

# Documento TOL7.634.112

## Jurisprudencia

**Cabecera:** Delito de malos tratos en el ambito familiar. Delito de violencia de genero. Delito de homicidio y sus formas

Invoca la parte recurrente para combatir el auto que dispone la orden de proteccion a favor que a falta de practicar más diligencias, no existen indicios suficientes para justificar una medida tan gravosa como la acordada sin que existan elementos que permitan inferir la existencia de un riesgo para la denunciante, ni que respalden de manera fehaciente el testimonio de la victima, existiendo un objetivo espurio de resolver una cuestión mercantil entre las partes, interponiendo la denuncia en el momento en que concluyó que no podía obtener la suma que considera le adeuda el denunciado, el cual carece de antecedentes por **violencia de genero**.

PROCESAL: Medidas cautelares

**Jurisdicción:** Penal

**Ponente:** [Araceli Perdices López](#)

**Origen:** Audiencia Provincial de Madrid

**Fecha:** 23/10/2019

**Tipo resolución:** Auto

**Sección:** Vigésimosexta

**Número Sentencia:** 1592/2019

**Número Recurso:** 1745/2019

**Numroj:** AAP M 5664/2019

**Ecli:** ES:APM:2019:5664A

### ENCABEZAMIENTO:

Sección nº 26 de la Audiencia Provincial de Madrid

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

Teléfono: 914934479

Fax: 914934482

GRUPO TRABAJO DTS

37051030

N.I.G.: 28.079.00.1-2019/0059272

Apelación Autos Violencia sobre la Mujer 1745/2019

Origen: Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 10 de Madrid

Pz de orden de protección 353/2019-0001

Apelante: D./Dña. Epifanio

Procurador D./Dña. MARIA CLAUDIA MUNTEANU .

Letrado D./Dña. DAVID GALA ARIAS

Apelado: D./Dña. Emilia y D./Dña. MINISTERIO FISCAL

Procurador D./Dña. EVA MARIA ESCOLAR ESCOLAR

Letrado D./Dña. MARIA LUISA PEREZ PEREZ

**MAGISTRADOS**

Ilmos/as. Sres/as:

D<sup>a</sup> Lucia Torroja Ribera

D<sup>a</sup> Araceli Perdices López (ponente)

D. Eduardo Jiménez Clavería Iglesias

AUTO N° 1592/2019

En Madrid, a 23 de octubre de 2019

**ANTECEDENTES DE HECHO:**

PRIMERO.- Con fecha de 28 de mayo de 2019 el Juzgado de Violencia sobre ?la Mujer n° 10 de Madrid dictó auto en el juicio rápido n° 353/2018 desestimando el recurso de reforma interpuesto contra el auto de 17 de abril de 2019 por el que acordaba una orden de protección a favor de D<sup>a</sup> Emilia frente a D. Epifanio .

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación contra el mencionado auto por la representación procesal de D.

Epifanio y admitido a trámite, se dio traslado al resto de las partes, que lo impugnaron, tras lo que se elevó a esta Audiencia para resolver.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO:**

PRIMERO.- Invoca la parte recurrente para combatir el auto que dispone la orden de protección a favor de Emilia que a falta de practicar más diligencias, no existen indicios suficientes para justificar una medida tan gravosa como la acordada sin que existan elementos que permitan inferir la existencia de un riesgo para la denunciante, ni que respalden de manera fehaciente el testimonio de la víctima, existiendo un objetivo espurio de resolver una cuestión mercantil entre las partes, interponiendo la denuncia en el momento en que concluyó que no podía obtener la suma que considera le adeuda el denunciado, el cual carece de antecedentes por violencia de género. Subsidiariamente se solicita que se reduzca la distancia de la prohibición de aproximación a 200 metros, para que no le perjudique en su actividad económica al tener sus clientes sus negocios a menos de 300 metros del que va a abrir la víctima en próximas fechas.

SEGUNDO.- El Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011 (BOE 6 de junio de 2014), norma de derecho interno en nuestro país desde el 1 de agosto de 2014, dispone en su artículo 52, bajo el epígrafe de órdenes urgentes de prohibición, que: "Las partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que las autoridades competentes dispongan de la facultad de ordenar, en situaciones de peligro inmediato, que el autor del acto de violencia doméstica abandone la residencia de la víctima o de la persona en peligro por un periodo de tiempo suficiente y de prohibir que el autor entre en el domicilio de la víctima o de la persona en peligro o contacte con ella.

Las medidas adoptadas de conformidad con el presente artículo deberán dar prioridad a la seguridad de las víctimas o personas en peligro".

Por su parte en nuestra normativa interna la denominada orden de protección en el ámbito de la violencia doméstica se regula en el art. 544 ter. 1 de la LECrim, precepto conforme al cual: "El Juez de Instrucción dictará orden de protección para las víctimas de violencia doméstica en los casos en que, existiendo indicios fundados de comisión de un delito o falta contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad de alguna de las personas mencionadas en el art. 173.2 del Código Penal, resulte una situación objetiva de riesgo para la víctima que requiera la adopción de alguna de las medidas de protección reguladas en este artículo".

Para dar entrada a alguna o a varias de las medidas protectoras que contempla el artículo se precisa la concurrencia de varios presupuestos, como son: 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 la persona investigada sea alguna de las mencionadas en el art. 173.2 del CP, entre las que se incluye el cónyuge o persona que esté o haya estado ligada por análoga relación de afectividad.

3) Que se aprecie una situación objetiva de riesgo 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. Naturalmente esa situación objetiva de riesgo no puede fundarse en la mera manifestación subjetiva de temor de quién formule la denuncia, sino que debe analizarse la gravedad de los hechos imputados y la existencia de antecedentes por hechos parecidos que evidencien de forma objetiva, no la posibilidad sino la probabilidad de que se reproduzcan ataques a la persona cuya protección se pretende.

A la hora de realizar ese juicio de valor y consecuentemente de adoptar la resolución pertinente sobre la orden de protección, es especialmente relevante la privilegiada posición que tiene el juez de instancia por la intermediación de la que goza a la hora de obtener las primeras informaciones sobre los hechos por parte de las personas en ellos implicadas.

Y obvio resulta recordar que cuando no concurra alguno de los citados presupuestos, bien porque no exista constancia o indicios suficientes de la comisión de la conducta delictiva, bien porque no se den las circunstancias exigidas respecto de los sujetos pasivo y activo, bien porque no se detecte una verdadera situación de riesgo, no procederá la adopción de medida de protección alguna al amparo del citado artículo.

La denunciante relató que fue de noche al local del denunciado con el que había mantenido una relación de pareja, y que le debía 50.000 euros, para que le entregara en forma de pago una máquina de café, que se negó a ello y se inició una discusión, que la retuvo en contra de su voluntad durante una hora y media en el local, así como que la lanzó contra un sofá y le dio un golpe en el labio que no sabía con que, aunque no creía que fuera con el puño cerrado, y que pese a que le impidió realizar llamadas telefónicas, en un momento dado recuperó su teléfono móvil y llamo a una amiga contándole lo que pasaba, la cual le indica que llamara a la policía. Tras abandonar los dos el local después de que él se diera cuenta de la llamada que había hecho, ella se quedó en el sitio para contar a los policías lo ocurrido. Señaló igualmente que la acosaba y controlaba, llegando a hacerle hasta 71 llamadas el 17 de agosto de 2018.

En principio los partes médicos obrantes en la causa avalan con carácter periférico el relato de la denunciante, al objetivarse en el parte médico expedido el 16 de abril de 2019 un hematoma en región malar izquierda y ligero edema en labio superior, y en el informe expedido por el médico forense al día siguiente un hematoma en región malar izquierda, tres hematomas en arcada mandibular inferior izquierda, tres hematomas en tercio inferior de antebrazo derecho, un hematoma en región paralumbar y una placa eritematosa en pómulo derecho.

Igualmente lo avala el testimonio de Lucía que confirmó que la denunciante la llamó por teléfono sobre las 00:57 horas del 16 de abril de 2019 diciéndola que la tenía encerrada y que llamara a la policía para que mandarían una patrulla, añadiendo que le oía la voz quebrada y muy nerviosa.

En cuanto al acoso telefónico denunciado, ciertamente el tráfico de llamadas confirma que desde el teléfono que el investigado aportó en su declaración judicial al facilitado por la denunciante como propio se hicieron numerosas llamadas, pero este dato no se puede descontextualizar de que a la inversa también se produjo un abultado número de llamadas, como se depende del listado de llamadas obrantes a los folios 103 a 119 desde el teléfono de la denunciante al del recurrente, quien se acogió a su derecho a no declarar.

Se cuenta pues con indicios de un posible delito de maltrato del art. 153 del CP y en su caso de coacciones del art. 172.2 del CP, pero la existencia de indicios de la posible comisión de una infracción de las consignadas en el art. 544 ter de la LECrim por parte de quién es o ha sido la pareja sentimental no basta para el dictado de la orden de protección, como ya se acaba de apuntar, que requiere también el concurso del último de los presupuestos señalados.

Esta Sala ya ha indicado en anteriores resoluciones que de haber sido voluntad del Legislador que se decretase orden de protección en todo procedimiento iniciado por denuncia de uno de esos delitos, habría prescindido de la exigencia de situación objetiva de riesgo, que no significa otra cosa que constatación objetiva de posibilidad de advenimiento de una acción lesiva para la integridad física o psíquica de la víctima, la cual sin embargo no se concreta en el auto recurrido, extrayéndose sin más del hecho presuntamente delictivo, sin valorarse ni ponderarse a la hora de adoptar una medida restrictiva de derechos fundamentales como la acordada que la policía ha calificado el nivel de riesgo como bajo, que no hay denuncias previas entre las partes, que el denunciado carece de antecedentes policiales y penales, que no conviven juntos ni tienen hijos en común, que fue la denunciante la que se trasladó a su local, y que el tráfico de llamadas entre la pareja en la fechas previas fue bidireccional, de forma que todo indica que nos encontramos ante un hecho puntual, sin que desde el tiempo transcurrido se haya puesto de manifiesto ningún dato o circunstancia que permita apreciar a día de la fecha un riesgo de reiteración de hechos como los que han dado lugar a las presentes diligencias, por lo que procede dejar sin efecto las medidas cautelares adoptada en el auto recurrido, ello sin perjuicio de que en caso de aflorar elementos que aconsejen su adopción se puedan volver a reestablecer.

TERCERO.- Estimado el recurso las costas de esta instancia se declaran de oficio.

En atención a lo expuesto,

### **FALLO:**

La Sala acuerda: Estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Epifanio contra el auto dictado el 17 de abril de 2019 por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 10 de Madrid en las diligencias de juicio rápido nº 353/2019, dejando sin efecto las medidas cautelares en él acordadas.

Se declaran de oficio las costas de este recurso, si las hubiera.

Notifíquese la presente resolución las partes con indicación de que contra la misma no cabe recurso y póngase en conocimiento del Juzgado de origen, remitiendo certificación de esta resolución.

Lo acuerdan, mandan y firman los magistrados que figuran al margen.

El presente texto proviene del Centro de Documentación del Poder Judicial. Su contenido se corresponde íntegramente con el del CENDOJ.