

Id Cendoj: 08019370202009100679
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Barcelona
Sección: 20
Nº de Recurso: 863/2008
Nº de Resolución: 1288/2009
Procedimiento: Apelación penales rápidos
Ponente: MARIA ISABEL CAMARA MARTINEZ
Tipo de Resolución: Sentencia

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

SECCIÓN VIGESIMA

ROLLO Nº 863-08 CM

PROCEDIMIENTO ABREVIADO Nº 594-07

JUZGADO DE LO PENAL nº 2 de Sabadell

SENTENCIA Núm. 1288/2009

Ilmos.Sres.

D. FERNANDO PEREZ MAIQUEZ

Dª CONCEPCION SOTORRA CAMPODARVE

Dª Mª ISABEL CAMARA MARTINEZ

En la Ciudad de Barcelona, a cinco de octubre de dos mil nueve

VISTO, en grado de apelación, ante la Sección Vigésimo de esta Audiencia Provincial, el presente Rollo de Apelación nº 863-08 CM, dimanante del Procedimiento Abreviado nº 594 -07 procedente del Juzgado de lo Penal 2 de Sabadell seguido por delito de amenazas en el ámbito familiar contra Luis ; los cuales penden en virtud del recurso de apelación interpuesto por Almudena contra la Sentencia dictada en los mismos el día 21.12.07 por el Ilmo.Sr. Magistrado-Juez del expresado Juzgado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte dispositiva de la Sentencia apelada es del tenor literal siguiente:" Que debo absolver y absuelvo a Luis como autor responsable penalmente de un delito continuado de amenazas en el ámbito familiar del *art 171. 4º* en relación al *art 74 del CP en su redacción dada por LO 1/2004 de 28 de diciembre* , declarando las costas de oficio."

SEGUNDO.- Notificada a las partes la anterior resolución, se interpuso contra la misma por Almudena recurso de apelación, y admitido el mismo en ambos efectos, se elevaron los autos originales a esta Audiencia Provincial, y tramitado el mismo conforme a Derecho, quedaron las actuaciones pendientes de dictar resolución.

VISTO, siendo Ponente la Ilma.Sra. Dª Mª ISABEL CAMARA MARTINEZ.

HECHOS PROBADOS

SE ACEPTAN el relato de hechos probados, y los fundamentos de la Sentencia apelada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia absuelve al acusado del delito de amenazas continuado que venía siéndole imputado; y frente la misma se interpone recurso de apelación por la acusación particular que es secundado por el Ministerio Fiscal y que plantea en primer término la nulidad de lo actuado en primera instancia, al no haberse permitido la celebración del juicio en orden a la falta de injurias sobre la que también formuló acusación, sin haya podido practicarse prueba al respecto, y en segundo lugar por cuanto los hechos serían en su caso constitutivos de un delito de coacciones debiendo condenar por ellos aunque ninguna de las acusaciones hubiesen formulado tal calificación jurídica por cuanto el *art 789* de la *Lecrim* permite condenar por delito diferente cuando el bien jurídico protegido es el mismo y no hay mutación sustancial de los hechos juzgados.

SEGUNDO.- En relación con dicho motivo de impugnación es oportuno recordar que, a tenor de lo dispuesto en el *artículo 790 núm. 2º de la LECrim* al que expresamente remite el *artículo 976* del mismo texto legal, cuando el recurso de apelación se funde en infracción de normas o garantías procesales en el escrito de interposición no solo deberá citarse la norma o normas que se consideran infringidas sino también alegar, en su caso, la indefensión sufrida, además de acreditar que denunció oportunamente la infracción, si hubiere tenido oportunidad procesal para ello.

Esta exigencia entronca con el sentido de una doctrina jurisprudencial reiterada que, tras diferenciar entre indefensión formal e indefensión material, solo otorga relevancia *constitucional a los efectos del art. 24.1 de la Constitución a la segunda*, entendida como entorpecimiento o limitación sustancial en la defensa de los derechos e intereses o abierta ruptura del equilibrio entre las partes, por lo cual la mera inaplicación o infracción de la norma procesal, que se identificaría con el concepto jurídico-formal de indefensión, si bien suele ser condición necesaria, no es suficiente para entender vulnerado el derecho fundamental a la tutela judicial sin que se produzca indefensión, ya que ello exige que exista un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa, con el consiguiente perjuicio para los intereses del afectado (SS.TC. 17 junio 1987, 13 febrero 1989, 22 octubre 1990, 6 junio 1991, 24 enero 1995 y 16 marzo 1998).

La misma jurisprudencia viene señalando que la indefensión es irrelevante cuando es imputable a negligencia de la parte, ya que no puede alegar vulneración del derecho de defensa quien se coloca a sí mismo en la situación que la provoca, o quien no hubiera quedado indefenso de actuar con una diligencia razonablemente exigible.

Por otro lado, la normativa reguladora de la nulidad de las actuaciones judiciales, que se contiene en los *arts. 238 y ss. de la L.O.P.J.*, está inspirada en un criterio claramente restrictivo a la par que conservador de dichos actos, que se manifiesta en diversos condicionamientos, y entre ellos los siguientes: a) permitir en lo posible la subsanación de los defectos cometidos, de manera que sólo pueda decretarse la nulidad cuando la falta sea insubsanable o no se subsanare por el procedimiento legal (*arts. 11.3 y 240.2 L.O.P.J. q y 213 L.E.C.*); y b) ponderar la entidad del vicio observado, exigiendo que, en todo caso, la infracción procesal haya producido efectiva y no solo formal indefensión a las partes, de modo que, para que se acuerde la nulidad, no basta con constatar la existencia de cualquier incumplimiento o violación de las normas procedimentales, sino que además es preciso que con ello se haya colocado a las partes en una situación de real indefensión (*arts. 238-3º L.O.P.J. y 225-3º L.E.C.*).

Pues bien, en el supuesto concreto de autos no se cumple el presupuesto de procedibilidad exigido en el citado precepto, en la medida en que no consta alegado ni se aporta principio de prueba alguno dirigido a acreditar que el recurrente denunció en el momento procesal oportuno dicha situación anómala, - pese que al inicio del Juicio Oral el Juzgador anunció a las partes que la celebración del juicio se seguiría por el delito de amenazas continuado por el que se abrió el Auto de Apertura del Juicio Oral haciendo igualmente constar su protesta, siendo aparentemente posible (con la lógica flexibilidad o antiformalismo aplicable al juicio de faltas) advertir al Juzgador en torno a dicha circunstancia, haciendo constar en todo caso su protesta de no ser atendidas sus pretensiones.

Lo expuesto en los párrafos precedentes determina la desestimación de dicho motivo de impugnación por ausencia de cumplida acreditación de al menos uno de los presupuesto de procedibilidad previstos en el *núm. 2 del art. 790 de la LECrim*.

TERCERO.- Dicho esto, este Tribunal, tras examinar las actuaciones llevadas a cabo así como las evidencias resultantes del material probatorio puesto a su disposición, debe concluir que no existe, incongruencia alguna entre la prueba practicada en la instancia y el concreto pronunciamiento absolutorio que la sentencia apelada establece en su parte dispositiva, y que la valoración probatoria llevada a cabo en

la resolución impugnada resulta racional en sus planteamientos y lógica en su desarrollo.

En efecto, analizada el Acta que documenta el Juicio en correlación con el contenido de la sentencia y con los argumentos esgrimidos en el recurso, no cabe más que concluir que, analizada la prueba practicada por parte del Juez a quo, éste, valorando las distintas versiones expuestas por las partes y los distintos testimonios prestados, llega a la conclusión de que no existía prueba de cargo suficiente para entender acreditado que los hechos ocurrieron tal y como la parte denunciante viene sosteniendo, pues lo contrario supondría cruzar un umbral que en esta sede no nos corresponde, lo que obliga a respetar el criterio establecido en la instancia procedimental, al otorgar virtualidad al principio procesal ""in dubio pro reo"" y al mandato de absolución que conlleva, sin que en consecuencia la distinta lectura proporcionada por el recurrente al resultado de la prueba sea objetivamente susceptible para desvirtuar el razonamiento expresivo del resultado dubitativo que arroja la prueba practicada efectuado por el Juez a quo que, por tales razones, debe ser compartido por este Tribunal .

Y también porque a la función del Tribunal llamado a la apelación no ha sido nunca realizar un "novum iudicium" sino valorar la corrección fáctica y jurídica del pronunciamiento judicial dictado en la primera instancia, lo que, en sede de configuración de los hechos que se entienden probados y atendido al principio de libre valoración de la prueba y a la inmediatez de la que goza el Juez de instancia y de la que se adolece en esta alzada, se concreta exclusivamente en ponderar si el juicio de valoración efectuado para determinar los hechos se sustenta sobre prueba de cargo practicada en Juicio y si la conclusión fáctica a la que se llega guarda relación lógica con aquella, debiendo respetarse en la segunda instancia (no modificar los hechos) la conclusión judicial respetuosa con dichas exigencias.

CUARTO.- Conforme al planteamiento expresado, lo dicho precedentemente basta para desestimar el recurso de apelación interpuesto por la parte puesto que, en todo caso, la valoración efectuada por el Juez a quo podrá o no ser compartida, podrá ser mas o menos probable, pero, por un lado, está asentada en auténticas pruebas y, por otro, no es ni ilógica ni irracional ni contraria a las reglas de la experiencia humana común.

En este caso , el Juez a quo tras valorar minuciosamente y sin incongruencia alguna el resultado de la prueba practicada con todas las garantías en acto del juicio oral llega a la convicción de que no ha resultado acreditado que el acusado haya incurrido en el delito por el que viene siendo acusado . Apoya su convicción en que del contenidos de los mensajes (21.11.07) no se aprecian todos los elementos del tipo de amenazas y que en concreto produjese dichas palabras una perturbación del ánimo, desasosiego o intranquilidad de hacerle temer por su vida o integridad física a su destinataria, y en consecuencia ha de negarse el ataque al bien jurídico protegido por el delito en cuestión , sin que en su caso tampoco haya quedado constatada una situación de acoso propia del delito de coacciones , máxime cuando la denunciante manifestó que ambos quedaban voluntariamente para verse a menudo y fueron varias las rupturas de la relación de pareja y los retornos de la misma , no vislumbrándose violencia o intimidación en dichas palabras A igual conclusión llega en cuanto a los hechos ocurridos presuntamente el día 20.11.07 pues dice que el acusado le llamó "puta, zorra" y le dijo que se iba a enterar de lo que era capaz de hacerle si la veía con su novio, al no venir avalada de ningún elemento periférico y encontrarnos ante dos versiones contradictorias . Debe insistirse que la valoración de la credibilidad le corresponde al Juez que presidió el juicio y por ende, no contando esta Sala con pruebas de carácter no presencial que pudieran resultar contradictorias con la interpretación que llevó a cabo el juez de instancia , se ha de respetar el pronunciamiento absolutorio. En estas condiciones se desvanece el segundo motivo de impugnación por cuanto no se trata que en virtud de los hechos probados el Juzgador haya entendido que se cumplen los elementos del tipo de coacciones, sino que tampoco han resultado acreditados en virtud de la prueba practicada.

A mayor abundamiento, el avanzado rechazo al recurso de apelación aquí examinado, viene impuesto por la jurisprudencia del Tribunal constitucional sentada en su sentencia del Pleno T.C, núm. 167702, seguida por las S.T.C. 197/02, 198/02, 200/02 212/02, 230/02 y 68/03 conforme a las cuales " cuando el Tribunal de apelación haya de conocer tanto de cuestiones de hecho como de derecho y, en especial, cuando haya de estudiar en su conjunto la culpabilidad o inocencia del acusado, no puede, por motivos de equidad del proceso, decidir estas cuestiones, sin la apreciación de los testimonios presentados en persona por quien sostiene que no ha cometido la acción considerada infracción penal", esto es, sin haber oído en la segunda instancia al acusado cuya condena se pretende en dicha instancia y los testimonios en los que se funda dicha pretensión, tal y como, por otra, parte, ha precisado también el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Por lo tanto, al no haber podido este Tribunal revisar directamente los testimonios prestados por las personas que determinaron la convicción (negativa) del Juez de instancia y siendo la inmediación el elemento esencial e ineludible del juicio de credibilidad o incredibilidad que en este

caso lo fué en sentido favorable a los acusados este Tribunal no puede valorarla de forma distinta en contra del reo, incluso tratándose de prueba documental, pues no sólo no se ha practicado ésta en la segunda instancia, sino que tampoco se ha practicado el interrogatorio del acusado o de los testigos, que podrían relacionar los citados documentos -o piezas de convicción- con los hechos objeto de acusación y su autor. Además, cuando la prueba tiene carácter personal, como ocurre tratándose del interrogatorio de la persona acusada (sin entrar en su discutida naturaleza probatoria) o de los testigos, e incluso de los peritos, cuando su intervención consiste en la emisión por primera vez de su informe, o en completarlo o aclararlo, importa mucho, para una correcta ponderación de su persuasividad, conocer la íntegra literalidad de lo manifestado y, además, percibir directamente el modo en que se expresa, puesto que el denominado **lenguaje no verbal** forma parte muy importante del mensaje comunicativo y es un factor especialmente relevante a tener en cuenta al formular el juicio de fiabilidad.

El juzgador en primera instancia dispone de esos conocimientos, en tanto que el órgano competente para resolver el recurso de apelación sólo conoce, del resultado de la prueba practicada, la síntesis forzosamente incompleta contenida en el acta del juicio.

Por ello, un elemental principio de prudencia (la pauta de la sana crítica aplicada al control de la valoración de la prueba en la segunda instancia) aconseja no apartarse del criterio del juzgador en primera instancia salvo cuando el error de valoración sea patente; y, aún más en este caso, tratándose de modificar un fallo absolutorio, con observancia de las garantías establecidas en la doctrina constitucional contenida en las Sentencias antes invocadas del Tribunal.

En definitiva, de la formación de la convicción judicial, no cabe sino acoger en esta alzada -- los hechos declarados probados por el Juez de instancia lo que, determina, como lógica consecuencia, la desestimación del recurso examinado.

QUINTO.- , Se declaran de oficio las costas procesales del recurso de conformidad con lo dispuesto en los *artículos 123 y ss del Código Penal* , y ss de la Ley de Enjuiciamiento Criminal

VISTOS los preceptos legales citados y los demás de aplicación,

FALLAMOS

DESESTIMAR EL RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por la representación de Almudena contra la Sentencia de fecha 21.12. 07 dictada por el Ilmo.Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de lo Penal 2 de Sabadell en el procedimiento núm. 594-07 de dicho Juzgado. Se declaran de oficio las costas de esta instancia.

Notifíquese a las partes haciéndoles saber que contra esta Sentencia no cabe interponer recurso ordinario alguno. Devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Penal de procedencia.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación al Rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Publicación.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia en el mismo día de su fecha, por el Ilmo.Sr. Magistrado Ponente, celebrando audiencia pública. DOY FE.