

Sección nº XX de la Audiencia Provincial de Madrid

Apelación Sentencias Violencia sobre la Mujer XXX/2019

Origen: Juzgado de lo Penal nº XX de XXXXXXXXXX Juicio Rápido XXXX/2018

Apelante:

Apelado: MINISTERIO FISCAL

MAGISTRADOS

Ilmos/as. Sres/as:

SENTENCIA Nº XX/2019

En Madrid, a 27 de noviembre de 2019

La Sección XX de la Audiencia Provincial de Madrid, integrada por los magistrados más arriba indicados, ha visto los presentes autos seguidos con el nº XXXX/2019 de rollo de Sala, correspondientes al procedimiento de juicio rápido nº XXX/2018 del Juzgado de lo Penal nº X de XXXXXXXX, por unos presuntos delitos de acoso, coacciones, amenazas, maltrato y vejaciones, en los que han sido parte como apelantes D^a. XXX, D. XXX y el Ministerio Fiscal y como apelados los anteriores, actuando como ponente la magistrada D^a XXXXX, que expresa el parecer del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la magistrada juez del indicado Juzgado de lo Penal se dictó sentencia el día 9 de octubre de 2019, con los siguientes hechos probados:

"Ha quedado acreditado que el acusado XXXX, el cual ha mantenido con la perjudicada XXXX una relación sentimental, desde hace diez años, la cual fue terminada en setiembre 2017, aunque continuaron juntos conviviendo, desde diciembre de 2017 hasta febrero de 2018 ha estado enviando a la perjudicada múltiples archivos de voz y de texto de mensajería instantánea "whatsapp", perturbando la paz y el sosiego de la misma."

Y con el siguiente fallo:

" Que debo condenar y condeno a XXXX como autor responsable de un delito de coacciones, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de tres meses de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como a la pena de prohibición de aproximación a una distancia inferior a 500 metros de XXXX, de su residencia o lugar de trabajo u otro que frecuente, durante un año, y de comunicarse con ella por cualquier medio y privación para el derecho a la tenencia y porte de armas durante un año, más el pago de 1/5 parte del costas, incluidas las de la acusación particular.

Que debo absolver a XXXX de los delitos de maltrato, acoso, vejaciones y amenazas de los que venía siendo acusado declarando las costas de oficio.

Se mantienen las medidas cautelares de alejamiento acordadas."

SEGUNDO.- Notificada la sentencia interpusieron contra ella recurso de apelación las representaciones procesales de D^a. XXXX y de D. XXXX, y el Ministerio Fiscal, que fueron admitidos a trámite en ambos efectos, dándose traslado de los mismos al resto de la partes que los impugnaron, remitiéndose seguidamente las actuaciones a esta Audiencia para resolver.

HECHOS PROBADOS

Se dan por reproducidos los de la sentencia de instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La representación procesal de XXXX combate la sentencia que condena al acusado como autor de un delito de coacciones leves del art. 172 nº 2 del CP y le absuelve de los delitos de acoso, maltrato, amenazas y vejaciones leves a través de diferentes motivos en los que invoca lo siguiente:

- Error en la apreciación de la prueba e infracción de ley por inaplicación del art. 172 ter del CP que sanciona el delito de acoso, porque respetando las jurisprudencia del Tribunal Constitucional respecto de las sentencias absolutorias que impide que los jueces de apelación modifiquen la valoración de las pruebas sin haberlas practicados de forma directa y personal, se estima que de los hechos probados y fundamentación jurídica de la sentencia queda acreditada la comisión de un delito de acoso, siendo patente la falta de racionalidad de la motivación fáctica y jurídica de la sentencia al no condenar por este delito.
- En relación con el delito de coacciones del art. 172.2 del CP, error en la apreciación de la prueba documental e infracción de ley al haberse aplicado la modalidad atenuada contemplada en su parrado 4º, rebajando la pena en un grado, sin motivación que lo justifique, lo que le ocasiona indefensión.
- Error en la valoración de la prueba por falta de racionalidad en la motivación y omisión de razonamiento sobre algunas de las pruebas practicadas respecto a los delitos de malos tratos, amenazas y vejaciones injustas en el ámbito familiar por los que ha sido absuelto el acusado, teniendo en cuenta que consta prueba documental testimoniada por la letrada de la Administración de Justicia de la que se deduce sin lugar a dudas la comisión de los indicados delitos por el acusado, a lo que se añade la omisión de razonamiento de algunas de las pruebas practicadas como la referida al testimonio de la novia del testigo XXXX .

SEGUNDO.- El delito de acoso u hostigamiento, tipificado en el artículo 172 ter del CP, sanciona al que "acose a una persona llevando a cabo de forma insistente y reiterada, y sin estar legítimamente autorizado, alguna de las conductas siguientes y, de este modo, altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana:

1. La vigile, la persiga o busque su cercanía física.
2. Establezca o intente establecer contacto con ella a través de cualquier medio de comunicación, o por medio de terceras personas.
3. Mediante el uso indebido de sus datos personales, adquiera productos o mercancías, o contrate servicios, o haga que terceras personas se pongan en contacto con ella.
4. Atente contra su libertad o contra su patrimonio, o contra la libertad o patrimonio de otra persona próxima a ella."

De acuerdo con la **STS 554/2017, de 12 de julio**, el delito se vertebra alrededor de cuatro notas esenciales que, reconoce, tienen unos contornos imprecisos:

- a) Que la actividad sea insistente.
- b) Que sea reiterada.
- c) Como elemento negativo del tipo se exige que el sujeto activo no esté legítimamente autorizado para hacerlo.
- d) Que produzca una grave alteración de la vida cotidiana de la víctima, entendiéndose por tal algo cualitativamente superior a las meras molestias. Por tanto, se está ante un delito de resultado en la medida en que se exige que se cause directamente

una limitación trascendente en alguno de los aspectos integrantes de la libertad de obrar del sujeto pasivo, ya sea en la capacidad de decidir, ya en la capacidad de actuar.

Como recuerda la **STS 324/2017 de 8 de mayo**, "se exige que la vigilancia, persecución, aproximación, establecimiento de contactos incluso mediatos, uso de sus datos o atentados directos o indirectos, sean insistentes y reiterados lo que ha de provocar una alteración grave del desarrollo de la vida cotidiana", reiteración que se señala es "compatible con la combinación de distintas formas de acoso. La reiteración puede resultar de sumar acercamientos físicos con tentativas de contacto telefónico, por ejemplo". A modo de ejemplo se apunta en la sentencia del Alto Tribunal que la alteración grave de la vida cotidiana podría cristalizar en la necesidad de cambiar de teléfono, o modificar rutas, rutinas o lugares de ocio, entre otros.

Pues bien, ni en los escuetos hechos que se declaran probados, ni en los fundamentos de derecho de la sentencia, se hace mención alguna a que la conducta del acusado hubiera alterado de forma grave la vida cotidiana de la denunciante, sin que tampoco en el recurso se explicita en qué habría consistido esa alteración de la vida habitual, presupuesto sin cuya acreditación no cabe subsumir los hechos en el delito de acoso del art. 172 ter del CP, lo que sin necesidad de entrar en consideraciones de otro tipo al encontrarnos ante un pronunciamiento absolutorio, determina que el motivo no pueda prosperar.

TERCERO.- En relación al delito de maltrato la sentencia sustenta la absolución en no se denunció en su momento la agresión ni hay parte médico de las lesiones, frente a lo que en el recurso se esgrime que de la prueba documental practicada se desprende un reconocimiento de aquella por parte del acusado, acudiéndose igualmente a esa prueba como elemento de corroboración del relato de la denunciante en cuanto a las amenazas y las vejaciones.

No obstante estimarse creíble por la juzgadora el relato de la denunciante, sustentando en el mismo y en los mensajes que le envió su pareja la condena por un delito de coacciones, se descarta la presencia del resto de los delitos sin analizar ni mencionar siquiera el contenido de algunos de esos mensajes, en los que el acusado pediría perdón y manifestaría su arrepentimiento en una conversación en la que su ex pareja le reprocha que llegara a las manos y la amenazara con que le iba a matar, cuando al no regir en nuestro derecho el principio de prueba tasada, la acreditación de un hecho se puede producir por diversas vías.

Ahora bien, nos encontramos con que la impugnación por absolución por estos delitos se hace a través de la invocación de un error en la apreciación de la prueba, sin que en el recurso se solicite de forma expresa la nulidad de la sentencia. Aunque se alude a que cuando la acusación alegue error en la valoración de la prueba para pedir la anulación o el agravamiento de la condenatoria, será preciso que justifique la insuficiencia o falta de racionalidad en la motivación fáctica, el apartamiento de las máximas de experiencia o la omisión de todo razonamiento sobre alguna o algunas de las pruebas practicadas que pudieran tener relevancia, reproduciendo con ello el contenido del art. 790.2 de la LECrim, es lo cierto que ni en el suplico del recurso ni a la hora de argumentar los diferentes motivos se solicita en momento alguno la nulidad de la sentencia, a diferencia de lo que si se hizo en el anterior recurso de apelación que interpuso la parte y que dio lugar a la anulación de la sentencia de instancia por incongruencia omisiva.

Ello limita notablemente el campo de actuación de este Tribunal.

Como es sabido la posibilidad de la parte recurrente de dejar sin efecto el fallo absolutorio y sustituirlo por un pronunciamiento condenatorio colisiona con una

consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que sobre la base del principio de inmediación conlleva la prohibición de que órgano jurisdiccional ante el que no se han desarrollado las pruebas personales pueda valorar éstas para neutralizar un fallo absolutorio sustituyéndolo por un pronunciamiento de condena, impidiendo con ello cualquier quiebra de los derechos de defensa, a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías.

Esta jurisprudencia aparece resumida en la **STC 37/2018, de 23 de abril**, en la que se expone lo siguiente:

"En la **STC 167/2002, de 18 de diciembre**, FFJJ 9 a 11, el Pleno de este Tribunal Constitucional, señaló que el respeto a los principios de publicidad, inmediación y contradicción, que forman parte del contenido del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), impone inexorablemente que toda condena articulada sobre pruebas personales se fundamente en una actividad probatoria que el órgano judicial haya examinado directa y personalmente en un debate público, en el que se respete la posibilidad de contradicción.

Desde entonces se ha consolidado una doctrina constitucional, reiterada en numerosas resoluciones (entre las últimas, **SSTC 126/2012, de 18 de junio, FJ 2 ; 22/2013, de 31 de enero, FJ 4 , o 43/2013, de 25 de febrero , FJ 5**), según la cual resulta contrario a un proceso con todas las garantías que un órgano judicial, conociendo a través de recurso, condene a quien había sido absuelto en la instancia o empeore su situación como consecuencia de una nueva fijación de los hechos probados que encuentre su origen en la reconsideración de pruebas cuya correcta y adecuada apreciación exija necesariamente que se practiquen en presencia del órgano judicial que las valora -como es el caso de las declaraciones de testigos, peritos y acusados (así, entre otras, **SSTC 197/2002, de 28 de octubre, FJ 4 , o 1/2010, de 11 de enero , FJ 3**), sin haber celebrado una vista pública en que se haya desarrollado con todas las garantías dicha actividad probatoria.

Por el contrario, en aplicación de esta doctrina constitucional, también se ha destacado que no cabrá efectuar ese reproche constitucional cuando la condena pronunciada en apelación o la agravación de la situación, a pesar de no haberse celebrado vista pública, tenga origen en una alteración fáctica que no resulta del análisis de medios probatorios que exijan presenciar su práctica para su valoración -como es el caso de pruebas documentales (así, **SSTC 272/2005, de 24 de octubre, FJ 5 , o 153/2011, de 17 de octubre , FJ 4**), o de pruebas periciales documentadas (así, **SSTC 143/2005, de 6 de junio, FJ 6 , o 142/2011, de 26 de septiembre , FJ 3**)-; o, también, cuando dicha alteración fáctica se derive de discrepancias con la valoración de pruebas indiciarias, de modo que el órgano judicial revisor se limite a rectificar la inferencia realizada por el de instancia, a partir de unos hechos que resultan acreditados en ésta, argumentando que este proceso deductivo, en la medida en que se basa en reglas de experiencia no dependientes de la inmediación, es plenamente fiscalizable por los órganos que conocen del recurso sin merma de garantías constitucionales (así, **SSTC 43/2007, de 26 de febrero, FJ 6, o 91/2009, de 20 de abril , FJ 4**). Por último, también se descarta una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías cuando la condena o agravación en vía de recurso, aun no habiéndose celebrado vista pública, no derive de una alteración del sustrato fáctico sobre el que se asienta la Sentencia de instancia sino sobre cuestiones estrictamente jurídicas (así, **SSTC 143/2005, de 6 de junio, FJ 6 , o 2/2013, de 14 de enero , FJ 6**).

Más en concreto, y centrándose en la cuestión de la acreditación de los elementos subjetivos del delito, se vino considerando, también en proyección de la doctrina de la

STC 167/2002 , que, desde la perspectiva de la exigencia de inmediación, el elemento determinante para concluir la eventual vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías era verificar si el razonamiento judicial sobre la concurrencia de ese elemento subjetivo por el órgano judicial de segunda instancia se fundamentaba en elementos de prueba que exigieran inmediación (por todas, entre las últimas, **SSTC 127/2010, de 29 de noviembre, FFJJ 3 y 4, o 126/2012, de 18 de junio , FJ 3**); o, por el contrario, se vinculaba con pruebas que no tuvieran carácter personal (así, **STC 137/2007, de 4 de junio, FJ 3**) o sobre la base de un control de la razonabilidad de la inferencia llevada a cabo en instancia, a partir de unos hechos base que se dan por acreditados, argumentando que, en este último caso, se trata de una cuestión de estricta valoración jurídica que no exige la reproducción del debate público y la inmediación (por todas, **SSTC 328/2006, de 20 de noviembre, FJ 3 , o 184/2009, de 7 de septiembre , FJ 2**).

Las indicadas garantías del acusado en la segunda instancia fueron ampliadas a consecuencia de los diversos pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y en lo referente a la acreditación de los elementos subjetivos del delito, este Tribunal, perfilando el criterio de la **STC 184/2009** , afirmó "que también el enjuiciamiento sobre la concurrencia de los elementos subjetivos del delito forma parte, a estos efectos, de la vertiente fáctica del juicio que corresponde efectuar a los órganos judiciales, debiendo distinguirse del mismo el relativo a la estricta calificación jurídica que deba asignarse a los hechos una vez acreditada su existencia. De este modo, si bien la revisión de la razonabilidad de las inferencias a partir de la cual el órgano a quo llega a su conclusión sobre la inexistencia de dolo -u otro elemento subjetivo del tipo- no precisará de la garantía de inmediación si tal enjuiciamiento no se produce a partir de la valoración de declaraciones testimoniales, sí deberá venir presidido, en todo caso, por la previa audiencia al acusado" (**STC 126/2012, de 18 de junio , FJ 4**)".

Añadido a lo anterior, la grabación del juicio oral en soporte audiovisual, aunque permita al órgano de apelación oír las declaraciones de los acusados, testigos y peritos en el plenario y apreciar como las vertieron, en unas condiciones casi similares a las del juez o tribunal de instancia ante el que se practicaron, no le autoriza a realizar una revaloración de las pruebas personales diferente de la efectuada por aquellos, tal y como apuntó la **STS 120/2009, de 18 de mayo**, que solo puede hacer el órgano judicial ante en que se desarrolla la prueba personal con las debidas garantías de inmediación, oralidad, publicidad y contradicción.

Resumiendo esta doctrina solo cabría reemplazar una sentencia absolutoria por otra condenatoria por vía de recurso de apelación en los siguientes supuestos:

A.- Cuando se pueda volver a practicar toda la prueba de carácter personal - acusados, testigos y peritos- ante el tribunal de apelación, permitiéndole valorar la misma bajo los principios de inmediación y contradicción. Esta posibilidad, que no cabe sustituir por el visionado de la grabación del juicio cuando se ha recogido en soporte audiovisual, choca en nuestra normativa legal con la falta de previsión legal para llevarla a cabo. Solo el artículo 790.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal autoriza la práctica de prueba en fase de apelación, pero lo hace limitándola a aquellas que la parte no pudo proponer en la primera instancia, o que propuestas le fueron indebidamente denegadas, siempre que hubiere formulado en su momento la oportuna protesta, y a las admitidas que no fueron practicadas por causas que no le sean imputables. En el mejor de los casos y solo de darse alguno de los anteriores presupuestos, se podría practicar por este mecanismo alguna o algunas pruebas de carácter personal, pero nunca todas por no permitir el Legislador reproducir las pruebas personales que tuvieron lugar en la instancia. Y estas últimas pruebas de acuerdo con la jurisprudencia constitucional y del TEDH solo pueden ser valoradas por el órgano jurisdiccional que las ha presenciado.

B.- Cuando los hechos probados declarados en la instancia permanezcan incólumes y la condena responda exclusivamente a una revisión de la subsunción jurídica, sin apreciar elementos subjetivos del delito.

C.- Cuando la condena pronunciada en apelación conlleve una alteración de los hechos declarados probados en la instancia que resulte del análisis de medios probatorios que no exijan presenciar su práctica para su valoración, como es el caso de pruebas documentales y de pruebas periciales documentadas. Ahora bien la valoración de esos medios probatorios que no exigen presenciar su práctica no puede realizarse de manera autónoma y sin el debido contraste con el resto de los elementos probatorios, entre los que normalmente se incluyen pruebas personales practicadas en el plenario cuya valoración en forma distinta a la efectuada por el órgano de instancia que las ha presenciado, ya se ha indicado que está vedada al tribunal de apelación.

D.- Cuando la condena en apelación genere una alteración fáctica que derive de discrepancias con la valoración de pruebas indiciarias, de modo que el órgano judicial revisor se limite a rectificar la inferencia realizada por el de instancia a partir de unos hechos que resultan acreditados en ésta, dado que este proceso deductivo, en la medida en que se basa en reglas de experiencia no dependientes de la inmediación, es plenamente fiscalizable por los órganos que conocen del recurso sin merma de garantías constitucionales.

Al margen de los anteriores, existe otro cauce para combatir una sentencia absolutoria ligado a su falta de motivación o a una motivación ilógica e irracional, si bien no permite dar lugar a una sentencia condenatoria.

Tal y como señala la **STS 867/ 2016 de 17 de noviembre**, aunque se aprecie una diferencia inevitable entre la acusación y los acusados desde la perspectiva de los derechos fundamentales en juego dentro del proceso penal, la acusación particular no carece de una protección constitucional de su derecho a la tutela judicial real y efectiva dispensada en el artículo 24 de la Constitución, derecho el de la tutela judicial efectiva que como pone de manifiesto la STS 290/2018, de 14 de junio, con cita de la STC 112/2015, de 8 de junio, " incluye el derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada, fundada en derecho y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes. Ciertamente es que el señalado deber de adquiere mayor importancia cuando la sentencia es condenatoria que cuando resulta absolutoria, al no estar en juego los mismos derechos fundamentales, ya que en el segundo caso la tutela judicial efectiva se ve reforzada por la presunción de inocencia. Ahora bien, semejante afirmación en modo alguno significa que las sentencias absolutorias aparezcan exoneradas del deber general de motivación, pues ésta, como indica el art. 120.3 CE , es requerida "siempre". De modo que la sentencia absolutoria no puede quedar limitada al puro decisionismo de la absolución, sin dar cuenta del porqué de la misma, ya que en tal caso se vería afectado el principio general de interdicción de la arbitrariedad como garantía frente a la irrazonabilidad. Así pues, la resolución, cualquiera que sea su fallo, habrá de contener aquellos elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios que la fundamentan, sin acoger una aplicación arbitraria de la legalidad, manifiestamente irrazonada o irrazonable, o incurso en un error patente, por la que la aplicación de la legalidad haya sido tan sólo una mera apariencia (**SSTC 158/2002, de 16 de septiembre , FJ 6 , 30/2006, de 30 de enero , FJ 5 , 82/2009, de 23 de marzo, FJ 6 , o 107/2011, de 20 de junio , FJ 2)**".

Bajo este prisma no solo se puede revocar una sentencia absolutoria carente de motivación o con una motivación manifiestamente insuficiente, sino que como se encargan de señalar las **SSTS de 30 de diciembre de 2013 y 4 de mayo de 2017** "en

aquellos casos en los que la valoración probatoria asumida en la instancia resulte absolutamente arbitraria, ajena a las máximas de experiencia, las reglas de la lógica y, en fin, alejada del canon constitucional de valoración racional de la prueba, el pronunciamiento absolutorio podrá ser impugnado con fundamento en el derecho a la tutela judicial efectiva, logrando así el reconocimiento de la vulneración de un derecho constitucional y la reparación adecuada mediante la anulación del pronunciamiento absolutorio.

Cuando ello ocurra el tribunal de apelación no puede dictar una sentencia condenatoria, pero si anular la sentencia y devolverla al tribunal de instancia a efectos de una valoración racional de la prueba".

Como quiera que no se ha interesado la nulidad, petición que debe formularse de forma expresa en el recurso para que pueda ser adoptada por este tribunal conforme a lo que se dispone en el art. 240 de la LOPJ, procede sin necesidad de analizar la corrección o error de la valoración probatoria de la sentencia de instancia, desestimar el motivo, sin que la normativa legal, ni la doctrina constitucional expuesta, nos permita condenar en base a prueba documental, por cuanto la misma no se puede analizar de forma aislada de la prueba personal practicada, ni este Tribunal puede determinar la concurrencia del elemento subjetivo de los delitos sin haber dado audiencia al acusado, tramite por lo demás inexistente en nuestra normativa procedimental.

CUARTO. Se denuncia igualmente por la representación procesal de XXXX que se haya aplicado la modalidad atenuatoria prevista en párrafo cuarto del art. 172.2 del CP en el delito de coacciones, sin que se fundamente la razón de la rebaja penológica. Siendo cierta la omisión denunciada, el motivo no se puede analizar independientemente del recurso interpuesto por la representación procesal del acusado, que combate su condena por un delito de coacciones del artículo 172 del CP al sostener que en su actuación no concurren los elementos objetivos ni subjetivos del tipo penal, por lo que en base a presunción de inocencia y a los principios de legalidad e in dubio pro reo debe revocarse la sentencia condenatoria.

El Ministerio Fiscal se adhiere al recurso considerando que el acusado se limitó a llamar insistentemente a su mujer a través de llamadas y mensajes pidiéndole retomar la relación y preguntando por los hijos menores y que aunque tales hechos pudieran molestar a la denunciante, no puede estimarse constituyan unas conductas violentas sobre la perjudicada dirigidas obligarla a realizar lo que no desea, no apareciendo con certeza la concurrencia del elemento esencial o nuclear el tipo penal por el que se condena al recurrente que no es otro que el de actuar utilizando violencia contra la víctima para impedir que se comporte libremente. Denuncia que la sentencia no motiva la razón por las que las comunicaciones telefónicas intentadas y realizadas por el recurrente excederían del uso ordinario hasta el punto de que las mismas puedan tener relevancia penal, sin que se refleje el número de llamadas, la existencia de las mismas, los días en que se realizan o incluso si lo son en horario intempestivo o inapropiado o en horario que se pueda considerar normal, por lo que en estas circunstancias no puede afirmarse que el acusado decidiera voluntariamente imponer su presencia telefónica a la denunciante con ánimo de coartar su libertad como implícitamente indica la resolución recurrida, siendo que lo que se infiere es que la intención del acusado era comunicarse con su ex pareja para intentar reanudar la relación y para saber de sus hijos.

El delito de coacciones consiste en compeler, imponer, constreñir o presionar a otro para que lleve a cabo una conducta que no desee, sea justa o injusta, o impedirle la realización de los actos que quiere ejecutar.

La violencia empleada por el sujeto activo del delito de coacciones no sólo comprende

los casos de violencia física como tal, sino que incluye también la intimidación personal o vis compulsiva incluso la violencia a través de las cosas siempre que de alguna manera afecte a la libertad de obrar o a la capacidad de actuar del sujeto pasivo, tal y como reiteradamente ha reconocido la jurisprudencia (**SSTS 628/2008 de 15 de octubre, 982/2009 de 15 de octubre 214/2001, de 3 de marzo, o 32/2016 de 4 de octubre**). En cuanto al tipo subjetivo "debe abarcar no sólo el empleo de la fuerza o violencia que doblegue la voluntad ajena, sino que es preciso también que ésta sea la intención del sujeto activo, dirigida a restringir de algún modo la libertad ajena para someterla a los deseos o criterios propios" (**STS nº 628/2008, de 15 de octubre**).

En esta misma sentencia se enumeran los requisitos de este delito en la forma siguiente:

"a) Una conducta violenta de contenido material, como vis física, o intimidación, como vis compulsiva, ejercida sobre el sujeto pasivo, ya sea de modo directo o de modo indirecto.

b) La finalidad perseguida, como resultado de la acción, es la de impedir lo que la ley no prohíbe o efectuar lo que no se quiere, sea justo o injusto.

c) Intensidad suficiente de la acción como para originar el resultado que se busca, pues de carecer de tal intensidad, se podría dar lugar a la falta (hoy delito leve).

d) La intención dolosa consistente en el deseo de restringir la libertad ajena, lógica consecuencia del significado que tienen los verbos impedir o compeler.

e) Que el acto sea ilícito -sin estar legítimamente autorizado- que será examinado desde la normativa exigida en la actividad que la regula".

El principal problema con el que nos encontramos en el presente caso deviene de los hechos que se declaran probados en la sentencia. Al margen de que no se haga mención en ellos al resto de los hechos delictivos imputados que se consideran no acreditados por la juez "a quo", su redacción tampoco permiten establecer la concurrencia de los presupuestos del delito de coacciones, al establecerse en ellos solo que el acusado envió a la perjudicada " múltiples archivos de voz y de texto de mensajería instantánea whatsapp, perturbando la paz y el sosiego de la misma".

No es que no se exprese ni su número, ni las fechas u horas en que fueron enviados, ni se señale nada sobre su contenido, sino que lo que es más relevante, no se hace mención alguna al propósito con el que los mandaba el acusado, cuando como hemos apuntado el delito se caracteriza por compeler, imponer, constreñir o presionar a otro para que lleve a cabo una conducta que no desee, sea justa o injusta, o impedirle la realización de los actos que quiere ejecutar.

La posibilidad de integrar afirmaciones de contenido fáctico contempladas en los fundamentos jurídicos de la sentencia con en el relato de hechos probados, ha sido analizada por la jurisprudencia, que aunque rechaza lo que constituye una mala técnica procesal, la admite excepcionalmente en determinadas circunstancias cuando es favorable al reo, y cuando es en su perjuicio, más restrictivamente, siempre que en los hechos probados consten reflejados los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal. Respecto a la posibilidad de integrar los déficit del factum con datos incorporados en la fundamentación jurídica de la sentencia señala la **STS 495/2015 de 29 de junio**, que "en el relato de hechos probados de la sentencia penal deben constar todos los elementos de la conducta que son relevantes para la subsunción en un determinado tipo penal, incluidos los de carácter subjetivo.

Aunque siempre de modo excepcional y nunca en perjuicio del acusado, hemos admitido que los fundamentos jurídicos puedan contener afirmaciones fácticas que complementen el hecho probado, pero también se ha puesto de relieve que se trata de una posibilidad que encierra cierto peligro para las garantías del acusado, que tiene derecho a conocer con claridad aquello por lo que se le condena, de manera que a través de este mecanismo sólo será posible completar lo que ya consta debidamente expuesto en el relato fáctico en sus aspectos esenciales".

En similares términos precisa la **STS 439/2016, de 24 de mayo**, que "Esta Sala tiene declarado que es posible complementar el factum con datos de hecho que indebidamente se hayan deslizado en la motivación, y ha matizado tal doctrina añadiendo que no hay limitación para completar el factum en favor del acusado, ahora bien, en contra del mismo la posibilidad es mucho más restrictiva pues solo cabrá tal complemento cuando sean de mero detalle, lo que supone que los elementos de hecho básicos de naturaleza inculpativa deben constar claramente en el hecho probado, de suerte que si no se encuentran en el mismo, la condena resulta inviable.

Acudiendo al fundamento de derecho primero de la sentencia, se reflejan en él las manifestaciones de la denunciante "señalando que el acusado la enviaba "whatsapp" de voz y de texto desde el mes de diciembre de 2017 a la actualidad, hecho éste que tenía la atemorizada, puesto que la requería para que cogiera a través de ellos las llamadas que no contestaba " y se añade que "La anterior versión que se vio confirmada principalmente por la documental obrante en autos (folios 93 a 180) relativa a los numerosos archivos de mensajería instantánea, escritos y de voz, enviados a la víctima en esas fechas, de la que se desprende el hostigamiento del acusado a la perjudicada, en sus mensajes, de contenido claramente perturbador de la paz y sosiego de la víctima y de hostigamiento psicológico a ésta en un número, lo suficientemente elevado, pese a los sostenida por el Ministerio Fiscal y la defensa para encuadrar su conducta en el tipo pena prevista en el artículo 172, aún con carácter leve". Nada más se dice al respecto.

Pues bien al margen de que no quepa efectuar integraciones fácticas de la fundamentación en los hechos probados de la sentencia en contra del reo para incorporar elementos del tipo penal omitidos, de los expuesto no cabe tampoco extraer la concurrencia del elemento subjetivo de que se pretendiera por el acusado obligar a la denunciante a hacer algo que no quería, ya que Como indica la **STS 554/2017, de 12 de julio**, el legislador al tipificar el delito de acoso y hostigamiento - stalking - lo hace considerándolo como una variante del delito de coacciones al quedar fuera del ámbito de las coacciones las conductas de acecho permanente o intento de comunicación reiterada que sin llegar a las coacciones, sí tienen la entidad suficiente como para producir una inquietud y desasosiego relevante penalmente y que por ello no debe quedar extramuros de la respuesta penal al producir tal situación de acoso una alteración grave de su vida cotidiana.

La juez "a quo" en la primera sentencia calificó los hechos como constitutivos de un delito del art. 172 ter del CP (delito de acoso) aunque penando por un delito de art. 172.2 del CP (delito de coacciones), siendo anulada la sentencia. En la segunda sentencia califica los hechos como delito de coacciones.

Pues bien, una vez hemos descartado la subsunción de los hechos en el delito de acoso, al no declararse probado que se alterara la vida ordinaria la denunciante, al no constar tampoco que con las llamadas y mensajes se intentara violentar la voluntad de la víctima para obligarla a hacer lo que no quería, tampoco se pueden subsumir en el delito de coacciones, encontrándonos ante un caso de intento de comunicación reiterada, que como apunta la sentencia del Alto Tribunal no llega a constituir un delito de coacciones, aunque se declare probado que perturbara la paz y sosiego de la denunciante, y

tampoco de un delito de acoso, al no haber pronunciamiento alguno la sentencia sobre el impacto que la conducta del acusado habría provocado en la vida cotidiana de la denunciante, es decir ante unos hechos declarados probados, que penalmente, por lo expuesto no se pueden subsumir jurídicamente en el delito del art. 172. 2 del CP.

En estas circunstancias debe estimarse el recurso de la representación procesal del acusado, al que se adhirió el Ministerio Fiscal, procediendo absolver a XXXX del delito de coacciones, lo que hace innecesario resolver sobre la indebida aplicación en este delito del párrafo cuarto del art. 172.2 del CP denunciada por la defensa de la Sra. XXXX

QUINTO.- Estimados dos de los recursos, y no apreciándose razones para su imposición en el que se desestima, las costas de esta alzada se declaran de oficio. Por todo lo expuesto:

FALLAMOS

Que debemos desestimar el recurso de apelación interpuesto por las representación procesales de D^a. XXXX contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal n° X de XXXX con fecha de 9 de octubre de 2018, en el procedimiento abreviado n° XXX/2018, y estimar los recursos de apelación interpuestos por el Ministerio Fiscal y la representación procesal de D. XXXX contra la misma, en el sentido de absolver a D. XXXX del delito de coacciones de que venía siendo acusado, declarando sus costas de oficio y dejando sin efecto las medidas cautelares adoptadas en su día. Se declaran de oficio las costas de esta alzada.

Notifíquese la presente resolución en la forma señalada en el artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, haciendo saber a las partes que contra la misma sólo cabe recurso de casación en el plazo de cinco días, en los supuestos previstos en el artículo 847 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y devuélvase las actuaciones, con certificación de la presente sentencia al Juzgado de procedencia, a los fines procedentes.

Así, por esta sentencia, lo acordamos.

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.

FUENTE CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL.