

**Sección nº 26 de la Audiencia Provincial de Madrid**

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

Teléfono:

Fax:

37051030

N.I.G.: XX.XXX.XX.X-2019/XXXXXXX

**Apelación Autos Violencia sobre la Mujer XXX/2020**

**Origen:**Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 01 de Alcalá de Henares

Pz de orden de protección XXXX/2019

**Apelante: D./Dña. XXXXX**

**Letrado D./Dña. JESUS ANGEL LORENZO GONZALEZ**

**Apelado: D./Dña. XXXXX y D./Dña. MINISTERIO FISCAL**

**Letrado D./Dña. XXXX**

MAGISTRADOS

Ilmos/as. Sres/as:

Dª XXXX

D. XXXX

D. XXXX

**AUTO N° XXX/2020**

En Madrid, a XX de mayo de 2020.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha de XX de enero de 2020 el Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de Alcalá de Henares, dicto auto en las diligencias previas nº XXXX/2019 desestimando el recurso de reforma contra el auto de XX de diciembre de 2019 por el que se disponían medidas cautelares a favor de Dª. XXX frente a D. XXX.

**SEGUNDO.-** Interpuesto recurso de apelación contra la mencionada resolución por la representación procesal de D. XXX y admitido a trámite, se dio traslado al Ministerio Fiscal y a D<sup>a</sup>. XXXXX, que lo impugnaron tras lo que se elevó a esta Audiencia para resolver, tras lo que se elevó a esta Audiencia para resolver, donde se señaló el día XX de mayo de 2020 para deliberación y fallo, actuando como ponente la magistrada D<sup>a</sup> XXXXX, que expresa el parecer del Tribunal.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** El auto recurrido, dictado al amparo del art. 544 bis de la LECrim, prohíbe a XXXXX aproximarse y comunicar con su esposa durante el tiempo de tramitación de la causa o hasta que de cualquier otra forma se ponga fin a la misma, señalando que existe una situación objetiva de peligro que justifica su adopción y ello por cuanto del atestado y de la declaración de la denunciante, la cual se dice reúne los requisitos exigidos por la jurisprudencia para que la misma pueda ser tenida en cuenta ante la inexistencia de otros medios de prueba, se desprende indicios de la comisión por parte del investigado de un delito leve de amenazas al haberle dicho a la perjudicada que si no aparecía el dinero le iba a arrancar la cabeza.

La representación procesal del investigado se alza contra la resolución invocando su nulidad por acordarse sin permitir su defensa al estar detenido y puesto a disposición de otro juzgado, así como que se le tomó declaración vulnerando se lo dispuesto en el artículo 137 la LECivil, en la existencia de motivos espurios que invalidan la declaración de la denunciante, en la que faltan los requisitos jurisprudenciales para que pueda ser suficiente para enervar la presunción de inocencia, señalándose que en el atestado levantado el XX de diciembre de 2019 la denunciante no manifestó a los agentes que el investigado lo hubiera dicho que le iba a arrancar la cabeza, por todo lo cual se pide la declaración de nulidad del auto o subsidiariamente que se deje sin efecto.

**SEGUNDO.-** Los hechos investigados se ciñen al incidente acontecido el XX de diciembre de 2019 en el domicilio conyugal de XXX y XXXX, quienes se habían separado un mes

antes, abandonando él la vivienda, cuando el padre fue a visitar a los hijos menores de la pareja y se inició una discusión por un tema dinerario, procediendo a avisar la mujer a la Policía local y el hombre a la Guardia Civil. Tal y como se refleja en la diligencia de exposición de hechos levantada por la Policía Local, XXX les habría manifestado que su marido le dijo que “como no apareciese el dinero se iba a enterar”.

Posteriormente ya ante los servicios médicos y al día siguiente cuando presentó denuncia, XXX señaló que el denunciado la amenazó con arrancarle la cabeza si no aparecía un dinero que tenía en la casa, y que ella no podía entregar hasta que se repartieran los bienes gananciales, amenaza que negó haber proferido el investigado en la declaración judicial que presto el día XX de diciembre de 2019 ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 4 de Madrid.

Ese mismo día XX de diciembre de 2019 se celebró la comparecencia del art. 544 bis en el Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de Alcalá de Henares, después de tomarse declaración a la denunciante y se dispuso oír como investigado al denunciado y celebrar la comparecencia del art. 544 ter de la LECrim para el día X enero 2020, siendo citado el denunciado por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 4 de Madrid, ante el que había sido puesto a disposición tras ser detenido el día anterior como consecuencia de la denuncia interpuesta por su esposa, Juzgado en el que se le hizo el requerimiento de no aproximarse y comunicar con su pareja derivado del auto recurrido, y se le tomó declaración judicial, negando haber proferido la amenaza que se le atribuye en la denuncia,

La defensa insta la nulidad de la comparecencia invocando el art. 137 de la LECivil, que en sus apartados 2 y 4 establece que las vistas y las comparecencias que tengan por objeto oír a las partes antes de dictar una resolución, se celebrarán siempre ante el Juez o los Magistrados integrantes del tribunal que conozca del asunto, y que su infracción determinará la nulidad de pleno derecho de las correspondientes actuaciones.

El art. 544 bis de la LECrim, a diferencia del art. 544 ter, no exige como presupuesto de validez la audiencia del denunciado, autorizando la adopción inaudita parte de las medidas cautelares que regula. Como indica la Circular 3/2003, de 18 de diciembre, de la Fiscalía

General del Estado, la imposibilidad de resolver sobre la orden de protección hasta que se celebre la comparecencia del art. 544 ter puede aconsejar, en ocasiones, para evitar la falta total de medida alguna durante un lapso de tiempo, que directamente por el juez, y sin necesidad de audiencia, se adopten determinadas medidas cautelares, amparando éstas en el art. 544 bis LECrim. No sería este el caso, ya que el recurrente estaba detenido desde el día XX de diciembre de 2019 por esta causa, y pese a que hubiera sido puesto a disposición de un Juzgado de Violencia sobre la Mujer de Madrid, nada impedía que hubiera celebrado la comparecencia del art. 544 ter de la LECrim dándole la posibilidad de ser oído a través de videoconferencia, ni que se posibilitara a su letrado interrogar a la denunciante el día XX de diciembre de 2017.

Es lo que se debió hacer e injustificadamente no se hizo. Pero desde el momento que nada dice el art. 544 bis de la LECrim acerca del carácter ineludible de la presencia del denunciado en la comparecencia para la validez de la misma, no se ha producido ninguna irregularidad procesal al respecto, de manera que no es operativo el art. 137 de la LECivil.

El motivo y la petición de nulidad de la resolución que conlleva no pueden en consecuencia ser acogido.

**TERCERO.-** Para dar entrada a las medidas protectoras que contemplan los artículos 544 bis o art. 544 ter de la LECrim se precisa la concurrencia de dos presupuestos:

1) La existencia de indicios fundados de la comisión de un delito contra la vida, la integridad física o moral, la libertad sexual, la libertad o seguridad de las personas, entendiendo por tales indicios incriminatorios constatables que rebasen el dintel de las meras sospechas o conjeturas y gocen de cierta potencialidad acreditativa, aunque, obvio resulta decirlo, sin llegar a constituir pruebas fehacientes.

2) Que se aprecie una situación de riesgo o de peligro para la supuesta víctima creada por el proceder de la persona de la que se pretende sea protegida, lo que exige un juicio de valor que teniendo en cuenta cuantos datos obren en las actuaciones sobre las circunstancias del hecho y sobre la persona investigada permita efectuar un pronóstico de peligrosidad que

pueda alertar sobre la posibilidad de reiteración en la conducta delictiva. Como indica la STC 60/2010, de 7 de octubre, la medida cautelar contemplada en el art. 544 bis de la LECrim sólo puede acordarse motivadamente si el órgano judicial considera que el alejamiento resulta estrictamente necesario al fin de protección de la víctima.

Las medidas examinadas se han adoptado única y exclusivamente en atención a la supuesta amenaza, sin que se haga mención alguna a ninguno otro tipo de incidente. Se dice al respecto que la declaración de la denunciante cumple los requisitos jurisprudencialmente establecidos para constituir prueba de cargo, no obstante lo cual no se especifican ni se concreta que elementos lo corroborarían, siquiera de forma periférica, pese a reconocerse la inexistencia de otras pruebas, no pudiéndose pasar por alto que, a salvo del hijo de seis años que según la denunciante la oyó, no se dispone de testigos presenciales ni grabaciones de la amenaza, y pese a que XXX dijo que se la tomó en serio y por eso llamó a la policía, ni a los policías locales que llegaron a su domicilio avisados por ella, ni a los guardias civiles que se personaron requeridos por el investigado, les manifestó que su pareja le hubiera dicho que le iba a arrancar la cabeza, sino como ya se ha expuesto, solo apuntó a los primeros, que se iba a enterar, lo que a resultas de lo que arroje el avance, aminora la potencialidad incriminatoria a los indicios.

Tampoco se indican en la resolución recurrida las razones en que se sustenta la concurrencia de una situación objetiva de riesgo, al margen de los indicados indicios.

A este respecto en la solicitud de orden de protección la denunciante justificó su petición en el miedo a las situaciones que provocaba el investigado en la vivienda cuando acudía a visitar a los hijos. El Ministerio Fiscal, al informar el recurso, considera necesaria la adopción de medidas de protección para evitar que se repitan hechos como los denunciados hasta que paralelamente se adopten medidas civiles que ayuden a lograr una ruptura pacífica de la relación.

Pues bien, como medidas cautelares civiles en la orden de protección dictada por auto del X de enero de 2020 se estableció la atribución del uso del domicilio conyugal para la denunciante, así como la guarda y custodia de los menores a su favor con un régimen de

visitas para el progenitor en el que las entregas y recogidas de los hijos se harían a través de una tercera persona, medidas con una vigencia temporal de 30 días que han permitido a la denunciante instar su mantenimiento o modificación ante la jurisdicción civil (art. 544 ter 7 de la LECrim), por lo que ha tenido la oportunidad de regular y solventar el factor que en que se sustentó por la perjudicada su petición, todo lo cual lleva a dejar sin efecto las medidas restrictivas de los derechos del investigado acordadas, ello sin perjuicio de que si durante la tramitación de la causa, aparecieran datos que patentizaran una situación de riesgo, se pudieran volver a acordar.

**CUARTO.-** Estimado parcialmente el recurso, las costas de esta alzada se declaran de oficio.

Por cuanto antecede,

#### **PARTE DISPOSITIVA**

La Sala acuerda:

Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. XXX contra el auto de XX de diciembre de 2019 dictado por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de Alcalá de Henares, en las diligencias previas nº XXXX/2019, dejando sin efecto las medidas en él acordadas.

Se declaran de oficio las costas de esta alzada.

Notifíquese la presente resolución a las partes con instrucción de que contra la misma no cabe recurso y remítase testimonio al Juzgado de procedencia, para su conocimiento y efectos.

Así lo acuerdan, mandan y firman los magistrados integrantes de la Sección.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.