrige la valoración y ponderación realizada por el Juez de primera instancia de las declaraciones del acusado sin respetar los principios de inmediación y contradicción, siendo ello necesario para pronunciarse sobre su culpabilidad o inocencia (FJ 11), vulnerándose paralelamente el derecho a la presunción de inocencia en la medida en que, a consecuencia de ello, la condena carezca de soporte probatorio (FJ 12)".

Esta doctrina que imposibilitaba, pues, que el órgano "ad quem", revocara una sentencia absolutoria por discrepar de la valoración probatoria realizada por el juzgado "a quo", se siguió manteniendo en doctrina más reciente del Alto Tribunal y así, puede citarse la sentencia 118/2013, de 20 de mayo, la cual, recordando la ya citada sentencia 167/2002 resalta la importancia de los principios de inmediación y contradicción, que imponen que la prueba personal se practique ante el órgano judicial al que corresponde su valoración, y, en el caso de la garantía de contradicción, "esta conlleva el que ese examen 'directo y personal' de las personas cuya declaración va a ser objeto de nueva valoración en la segunda instancia se realice en el seno de una nueva audiencia en presencia de los demás interesados y parte adversas" (SSTC 144/2012, FJ 4 y 43/2013, FJ 6) " y sin que para ello se considerase bastante para la salvaguarda de los principios de inmediación y contradicción la grabación del acto del juicio oral, a los efectos de la doctrina jurisprudencial anteriormente reseñada, como estableció la sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de mayo de 2009.

Lo indicado también conducía a la imposibilidad de modificar el factum, de modo indirecto, utilizando otros elementos de prueba, como documental o pericial, si existieran, pues como dijera las SSTC 144/2012, FJ 5 y 43/2013, FJ 6, cuando los resultados de esos elementos probatorios en los que la Audiencia basa la modificación de los hechos probados de la Sentencia de instancia "están absolutamente imbricados ... con la credibilidad de los testimonios de las pruebas personales que luego se desarrollaron en el plenario", no se pueden disociar ... unos elementos de otros, pues "ello supone una desnaturalización del contenido de la doctrina emanada de la STC 167/2002, al ponderarse así con esta fórmula de manera indirecta por el órgano de apelación pruebas de carácter personal sin las debidas garantías constitucionales y otorgarse por el mismo una preeminencia al contenido de las declaraciones documentadas sobre los propios testimonios personales, practicados en el momento cumbre del proceso penal respetando los principios de inmediación y contradicción".

Finalmente, el Alto Tribunal volvió a pronunciarse en sentencia de 17 de noviembre de 2014, en el mismo sentido, manifestando que "para que el Tribunal de apelación modifique los hechos probados de la sentencia de instancia para establecer otro relato que conduzca a la condena es condición indispensable que cuente, en condiciones de publicidad, oralidad e inmediación ante el mismo Tribunal, con las declaraciones de acusado, peritos y testigos. En otro caso es constitucionalmente imposible modificar el relato absolutorio."

No obstante, como señala, por todas, la sentencia de esta Sección de 19 julio 2018: "Cosa distinta es que, bajo la excusa de apreciación de pruebas personales, gocen de inatacabilidad sentencias absolutorias irrazonables, arbitrarias, meramente intuitivas o sin auténtica motivación (STAP Murcia, Sección 3ª, núm. 419/2016, de 4/07) ya que la solución para esos casos se halla en la solicitud de nulidad. Lo que ocurre es que desde la reforma del art. 240.2 LOPJ, operada por LO núm. 19/2003, de 23/12, no es posible decretar de oficio la nulidad de una sentencia de instancia, si no lo demanda así el recurso, quedando esta cuestión a la diligencia y pericia procesal de la parte que formula recurso, que siempre puede acudir al motivo por quebrantamiento de garantías procesales, si confía en este cauce procesal para hacer valer sus pretensiones. Por lo tanto, la única posibilidad de dejar sin efecto la sentencia dictada, anulándola y retrotrayendo las actuaciones, tendría que fundarse en la constatación que la misma ha incurrido en arbitrariedad, irrazonabilidad o error patente, dado que la Sala no puede modificar el juicio valorativo del Juzgador de instancia, ni corregir sus conclusiones, ni cifrar un nuevo relato de hechos probados y fundar en el mismo una condena sin haber practicado la prueba personal, bajo los principios que rigen la vista oral."

En el caso que nos ocupa la parte recurrente no solo no solicita la nulidad de la resolución recurrida, único cauce posible, como hemos visto, para que la misma fuera modificada en contra del acusado, sino que se limita a discrepar de la valoración del acervo probatorio llevado a cabo por la juzgadora "a quo", lo que no puede conducir a aceptar las pretensiones de la hoy apelante.

Así es: nos encontramos en este caso con que la magistrada de lo Penal, dentro de las facultades que le otorga el principio de libre valoración de la prueba, basa su resolución absolutoria en no considerar suficientemente acreditado que el acusado al enviar los únicos mail y la conversación cotejados en las actuaciones tuviese intención de atemorizar o acosar a la perjudicada, aunque ésta manifestase sentirse intimidada, habiendo de inferirse que la magistrada llega a dicha conclusión a través de la declaración del acusado, al explicar el mismo cómo se produjo su ruptura con la víctima, señalando, además, la juzgadora cómo en absoluto ha resultado probado que la perjudicada viera su vida alterada como consecuencia de la conducta del acusado, habiendo de concluir el Tribunal con que tratándose, por tanto, la expuesta de una valoración de pruebas personales que conduce a una resolución absolutoria, de acuerdo con el precepto y jurisprudencia constitucional enunciados, la misma ha de ser ratificada en esta instancia, procediendo, por tanto, la íntegra confirmación de la sentencia apelada.

SEGUNDO: No se aprecian motivos para la imposición a parte determinada de las costas de este recurso.

FALLAMOS:

Que, con desestimación del recurso interpuesto por la representación procesal de Remedios, contra la sentencia de la Ilma. Sra. Magistrada- Juez del Juzgado de lo Penal nº 33 de Madrid, cuyo fallo literalmente se transcribe en los Antecedentes que preceden, debemos confirmar y confirmamos la resolución recurrida, declarando de oficio las costas de esta instancia.

Esta sentencia no es firme, contra ella cabe interponer recurso de casación únicamente por infracción de ley del motivo previsto en el número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que 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.

Firme que sea esta sentencia, devuélvanse las diligencias originales al Juzgado de procedencia, con certificación de la presente resolución, para su ejecución y cumplimiento, solicitando acuse de recibo y previa su notificación a las partes, con arreglo a las prevenciones contenidas en el art. 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

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

PUBLICACIÓN.-

Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma, y se expide certificación literal de la misma para su unión al rollo. Certifico.