

## **Audiencia Provincial de Madrid, Sección 1ª, Sentencia 80/2017 de 27 Mar. 2017, Rec. 415/2017**

**Ponente:** Magro Servet, Vicente.

**Nº de Sentencia:** 80/2017

**Nº de Recurso:** 415/2017

**Jurisdicción:** PENAL

**ECLI:** ES:APM:2017:3438

No es aplicable la atenuante de "enamoramiento" en el tipo penal de acoso o **stalking**

DELITO DE STALKING. Requerimientos insistentes para mantener relación sentimental. Alteración grave de la vida cotidiana. Sensación de angustia de la víctima ante la persistente situación de coacción y acoso -pese a su oposición- que la obliga incluso a cambiar de residencia. Testifical y pericial médica que corrobora la versión de la denunciante. ALTERACIÓN PSÍQUICA. El estado de enamoramiento no constituye atenuante cuando es precisamente esa conducta de acosar, perseguir e insistir en tener una relación con una persona lo que constituye el tipo penal. La libertad de decidir debe ser respetada -asumiendo una negativa- y su incumplimiento no puede ampararse bajo la excusa de la obsesión o enamoramiento, por no suponer éste una anulación de la conciencia y voluntad. El acusado era consciente de que la víctima no aceptaba la propuesta de la relación.

La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 5 de Alcorcón y confirma la condena del acusado por delito leve continuado de coacciones, lo que en la actualidad constituiría un delito de "stalking" o acoso del art. 172 ter CP.

### **TEXTO**

**SENTENCIA Nº 80/2017**

**ILMOS. SRES.**

**D. VICENTE MAGRO SERVET**

En Madrid, a veintisiete de marzo de dos mil diecisiete.

Visto en segunda instancia por el magistrado al margen señalado el recurso de apelación contra la sentencia de 18 de noviembre de 2016 del Juzgado de Instrucción nº 5 de Alcorcón (LA LEY 227865/2016) en el juicio por delito leve nº 738/2016; siendo partes, de un lado como apelante Luis, y de otro como apelados el Fiscal y doña Eva.

### **I. ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El Juzgado de Instrucción en el procedimiento citado dictó sentencia a cuyos hechos probados y fallo nos remitimos y se dan aquí por reproducidos.

**SEGUNDO.-** Contra dicha resolución, por la representación de D. Luis se interpuso recurso de apelación que fue admitido a trámite y, previo traslado al resto de partes fue impugnado y se elevaron los autos originales a este Tribunal para la resolución del recurso.

## **II. HECHOS PROBADOS**

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

## **III. FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Se interpone recurso de apelación denunciando la existencia de error en la valoración de la prueba, pero el juez de lo penal es claro y concluyente a la hora de valorar con acierto que el acusado se obsesionó con volver a tener una cita con la denunciante tras haber estado con ella un fin de semana relatando que ha estado merodeando por el portal de su vivienda y siguiéndole, y además se personó en la peluquería donde trabaja diciéndole de forma insistente que le mirara y le dijera que no le quería., lo que le ha generado a la denunciante una situación de ansiedad. Basa el juez su sentencia en la declaración consistente y persistente de la denunciante en cuanto al constante acoso del denunciado y ahora recurrente que le ha provocado una sensación obvia de angustia ante la persistente situación de acoso del recurrente para verla, pese a su oposición y que incluso ha cambiado de residencia por ello hasta llegar a presentarse con un ramo de flores en su trabajo.

El recurrente niega los hechos y expone que es ella la que le requiere a él la continuación de la relación que tuvieron y cuestiona la sentencia por entender que no hay prueba de cargo, pero lejos de ello, como expone la parte que impugna el recurso, el juez explicita con detalle la convicción que le merece la declaración contundente de la víctima de la situación de acoso vivida por la persistente actitud del denunciado que pese a que la víctima se niega a estar con él , este no admite el "no" de la víctima a sus proposiciones y persiste en sus actos, lo que en la actualidad constituiría un delito de "*stalking*" o acoso del [art. 172 ter del CP \(LA LEY 3996/1995\)](#) que precisamente se introdujo en la reforma del CP por [LO 1/2015 \(LA LEY 4993/2015\)](#) para tipificar estas conductas de acoso al tener un mejor encaje en un tipo penal específico pero que parta hechos anteriores, como el presente, encajaban en el delito de coacciones.

En el presente caso han declarado testigos que corroboran la versión de la denunciante pese a la crítica del recurrente a la infracción de la presunción de inocencia, y así lo hacen una compañera de trabajo, una cliente de la peluquería, y un trabajador del taller donde tenía el coche, y señalan la situación de acoso llevándole un ramo y ella estaba aterrada, así como la declaración de su pareja que señala el estado de acoso del recurrente, lo que eleva a la categoría de prueba de cargo la declaración de la denunciante absolutamente creíble para el juez, pese a las críticas del recurrente, así como la documental médica que acredita el estado de ansiedad, lo que en el nuevo tipo de *stalking* se configura como un elemento de prueba al constituir un elemento del

tipo en cuanto a que la situación de acoso le suponga "una alteración grave de su vida cotidiana", pero que en el presente caso nos lleva a entender que está debidamente probado el delito de coacciones.

El recurrente pretenda restar validez a esta declaración, por lo que según se argumenta por el juez en la sentencia elevan a la categoría de prueba las que se citan por el juez penal, ya que es él el que tiene el privilegio de la inmediación y por ello la sala lo que analiza es la corrección de esta argumentación sin que lejos de lo que se alega por la recurrente existen datos que demuestren que las declaraciones son falsas o no exista prueba de cargo. Por ello, examinada la valoración de la prueba se desestima el recurso ya que el juez fundamenta adecuadamente la condena en la declaración de la víctima y cuatro testificales y documental.

**SEGUNDO.- Alegación en el recurso del motivo 3º de la atenuante de alteración psíquica por enamoramiento del acusado hacia la denunciante de acoso.**

Además, en cuanto a la estimación de la *atenuante de alteración psíquica por enamoramiento* en el delito de coacciones bajo la redacción del precepto, o bien en el delito de "*stalking*" del actual [art. 172 ter CP \(LA LEY 3996/1995\)](#), hay que entender que el recurrente lo incluye como atenuante de alteración psíquica del [art. 20.1 CP. \(LA LEY 3996/1995\)](#)

Se reclama, así, la aplicación de la atenuante de alteración psíquica, bien como atenuante propia o como analógica, y ante ello hay que recordar que el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 493/2016 de 9 Jun. 2016, Rec. 10751/2015 (LA LEY 61401/2016) entiende que los trastornos de la personalidad o psicopatías pueden ser considerados dentro del ámbito del art. 20.1ª en las valoraciones más modernas de la OMS, pero para la apreciación de esta atenuante se exige una probanza específica de afecte a la voluntad de forma grave o menos grave que haría aplicar una u otra disminución de la responsabilidad como atenuante simple o muy cualificada, pero en modo alguno puede estimarse que pueda concurrir en el actual delito de "*stalking*" del [art. 172 ter CP \(LA LEY 3996/1995\)](#), o el delito de coacciones para hechos anteriores a la entrada en vigor de la [LO 1/2015 \(LA LEY 4993/2015\)](#), una atenuante de alteración psíquica bajo la figura alegada de la "atenuante de esa alteración por el alegado enamoramiento que sentía el acusado hacia la denunciante. Y ello, por cuanto quien se encuentra en una situación como la descrita en los hechos probados de la sentencia ahora apelada en la que recibe un "no" por respuesta ante los requerimientos de quien insiste en tener una relación con otra persona, debe saber aceptar y asumir la negativa de esta a tener una relación, no pudiendo entenderse que constituye una circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal la obsesión del acusado por este tipo de hechos de mantener una relación con quien le está negando esa relación, habida cuenta que el propio tipo penal ya configura esas situaciones de acoso, o persistencia, como elemento del tipo penal y no puede ampararse el recurrente en un estado de *enamoramiento* para conseguir una rebaja de la pena, porque de ser así cualquier persona que realice las conductas descritas en el actual [art. 172 ter CP \(LA LEY 3996/1995\)](#), o de coacciones para hechos anteriores a la entrada en vigor de la [LO 1/2015 \(LA LEY 4993/2015\)](#), podría alegar esa situación de enamoramiento bajo el amparo o abrigo de querer articularlas como justificativa de su conducta, cuando es precisamente es esta conducta de acosar, perseguir e insistir en tener una relación con una

persona lo que constituye el tipo penal. Con independencia de ello, la alteración psíquica que ello provocaría exigiría quedar tan probado como el hecho mismo y en cualquier caso entraría de lleno en un estado mental que haría operar la atenuación dentro del [art. 20.1 CP \(LA LEY 3996/1995\)](#), pero para que opere esta eximente el grado debe quedar probado y producir una total anulación de la voluntad que le haga inimputable, lo que no puede admitirse en modo alguno bajo el alegato de excusa de la circunstancia del "enamoramiento" del acusado hacia lo que en realidad es la víctima de su situación persistente de acoso. Esta actitud, o situación del recurrente de obsesión por una persona no podría entrar ni como eximente del [art. 20.1 CP \(LA LEY 3996/1995\)](#) ni como atenuante analógica del [art. 21.7 CP \(LA LEY 3996/1995\)](#), dado que no puede concebirse una inclusión de esta sensación o posición personal del recurrente de enamoramiento hacia la víctima por tener que ser consciente de que esa conducta es rechazada por la víctima al no aceptar la propuesta de la relación que le ofrece quien así actúa, pudiendo ser libre para rechazar el inicio de una relación con una persona que se la propone, al no estar obligado a aceptarla, y quien así lo ofrece debiendo ser consciente y asumir un "no" como respuesta. Quien así actúa debe asumir en estos casos la negativa de quien quiere que sea su pareja y su libertad de decidir, suponiendo lo contrario un ilícito penal no excusable bajo la excusa del "enamoramiento" por no suponer este una anulación de la conciencia y voluntad, salvo que médicamente quede probada una alteración psíquica, pero no encuadrable en la excusa del enamoramiento. Por ello, se desestima esta alegación.

**TERCERO.-** Además, frente al alegato de que se ha infringido la presunción de inocencia decir que es jurisprudencia reiterada y conocida que cuando la cuestión debatida por la vía del recurso de apelación es la valoración de la prueba llevada a cabo por el Juzgador de la instancia en uso de la facultad que le confieren los [artículos 741 \(LA LEY 1/1882\)](#) y [973 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal \(LA LEY 1/1882\)](#) y sobre la base de la actividad desarrollada en el juicio oral, la observancia de los principios de inmediación, contradicción y oralidad, a que esa actividad se somete, conducen a que, por regla general, deba reconocerse singular autoridad a la apreciación de las pruebas hecha por el Juez, en cuya presencia se practicaron, por lo mismo que es este juzgador y no el de alzada, quien goza de la privilegiada y exclusiva facultad de intervenir en la práctica de pruebas y de valorar correctamente su resultado apreciando personal y directamente, sobre todo en las pruebas personales, ya sea declaraciones de las partes o de testigos, su expresión, comportamiento, rectificaciones, dudas vacilaciones, coherencia y, en definitiva, todo lo que afecta a su modo de narrar los hechos sobre los que son interrogados, ventajas todas ellas, derivadas de la inmediación de las que carece el Tribunal de Apelación, llamado a revisar esa valoración en segunda instancia, lo que justifica que deba respetarse, en principio, el uso que haya hecho el Juez de su facultad de apreciar en conciencia las pruebas practicadas en juicio, lo que es plenamente compatible con los derechos de presunción de inocencia y de tutela judicial efectiva, siempre que tal proceso valorativo se motive o razone adecuadamente en la sentencia. De esta manera, el juicio revisorio en la segunda instancia supone ser especialmente cuidadoso a fin de que no implique sustituir la valoración realizada por el Juzgador de instancia, y más cuando se trata de testimonios que el juzgador ha aquilatado en cuanto al alcance y fiabilidad de determinadas declaraciones. Por ello, para que el Tribunal de la

segunda instancia pueda variar los hechos declarados en la primera, se precisa que, por quien se recurra, se acredite que así procede por concurrir alguno de los siguientes casos:

- a) Inexactitud o manifiesto error en la apreciación de la prueba;
- b) Que el relato fáctico sea oscuro, impreciso, dubitativo, ininteligible, incompleto, incongruente o contradictorio en sí mismo.
- c) Que haya sido desvirtuado por pruebas practicadas en segunda instancia.

En consonancia con lo anterior se viene pronunciando reiteradamente esta Sala en los siguientes términos: Es posición tradicional (STC 9-12-2002 (LA LEY 680/2003)) la de que el recurso de apelación en el procedimiento penal abreviado, tal y como aparece configurado en nuestro Ordenamiento, otorga plenas facultades o plena jurisdicción al Tribunal ad quem para resolver cuantas cuestiones se planteen, sean de hecho o de derecho. Su carácter, reiteradamente proclamado por este Tribunal, de novum iudicium, con el llamado efecto devolutivo, conlleva que el juzgador ad quem asuma la plena jurisdicción sobre el caso, en idéntica situación que el Juez a quo, no sólo por lo que respecta a la subsunción de los hechos en la norma, sino también para la determinación de tales hechos a través de la valoración de la prueba, pudiendo revisar y corregir la ponderación llevada a cabo por el Juez a quo (SSTC 172/1997, de 14 de octubre (LA LEY 10518/1997); 120/1999, de 28 de junio (LA LEY 10495/1999); ATC 220/1999, de 20 de septiembre (LA LEY 125407/1999)).

Ahora bien, la cuestión es qué pruebas pueden ser utilizadas por el órgano de apelación para fundar su convicción en este «nuevo juicio» si se parte de que se está habilitado para revisar y corregir la ponderación llevada a cabo por el juez a quo. La sentencia 167/2002 sostiene que «las limitaciones derivadas de las exigencias de los principios de inmediación y contradicción, tienen su genuino campo de proyección cuando en apelación se plantean cuestiones de hecho, de modo que es probablemente el relacionado con la apreciación de la prueba el directamente concernido por estas limitaciones». Consecuencia de lo anterior será la imposibilidad que tiene el Tribunal de apelación de valorar por sí mismo cualquier prueba sometida al principio de inmediación, esto es, las personales, de forma distinta a como lo ha hecho el juez que la presenció (SSTC 197/2002, de 28 de octubre (LA LEY 10012/2003); 198/2002, de 28 de octubre (LA LEY 10011/2003); 200/2002, de 28 de octubre (LA LEY 276/2003); 212/2002, de 11 de noviembre (LA LEY 188068/2002); 230/2002, de 9 de diciembre (LA LEY 680/2003); 41/2003, de 27 de febrero (LA LEY 1371/2003)). No obstante, se ha de tener en cuenta doctrina sentada en su día por la STS 2ª de 29 de diciembre de 1997 en relación con la valoración de las pruebas personales cuando afirma que «en la valoración de la prueba directa cabe distinguir un primer nivel dependiente de forma inmediata de la percepción sensorial, condicionado en consecuencia por la inmediación y, por tanto, ajeno al control en vía de recurso por un Tribunal Superior que no ha contemplado la práctica de la prueba, y un segundo nivel, necesario en ocasiones, en el que la opción por una u otra versión de los hechos no se fundamenta directamente en la percepción sensorial derivada de la inmediación sino en una elaboración racional y argumentativa posterior, que descarta o prima determinadas pruebas aplicando las reglas de la lógica, los principios de experiencia o los conocimientos científicos. Esta estructura racional del discurso valorativo sí puede ser revisada,

censurando aquellas fundamentaciones que resulten ilógicas, irracionales, absurdas o, en definitiva, arbitrarias ([art. 9.1 CE \(LA LEY 2500/1978\)](#)) o bien que sean contradictorias con los principios constitucionales». (SAP Córdoba 181/2005 de 12 de Abril (LA LEY 80347/2005)).

**CUARTO.-** Por ello, no puede este Tribunal realizar una valoración distinta a la que hizo el juzgado de lo penal pues ello supondría la vulneración de los principios de inmediación y contradicción, al pretenderse una revisión y corrección de la valoración de las pruebas personales practicadas ante quien desde su privilegiada posición las presencié, tan sólo debemos limitarnos a comprobar que los razonamientos del Juez a quo no son manifiestamente erróneos, ni ilógicos, ni arbitrarios, ni carentes de prueba. Pues bien, la sentencia de instancia explica de forma pormenorizada los razonamientos lógico-deductivos que le llevan a dictar la sentencia, sin que apreciemos error alguno en la valoración que del conjunto de la prueba practicada realizó el Magistrado de lo Penal.

En definitiva, por aplicación de la doctrina expuesta en fundamentos precedentes y dado que no apreciamos la existencia de error en la razonable y razonada valoración de la prueba que efectúa el Magistrado a quo sobre el conjunto de declaraciones personales que sólo el pudo presenciar, procede desestimar el recurso interpuesto y confirmar la sentencia de instancia.

Se declaran de oficio las costas de esta alzada a tenor del [artículo 123 del Código Penal \(LA LEY 3996/1995\)](#).

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

#### **IV. PARTE DISPOSITIVA**

**FALLAMOS:** Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación legal de Luis debemos confirmar y confirmamos la sentencia apelada, dictada en el Juicio por delito leve nº 738/16 por el Magistrado-Juez de lo penal nº 5 de Alcorcón, 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 \(LA LEY 1694/1985\)](#), 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. Certifico.