

**AUDIENCIA PROVINCIAL
SECCIÓN PRIMERA
ALICANTE**

PLZ. DEL AYUNTAMIENTO, nº 4-2ª planta

Tfno: 965.93.59.39-40

Fax: 965.93.59.51

NIG: 03014-37-1-2010-0000693

Procedimiento: **Rollo apelación Abreviado Violencia de Género Nº 000065/2010-**

RAPIDO -

Dimana del Juicio Oral - 000283/2009

Del JUZGADO DE LO PENAL NUMERO 1 DE ELX

Instructor VIOLENCIA SOBRE LA MUJER Nº1 DE ELCHE

D. urg 291/09

SENTENCIA Nº 118/10

ILTMOS. SRES.:

D. VICENTE MAGRO SERVET

D. ALBERTO FACORRO ALONSO

D. ANTONIO GIL MARTÍNEZ

En la ciudad de Alicante, a Veinticinco de febrero de 2010

La **Sección Primera** de la Audiencia Provincial de ALICANTE, integrada por los Ilmos. Sres. expresados al margen, ha visto el presente **recurso de apelación** en ambos efectos, interpuesto contra la Sentencia nº 242, de fecha 14 de octubre de 2009 pronunciada por el/la Ilmo./a. Magistrado/a-Juez del **JUZGADO DE LO PENAL NUMERO 1 DE ELX en el Juicio Oral - 283/2009**, habiendo actuado como parte apelante, dirigido por el Letrado Sr./a., y como parte apelada MINISTERIO FISCAL.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Son **HECHOS PROBADOS** de la **Sentencia apelada**, los del tenor literal siguiente: En aras a la brevedad se dan por reproducidos los hechos probados de la Sentencia de instancia.

Segundo.- El **FALLO** de dicha Sentencia recurrida literalmente dice: "En aras a la brevedad se da por reproducido el fallo de la sentencia de instancia."

Tercero.- Contra dicha Sentencia, se formalizó ante el Organismo decisor, por la representación procesal de el presente recurso de apelación.

Cuarto.- Del escrito de formalización del recurso de apelación se dio traslado a las demás partes y cumplido este trámite fueron elevados los autos originales con los escritos presentados a este Tribunal de Apelación, y una vez examinados se señaló para la deliberación y votación de la Sentencia el día 24/2/10.

Quinto.- En la sustanciación de ambas instancias del presente proceso se han observado todas las prescripciones legales procedentes.

VISTO, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **D. VICENTE MAGRO SERVET**

SE ACEPTA el Antecedente de **HECHOS PROBADOS** de la **Sentencia apelada**.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La declaración de hechos probados descrita por el juez penal se cohonesta con la inmediación de la prueba practicada ante la judicial presencia, pero no hay que olvidar que en los altercados de índole familiar, que suelen producirse en el estrecho ámbito de la intimidad doméstica, adolecen de la dificultad probatoria que rodea a todos los sucesos que ocurren en situaciones de soledad, aislamiento o clandestinidad, en el que solo participan el agresor y la víctima, sin que haya testigos presénciales o referenciales del suceso. Además, esta Sala ya ha hecho referencia en múltiples ocasiones que en estos casos suele ser práctica habitual que la víctima se ampare en el art. 416 L.E.Crim o cambie en el plenario la declaración llevada a cabo ante la comisaría o juez instructor. Ello no quiere decir, sin embargo, que si el ilícito penal se ha cometido y existen pruebas de que ello es así quede en las opciones de la víctima tener en su mano la absolución del acusado si este cometió el hecho tipificado en el código penal. Por ello, en estos casos es el juzgador penal el que a instancia de las acusaciones valorar si el hecho se cometió, o no, en base a la prueba practicada.

En este caso, el juez penal señala que el acusado en el curso de una discusión con su pareja le propinó un puñetazo en el brazo derecho y en el ojo izquierdo y más tarde le insultó y le dio un puñetazo en la boca y que declaran los agentes nº 385 y 388. El primero para señalar que la víctima acudió a denunciar los hechos acompañada de su hermana, pudiendo presenciar el agente que llevaba golpes que eran compatibles con los hechos, y que el agente nº 388 señala que la denunciante llevaba lesiones en la boca y sangre debajo del labio y moratones en el brazo, estando asustada y llorando, añadiendo que mientras ella estaba allí el recurrente le insistía en llamarle y enviarle mensajes SMS, aclarando que la denunciante se personó en las dependencias instantes después de los hechos. A ello se añade el parte médico del 4-10-09 donde constaba que la denunciante tenía hematomas en brazo y antebrazo derecho y contusión en el ojo izquierdo y contusión en labio. Así puede apreciarse, en efecto, al folio nº 23 y a los folios nº 42 y 43 del informe forense donde se aprecia las lesiones reflejadas en los hechos probados.

En consecuencia, resulta importante la inmediación judicial en la práctica de la prueba para llevar a efecto una acertada valoración, pero es que en estos casos es preciso

valorar la declaración de los únicos testigos que existen, que son los agentes que comparecen. Y lo verifican a requerimiento de la víctima ante los hechos ocurridos, que además acude a denunciar personalmente, lo que hace que su declaración no pueda quedar en el olvido por el mero hecho de que la víctima se niegue a declarar. Además, en contra de lo expuesto en el recurso, que pretende restarle validez a la declaración policial por el hecho de que la víctima se ampare en el art. 416 L.E.Crim hay que recordar que el Tribunal Supremo ha señalado en sentencia de 26 de Junio de 2009 que los testimonios de referencia aquí no suplen el testimonio directo de la agresión, **pero sí prueban**, *en cuanto testimonios sobre lo percibido por el testigo, que aquélla persona les contó voluntariamente un suceso que ellos escucharon; y ese hecho de su narración o relato unido a la demostración de las lesiones sufridas mediante la pericial médica acreditativa de la veracidad de lo relatado, constituye la prueba de cargo que justifica el hecho probado de la Sentencia de instancia.*

Con ello, vemos que esta afirmación del Alto Tribunal da cobertura a la posición mantenida por el juez penal y que esta Sala ya ha expuesto reiteradamente en cuanto que aunque la víctima se ampare en el art. 416 L.E.Crim no queda el juez ni la acusación desprovisto de pruebas, sino que es posible utilizar la de los agentes que acuden al lugar de los hechos y que perciben de forma directa hechos que instantes antes se acaban de cometer. No se trata, por ello, de un mero testigo de referencia al modo de una persona a la que una víctima le cuenta algo que ha sufrido, sino que es una testifical cualificada por el conocimiento muy cercano a los hechos cometidos.

En el caso analizado la juez valora esta declaración policial y el parte médico, que son las mismas pruebas a las que se refiere el Alto Tribunal en la sentencia antes expuesta. Y así consta en el parte médico la lesión producida, lo que tiene su eficacia y virtualidad a efectos de prueba complementaria con la declaración de los agentes. Así, de admitirse, como pretende el recurrente, que por el mero hecho de negarse a declarar la víctima tuviera la disponibilidad de la pena se cerraría el ámbito de persecución pública de estos delitos y se ayudaría a favorecer la situación de impunidad que se percibe en estos

casos cuando la víctima llega a un extremo de negarse a declarar cuando puede haber sido ella misma la que denunció.

Por otro lado, refiere el recurrente que no se le proveyó de interprete, cuando no consta en modo alguno que así lo solicitara y al folio nº 17 se verifica que hace una declaración espontánea de lo ocurrido, pero hay que hacer mención a que la condena no lo es por esta declaración, sino por la de los agentes que comparecen. Además, hay que recordar que cuando las víctimas denuncian no es preciso hacer la advertencia del art. 416 L.E.Crim por los agentes y así lo recoge el Tribunal Supremo en sentencia de 26 de octubre de 2009 al señalar que cuando la propia víctima formaliza una denuncia en forma espontánea y para obtener protección personal no es aplicable el art. 416.1º LECr ., que contiene una causa de justificación para aquellos que nieguen su testimonio respecto de hechos que se imputan a personas con las que está vinculados parentalmente, pero de cuyos hechos no son víctimas.

Y más concretamente tratándose de testigos ha indicado (Cfr. STS de 6-4-2001, nº 662/2001), que, cuando el testigo que se encuentre vinculado con el inculpado en la forma prevista en dicha disposición, se presente espontáneamente ante la autoridad, de tal manera que su renuncia al ejercicio de la facultad acordada por dicho precepto resulte concluyentemente expresada, la falta de advertencia podrá no generar necesariamente una prohibición de valoración de la prueba, con lo que se desestima este motivo.

Por otro lado, impugna el informe forense, pero hay que constatar que examinado el mismo, se trata de un informe elaborado por organismo adscrito al órgano judicial que opera como documental y perfectamente valorable por el juez penal al cohonestarse con el parte médico y con la propia percepción de los hechos por los agentes que recibieron a la denunciante y vieron las lesiones que sufría y se corresponden con el citado parte.

Lo que también es descartable es que el hecho de que se tarde seis horas en denunciar suponga que existan dudas acerca de la veracidad, por cuanto ya hemos expuesto que en la violencia de género confluyen circunstancias que en muchos casos determinan que hasta se retrase la víctima en denunciar varios días sin que ello suponga que se tenga que dudar de la veracidad de su declaración.

SEGUNDO.- Por ello, aunque la víctima-testigo de cargo no quiera declarar sobre la realidad de lo ocurrido el Estado no puede permanecer inerte ante este tipo de hechos. Por ello, los agentes policiales que declaran en el plenario no son testigos de referencia, al modo de otros testigos que para nada han conocido los hechos directamente al menos, como sí lo hacen los agentes que llegan al lugar de los hechos y de inmediato les cuentan lo ocurrido, sino que son testigos directos que han declarado sobre lo que han visto y su declaración como testigos es de suma importancia, ya que no se personan por gusto en el lugar de los hechos, sino por cuanto ante el incremento de la solidaridad en los vecinos, o la propia víctima, y la implicación de muchas personas que no quieren sentirse cómplices con su silencio de las situaciones de maltrato que sufren muchas mujeres en nuestro país se comunican con las Fuerzas de seguridad del Estado cuando escuchan desde sus hogares que una mujer está siendo agredida para que comparezcan los agentes en el lugar de los hechos. Y además en este caso es la propia víctima la que acude a denunciar los hechos.

Así, si más tarde en el juicio oral la víctima se ampara en el art. 416 L.E.Crim para no declarar o cambia los hechos o simplemente los niega, no por ello entenderemos que no existe prueba de cargo, sino que lo es, - y puede tener rango de prueba de cargo- la declaración de los agentes de policía que declaran en el plenario lo que vieron cuando llegaron al inmueble; es decir, la situación de agobio de las víctimas, marcas en el cuerpo de estas, o signos externos y evidentes que determinan con total evidencia que se ha producido una agresión por parte de un hombre a su pareja, pese a que ella siga negando los hechos más tarde, o, incluso, el mismo día.

Así, si el juez aprecia que con esta declaración policial, - que no es prueba testifical de referencia, sino testifical directa-, existe prueba de cargo y llega a la convicción de que se ha cometido un delito de violencia de género, esta intermediación judicial le privilegia para poder dictar sentencia condenatoria al no apreciarse error valorativo, ya que a tenor de las pruebas practicadas en el juicio oral que precisan de la intermediación y publicidad para su adecuada valoración, esta Sala tiene vedado invadir aquellas facultades valorativas del juzgador de instancia, que no puede ser modificada en esta alzada, no solo porque los

argumentos esgrimidos por el recurrente no hayan conseguido desvirtuar los razonamientos de la sentencia y, por ende, no hayan podido demostrar que el juicio de valor del juzgador sea errático, arbitrario o disparatado, sino porque su decisión parte de pruebas directas realizadas en el juicio, cuya valoración depende de la inmediación judicial de la que carece el Tribunal de apelación, que ya de por sí constituye un obstáculo para realizar una segunda valoración de esas pruebas que no ha presenciado, al carecer de la apreciación personal con que cuenta el Juez a quo y que llega a convertirse en imposibilidad de revisar el juicio de valor plasmado en la sentencia apelada.

TERCERO.- El recurrente se desmarca de la valoración de la prueba realizada por el juzgador e insiste en que ni el acusado ni la víctima manifestaron que el primero le había agredido, pero insistimos que no es patrimonio de las partes establecer las imputaciones, u otorgarle a estos delitos la característica de ser perseguibles a instancia de parte.

El principio in dubio pro reo integra un mandato orientativo dirigido al Tribunal, que guarda estrecha conexión con la presunción de inocencia, al constituir, uno y otro, manifestaciones de un genérico favor rei, que entra en juego cuando practicada la prueba, de su apreciación conjunta no se desvirtúa la presunción de inocencia; lo que conlleva que cuando el órgano judicial no ha tenido duda alguna sobre el carácter incriminatorio de las pruebas practicadas, huelga plantear la aplicación del referido principio (s.T.C. 31/81;13/82; 25/88). Por ello, desde el momento en que el juzgador considera probado un dato fáctico, está excluyendo la duda sobre su existencia y la consiguiente aplicación del pro reo, por lo que la Jurisprudencia tiene reiteradamente declarado que aquel principio pertenece a las facultades valorativas de la prueba que el citado art. 741 L.E.Crim. reserva al juzgador de instancia (s. T.S. 13-12-89; 6-7-92; 20-1-93; 4-4-94; 7-2-95).

La presunción de inocencia que proclama el art. 24 de la Constitución, que en el recurso se dice vulnerada, comprende dentro de su ámbito los hechos presuntamente delictivos que se imputan al acusado y la ejecución del mismo por dicho acusado. Por el contrario, caen fuera de su esfera y pertenecen al marco de la legalidad ordinaria tanto el

juicio jurídico-penal sobre el elemento de la culpabilidad del delito, así como la determinación de los elementos del tipo o subsunción (s.T.C. 141/86; 254/88; 195/93; s.T.S. 12-5-93; 29-6-94; 9-2-95). Por tanto, la presunción de inocencia comprende dos espacios fácticos: la existencia real del ilícito penal y la participación del acusado, quedando excluido del mismo la reprochabilidad jurídico-penal y la tipificación del suceso (s.T.S. 9-5-89; 30-9-93; 21-2-95).

No hay, por tanto, vulneración de la presunción de inocencia, al producirse prueba bastante que acredite la culpabilidad del acusado, obtenida en condiciones de legalidad, con contradicción, publicidad e inmediación; y tampoco puede aplicarse el principio in dubio pro reo al no plantearse al juzgador dudas acerca de dicha culpabilidad.

En consecuencia, al tratarse de un delito perseguible de oficio no queda a la disposición de la víctima su denuncia, aunque en este caso lo hizo expresamente, sino que es el Poder del Estado el que debe velar por el rechazo a este tipo de situaciones de violencia de género, por lo que la implicación de vecinos o de las propias víctimas de violencia de género que solicitan la presencia policial, aunque luego se nieguen a declarar por el art. 416 L.E.Crim es de capital importancia para conseguir una inmediata presencia policial en el lugar de los hechos que evite un agravamiento de la inicial situación de maltrato y que pueda practicar la inmediata detención del autor de los hechos y proceder a una inmediata atención médica a la víctima que es lo que se hizo acertadamente por la fuerza policial actuante que más tarde ratificó en el plenario su eficaz e inmediata intervención.

Existe recepción policial en los hechos ocurridos que comprueban la situación de la víctima pocos instantes después de producirse la agresión, parte médico inmediato, por lo que en modo alguno puede apelarse a la existencia de una duda razonable que permita al recurrente exonerarse de la responsabilidad por la agresión realizada.

CUARTO.- En estas condiciones, este órgano de apelación, privado de la inmediación imprescindible para una adecuada apreciación de las pruebas personales, carece de fundamento válido para apartarse del juicio comparativo de credibilidad,

razonable y razonado, que efectúa el Magistrado a quo sobre un conjunto de declaraciones que sólo él, y no el Tribunal, ha podido "ver con sus ojos y oír con sus oídos", en gráfica expresión de las sentencias del Tribunal Supremo de 30 de enero y 2 de febrero de 1989. A falta de argumentos críticos de suficiente consistencia suasoria, la valoración fundada en la inmediación ha de prevalecer; pues sólo el Juez de lo Penal, y no este órgano de apelación, ha dispuesto de una percepción sensorial, completa y directa, de todos los factores concomitantes que condicionan la fuerza de convicción de una declaración, incluido el comportamiento mismo de quien la presta, respecto a su firmeza, titubeos, expresión facial, gestos, etcétera (por todas, y entre otras muchas, sentencias del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1993 o de 21 de julio y 18 de octubre de 1994).

Como señala el mismo Tribunal Supremo en la sentencia 1443/2000, de 20 de septiembre (FJ.2º), la percepción sensorial de la prueba está regida por la inmediación y no puede ser revisada por un tribunal que no haya percibido directamente la prueba; pues sólo el órgano judicial que ha presenciado el juicio oral puede valorar la prueba a ese primer nivel. En el mismo sentido, la sentencia del mismo Tribunal 1960/2002, de 22 de noviembre, reafirma que "especialmente cuando se trata de prueba testifical, su valoración depende en gran medida de la percepción directa, de manera que la determinación de la credibilidad que corresponde otorgar a cada testigo es tarea atribuida al Tribunal de instancia en virtud de la inmediación, sin que su criterio pueda ser sustituido [...] salvo los casos excepcionales en los que se aporten datos o elementos de hecho no tenidos en cuenta por el Tribunal que puedan poner de relieve una valoración arbitraria". Más recientemente aún, la sentencia 1080/2003, de 16 de julio, señala que la inmediación en la percepción de la actividad probatoria constituye un límite común a todos los órganos de revisión de la prueba, salvo que se reitere ante ellos la de carácter personal, añadiendo que de los artículos 741 y 717 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se desprende una importante diferenciación en el ámbito de la valoración de la prueba, diferenciando lo que es percepción sensorial, que sólo puede efectuar el órgano jurisdiccional presente en el juicio, de lo que es valoración racional, que puede ser realizada tanto por el órgano enjuiciador como por el de recurso, realizando éste

funciones de control de la racionalidad de la motivación expresada en la sentencia impugnada.

Por todo ello, debe desestimarse el recurso deducido por los fundamentos del juzgador " a quo" que se admiten más los formulados en la presente resolución.

QUINTO.- Se declaran de oficio las costas de esta alzada a tenor del artículo del Código Penal.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de pertinente y general aplicación al presente supuesto.

III. PARTE DISPOSITIVA

F A L L A M O S: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de contra la Sentencia de fecha 14 de Octubre de 2009, dictada por el JUZGADO DE LO PENAL NUMERO 1 de Elche en el Juicio Oral 283/09, **debemos confirmar la referida Sentencia**, declarando de oficio las costas de esta alzada.

Notifíquese esta sentencia conforme a lo establecido en el artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, haciendo constar que contra la misma no cabe recurso alguno. Y devuélvase los autos originales al Juzgado de procedencia, interesándose acuse de recibo, acompañados de Certificación literal de la presente resolución a los oportunos efectos de efectividad de lo acordado, uniéndose otra al Rollo de Apelación.

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

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha y en audiencia pública celebrada en la Sección primera de la Audiencia Provincial de Alicante. Certifico.

