



Roj: **SAP M 4701/2007 - ECLI: ES:APM:2007:4701**

Id Cendoj: **28079370172007100309**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **17**

Fecha: **17/05/2007**

Nº de Recurso: **90/2007**

Nº de Resolución: **566/2007**

Procedimiento: **APELACIÓN**

Ponente: **MANUELA CARMENA CASTRILLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

SECCION 17ª

ROLLO DE APELACION Nº: 90/07 RP

PROCEDIMIENTO ABREVIADO Nº: 53/2006 (Juicio rápido)

Juzgado de lo Penal nº 4 de Alcalá de Henares

MAGISTRADOS

Ilustrísimos Señores:

Dª. MANUELA CARMENA CASTRILLO

(Presidenta)

D. RAMIRO VENTURA FACI

D. FERNANDO ORTEU CEBRIÁN

La Sección Decimoséptima de la Ilustrísima Audiencia Provincial de Madrid, en la causa al margen de referencia, ha dictado,

EN NOMBRE DE SU MAJESTAD, EL REY

la siguiente

SENTENCIA Nº 566/07

En la Villa de Madrid, a 17 de mayo de 2007.

La Sección Decimoséptima de la Ilustrísima Audiencia Provincial de Madrid, formada por los Ilustrísimos Señores Magistrados Dª MANUELA CARMENA CASTRILLO, D. RAMIRO VENTURA FACI, D. FERNANDO ORTEU CEBRIÁN, ha visto el recurso de apelación nº 90/07 interpuesto por la procuradora de los Tribunales doña Mª del Mar Elipe Martín en nombre y representación procesal de don Rodolfo, contra la sentencia dictada con fecha 29 de diciembre de 2006, en procedimiento abreviado nº 53/2006 (Juicio rápido) por el Juzgado de lo Penal nº 4 de Alcalá de Henares; intervino como parte apelada el Ministerio Fiscal.

La Ilustrísima Sra. Magistrada Dª. MANUELA CARMENA CASTRILLO actuó como Ponente y expresa el parecer del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 29 de diciembre de 2006, se dictó sentencia en Procedimiento Abreviado nº 53/2006 (Juicio rápido) por el Juzgado de lo Penal nº 4 de Alcalá de Henares.

En dicha resolución se fijaron los siguientes hechos, como probados:

"El acusado Rodolfo , mayor de edad, de nacionalidad rumana, con pasaporte rumano nº NUM000 , y sin antecedentes penales, sobre las 00:45 horas del 29 de octubre de 2006, en la confluencia de las calles Río Manzanares y Río Alagón de Alcalá de Henares, (Madrid), abordó a la joven Sandra , quien se encontraba realizando una llamada telefónica en las cabinas pública existentes en el lugar, a quien agarró del cuello por detrás, ayudado de un tubo de hierro, con el que intentó golpearla, pudiendo ella evitar el golpe, pero no su caída de rodillas al suelo, donde el acusado se puso a su espalda tapándola la boca con una mano, mientras que con la otra la arrastró por la cintura hacia una zona de arbustos de un parking, tirándola contra los arbustos, y arrancándole el abrigo, la camiseta y el sujetador que vestía. Como ella intentaba escapar, el acusado la tiró del pelo, echándole la cabeza hacia atrás, mientras que Sandra pedía auxilio, hasta que consiguió zafarse y salir huyendo del lugar, pidiendo ayuda a un autobús que la llevó hasta la Policía Local. Sandra describió al momento a su agresor, subiéndose a la dotación policial, encontrando en las proximidades del lugar al acusado, quien, reconocido sin ningún género de dudas, fue detenido. El acusado en ningún momento intentó sustraer a la víctima ningún efecto, pese a tener durante todo el transcurso de los hechos, a su disposición, el bolso de la joven.

A consecuencia de lo anterior, Sandra , resultó con lesiones, consistentes en dolor en cuello cabelludo, erosiones codo derecho, rodilla izquierda y ambos pies, contusión con erosión en cadera derecha y cuadro ansioso, por las que requirió una primera asistencia facultativa, sin hospitalización, sin tratamiento médico ni quirúrgico, y de las que tardó en curar cinco días, no quedándole secuelas. La perjudicada no reclama por sus lesiones.

Su parte dispositiva contenía el siguiente fallo:

"QUE DEBO DE CONDENAR Y CONDENO a Rodolfo , como autor material, penalmente responsable, de un delito intentado de agresión sexual, a la pena de SEIS MESES Y UN DÍA DE PRISIÓN, con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por el mismo tiempo, a la prohibición de aproximarse a la persona de Sandra , a su domicilio y lugar de trabajo, a menos de 500 metros de distancia, y a comunicarse con ella por cualquier medio durante dos años, y al pago de las costas procesales causadas.

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia, se interpuso, en tiempo y forma, recurso de apelación por la representación procesal de Rodolfo .

TERCERO.- Se dio traslado a las demás partes personadas, a fin de que pudieran formular sus alegaciones, presentando escrito de impugnación a dicho recurso el Ministerio Fiscal. Remitidas las actuaciones a este Tribunal, no se estimó precisa la celebración de vista, quedando pendiente el procedimiento de resolución en esta segunda instancia.

HECHOS PROBADOS

Se modifican los de la sentencia recurrida y se establecen los siguientes:

El día 29 de octubre del pasado 2006, sobre las 0:45 horas cuando Sandra estaba utilizando una cabina telefónica en la confluencia de las calles de Río Manzanares y Río Alagón en la localidad de Alcalá de Henares, Rodolfo se abalanzó sobre ella con un palo o algo similar intentando llevarla hasta una zona de arbustos. Forcejearon y aunque finalmente ella puede escapar, como consecuencia de ese forcejeo se le rompió la camiseta, el sujetador y la americana, pero Rodolfo no le tocó, ni siquiera intentó tocarle el pecho ni las partes íntimas. Tampoco Rodolfo intentó apoderarse del bolso que llevaba Sandra , ni profirió expresiones o gestos que pudieran indicar por sí mismas un propósito libidinoso.

A consecuencia de lo anterior Sandra resultó con lesiones que requirieron sólo la primera asistencia facultativa sin hospitalización, sin tratamiento médico ni quirúrgico de las que curó en cinco días sin secuelas. Sandra no reclama por estas lesiones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Hemos modificado los hechos declarados en la sentencia de la instancia. Los nuevos hechos que declaramos probados indican que aceptamos en parte las argumentaciones del recurso del apelante. En los nuevos hechos que declaramos probados hemos tenido en cuenta esencialmente la versión del suceso, tal y como la testigo la relató en el acto del juicio oral.

A continuación explicamos porqué estimamos el recurso de apelación interpuesto.

SEGUNDO.- Plantea el letrado Sr. Alonso García su recurso de apelación basado en una serie de alegaciones de las cuales la primera la titula como vulneración del artículo 178 del Código Penal.



Sin embargo, comenzamos el análisis de las alegaciones del recurso no por esta primera alegación por lo que más adelante se explicará, sino por la segunda; la relativa a la vulneración del artículo 24,2 de la Constitución Española por considerar que ha existido un error en la apreciación de la prueba.

Admitimos esta alegación. Hemos leído con detalle la sentencia objeto del recurso y nos sorprende que se diga que su versión de los hechos declarados probados esté basada, como dice la propia fundamentación jurídica de la sentencia en el atestado de la Policía Nacional.

No sabemos exactamente qué es lo que quiere decir la Juez de la instancia cuando nos dice que el elemento determinante para la declaración de hechos probados ha sido la prueba documental del atestado policial. Bien es evidente que tal y como reitera rotundamente la jurisprudencia que interpreta el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, las pruebas consistentes en las declaraciones tanto de los acusados como de los testigos son las que los mismos exponen en el desarrollo del plenario. Las manifestaciones que recogen los atestados como de los acusados por los testigos no tienen valor de prueba, por eso nunca pueden recogerse como prueba testifical las manifestaciones de los testigos que figuren en el atestado policial. Otra cosa es que precisamente para valorar debidamente la veracidad de las manifestaciones de los testigos en el desarrollo de los juicios orales puedan, a petición tanto del Ministerio Fiscal como de las defensas, leerse las declaraciones de un testigo en el atestado policial mediante lo establecido en el art. 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Añadimos a continuación una muy reciente sentencia del Tribunal Constitucional que reitera la exposición de su constante doctrina.

Dijo el Tribunal Constitucional en su sentencia de 27 de Marzo del 2006:

"Situada, pues, la cuestión en el ámbito del derecho a la presunción de inocencia, hemos de comenzar por recordar que, de acuerdo con la doctrina mantenida en forma constante por este Tribunal a partir de la STC 31/1981, de 28 de julio, únicamente pueden considerarse auténticas pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal en el momento de dictar Sentencia las practicadas en el juicio oral, tal y como establece el art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pues el procedimiento probatorio ha de tener lugar necesariamente en el debate contradictorio que, en forma oral, ha de desarrollarse ante el mismo Juez o Tribunal que debe dictar Sentencia; por el contrario las diligencias sumariales son actos de investigación encaminados a la averiguación del delito e identificación del delincuente (art. 299 LECrim) que no constituyen en sí mismos pruebas de cargo, pues su finalidad específica no es la fijación definitiva de los hechos para que éstos trasciendan a la resolución judicial, sino la de preparar el juicio oral, proporcionando a tal efecto los elementos necesarios para la acusación y defensa y para la dirección del debate contradictorio atribuido al juzgador. Sólo cuando las diligencias o actuaciones sumariales son de imposible o muy difícil reproducción en el juicio oral es posible traerlas al mismo como prueba anticipada o preconstituida, puesto que, estando sujeto también el proceso penal al principio de búsqueda de la verdad material, resulta preciso asegurar que no se pierden datos o elementos de convicción. De esta manera la prueba preconstituida o anticipada poseerá virtualidad para destruir la presunción de inocencia siempre y cuando se haya practicado con observancia de las garantías establecidas en la Constitución y en el ordenamiento procesal y haya sido incorporada al juicio oral mediante su lectura, de tal manera que se permita a la defensa del acusado someterla a contradicción, no bastando con la utilización de simples fórmulas de estilo como la consistente en darla por reproducida".

TERCERO.- Aunque la sentencia de la instancia no se refiere expresamente ni comenta de una manera particularizada la declaración de la testigo en el acto del juicio oral, pues se limita a decir "que ésta mantuvo a lo largo del tiempo una posición firme, persistente, ausente de fisuras, coherente y sin contradicciones cuya verosimilitud no se pone en duda" lo cierto es que la lectura de la declaración de Sandra que recoge el acta levantada por el Sr. Secretario Judicial en el acto del juicio oral tiene una profunda y total discrepancia con lo que figura como declaración de la propia Sandra en el atestado policial en el que se ha basado la sentencia para estimar los hechos declarados probados. No se comprende por tanto que ni el Ministerio Fiscal ni el propio Tribunal preguntaran a la testigo sobre las contradicciones existentes entre lo que recoge el atestado policial y lo sustancial de lo que declaró tanto cuando compareció ante el Juzgado Instructor el 30 de octubre de 2006 como en el propio acto del Juicio Oral.

La lectura tanto de la declaración de Sandra ante el Juzgado de Instrucción el 30 de octubre del 2006 como la que recoge el acta del Juicio Oral expresan como elemento más determinante, por una parte, que la ruptura de la camiseta, el sujetador y la americana o el abrigo no fue un propósito deliberado del acusado sin una consecuencia del forcejeo y por otra, que en ningún momento la testigo percibió nada indicativo de un propósito libidinoso en el agresor.

Así pues, aunque no se haya podido esclarecer en este momento cuál era el verdadero propósito del acusado al abalanzarse contra Sandra e intentar arrastrarla hacia unos arbustos un poco más alejados de la cabina telefónica donde se encontraba, no podemos suplir esa falta de esclarecimiento del propósito de esos actos

por meras suposiciones subjetivas. Es evidente que en un primer momento parece lo más lógico que si en los primeros momentos del forcejeo el acusado no intentó arrebatarse el bolso a Sandra no fuera el propósito de robar lo que llevó al acusado a lanzarse sobre ella. Pero asimismo también es extraordinariamente poco habitual en el desarrollo de los delitos contra la libertad sexual el que la víctima no percibiera en ningún momento del forcejeo ningún atisbo en el acusado de excitación sexual y de propósito libidinoso.

Efectivamente el suceso resulta extraño. Pero aunque el comportamiento de Rodolfo no resulta fácil de comprender, lo cierto es que tenemos que enjuiciar su conducta con los elementos fácticos que se hayan esclarecido en esta investigación. Y en ella, aunque lamentándolo, tenemos que aceptar nuestra impotencia al no haber sido capaces de esclarecer debidamente el suceso. Por esa razón acierta el apelante al formular su segunda alegación como la de error en la valoración de las pruebas y vulneración de la presunción de inocencia de su cliente. Así es. Con los escasos datos fácticos esclarecidos en este procedimiento no se puede desvirtuar la presunción de inocencia del acusado.

CUARTO.- Aunque la estimación de esta segunda alegación del recurso de apelación pueda dejar sin contenido la primera de las alegaciones relativa a la ausencia en los nuevos hechos declarados probados de actos típicos del artículo 178 del Código Penal, aclaramos que, aunque efectivamente en este presupuesto que juzgamos no ha quedado esclarecido que en la ruptura de la camiseta, el sujetador y la americana de la señora testigo hubiera un propósito libidinoso; si esto hubiera sido así, sí que se hubiera podido configurar esos hechos como una tentativa inacabada de un delito de agresión sexual. Pero, y como hemos dicho más arriba, éste no es el caso, ya que lo que no ha quedado acreditado es que el acto de la ruptura de la ropa de la testigo fuera un acto de dolo directo.

Los hechos acaecidos hasta el momento de la intervención policial podrían constituir efectivamente una falta de lesiones y hasta una falta de daños pero como el Ministerio Fiscal no ha acusado por las mismas, el tribunal no puede más que estimar el recurso del apelante y revocar la sentencia recurrida absolviendo al acusado.

QUINTO.- La estimación del recurso de apelación hace que las cosas sean de oficio.

Vistos, además de los citados. los artículos de general y pertinente aplicación;

FALLAMOS

Que estimamos el recurso de apelación interpuesto por la procuradora Sra. María del Mar Elipe Martín en nombre y representación de Rodolfo .

Revocamos la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal número 4 de Alcalá de Henares y le absolvemos del delito del que venía acusado.

Las costas son de oficio.

La presente Sentencia es FIRME, con lo que se da cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 248 de la L.O.P.J.

Con testimonio de la presente Resolución, devuélvanse los Autos originales al Juzgado de su procedencia para su ejecución y cumplimiento, notificándose la presente Sentencia al Ministerio Fiscal y a las partes personadas.

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

PUBLICACION.- Dada, leída y publicada la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente que la dicta, estando celebrando Audiencia Pública en el mismo día de la fecha, de lo que doy fe.