

OFICINA COMUN DE TRAMITACION PENAL TRAMITAZIO PENALEKO BULEGO KOMUNA

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BIZKAIA. Sección 1ª
Calle BARROETA ALDAMAR 10,3ª Planta, BILBAO (BIZKAIA) Tfno.: 94-4016662

Rojo Abreviado nº 117/2013-1ª
Procedimiento nº 34/2013
Jdo. de lo Penal nº 2 (Bilbao)

SENTENCIA NUM. 90292/13

ILTRE. COLEGIO DE PROCURADORES
DE LOS TRIBUNALES DE VIZCAYA

14 NOV 2013

Ilmos. Sres.

PRESIDENTE DÑA. REYES GOENAGA OLAIZOLA
MAGISTRADO D. JUAN MANUEL IRURETAGOYENA
MAGISTRADO D. JESUS AGUSTÍN PUEYO RODERO

SANZ BIZKAIKO AUZITEGIETAKO
PROKURADOREEN ELKARGO OSPETSUA

En BILBAO (BIZKAIA), a nueve de octubre de dos mil trece.

VISTOS en segunda instancia, por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de BIZKAIA, los presentes autos de Procedimiento Abreviado, seguidos con el número 34/2013 ante el Jdo. de lo Penal nº 2 (Bilbao) por hechos constitutivos, aparentemente, de un delito de ATENTADO, contra [redacted], con N.I.E. [redacted], nacido en [redacted] representado por la Procuradora Dª. Saioa Pradas De Pablos y asistido por el Letrado D. Oscar Fernández Sola; siendo parte acusadora **EL MINISTERIO FISCAL**.

Expresa el parecer de la Sala, como Magistrado Ponente, el Ilmo. Sr. D. JESÚS AGUSTÍN PUEYO RODERO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de lo Penal nº 2 (Bilbao) de los de dicha clase, se dictó con fecha 9 de abril de 2013 sentencia, en la que se declaran probados los siguientes hechos:

"ÚNICO.- Son hechos probados y así se declara que hacia las 20:40 horas del día 28 de mayo de 2012, [redacted] mayor de edad, sin antecedentes penales, natural de Argelia, en situación irregular en España, quien también usa la filiación [redacted], caminaba a paso ligero por la calle [redacted] de Bilbao mirando hacia atrás cuando fué interrogado por el agente de la Policía Local de Bilbao nº 504 por lo que

sucedía, ya que parecía estar huyendo de alguien y sin previo aviso el acusado propinó al agente una bofetada en la cara y un empujón a la altura del pecho para, acto seguido, abandonar el lugar a la carrera. El acusado fué interceptado tras una breve persecución negándose en todo momento a facilitar datos de su identidad a pesar de ser requerido para ello en numerosas ocasiones.

El Agente 504 no sufrió lesiones por estos hechos."

El fallo de la indicada sentencia dice textualmente: "**PRIMERO.-** Condeno a **GHERBI MOHAMED BRAHIM**, como autor de un delito de resistencia activa menos grave, absolviéndole del delito de atentado por el que venía siendo acusado.

SEGUNDO.- Impongo al condenado la pena de **SEIS MESES DE PRISIÓN** e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

La pena de prisión, se sustituye por **EXPULSIÓN DEL TERRITORIO ESPAÑOL**, con prohibición de regresar durante **CINCO AÑOS**.

TERCERO: Impongo al condenado el pago de las costas."

SEGUNDO.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la representación de en base a los motivos que en el correspondiente escrito se indican y que serán objeto del fondo del recurso.

TERCERO.- Elevados los Autos a esta Audiencia, se dio traslado de los mismos al Magistrado/a Ponente a los efectos de acordar sobre celebración de vista y, en su caso, sobre admisión de la prueba propuesta.

HECHOS PROBADOS

Se aceptan y se dan por reproducidos los hechos declarados probados en la sentencia de instancia.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La parte recurrente se alza contra la sentencia dictada en la presente causa por dos motivos fundamentales: por una parte, alega que se ha producido un error en la apreciación de la prueba de la cual se deduce únicamente una desobediencia leve constitutiva de falta.

El Ministerio Fiscal se opone al recurso y solicita la confirmación de la resolución recurrida.

SEGUNDO.- Planteados así los términos del recurso debe recordarse que

han sido numerosos los pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre el concreto significado y alcance del derecho a la presunción de inocencia. Sin pretender alargarnos sólo citaremos la Sentencia 135/2003, de 30 de junio, que a su vez remite a otras como la STC 189/1998, en la que se indica que " el derecho a la presunción de inocencia se configura como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas. Por tanto, sólo cabrá constatar la vulneración del derecho a la presunción de inocencia cuando no haya pruebas de cargo válidas, es decir, cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carentes de garantías, o cuando no se motive el resultado de dicha valoración, o, finalmente, cuando por ilógico o insuficiente no sea razonable el iter discursivo que conduce de la prueba al hecho probado" En consecuencia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia debe desestimarse cuando se constate la existencia en el proceso de esa prueba de cargo, susceptible de proporcionar la base probatoria necesaria para un pronunciamiento de condena, es decir, cuando se da el presupuesto necesario para que el órgano de instancia pueda formar su convicción sobre lo acaecido".

Tal como recuerda el TS en su sentencia de 13 de abril de 2009, la posición de la Sala a la hora de fiscalizar la alegada vulneración del derecho a la presunción de inocencia (trasladable al papel del órgano de apelación), no permite desplazar la valoración que ha llevado a cabo el Tribunal de instancia por otra de carácter alternativo...sino que "se limita a constatar la existencia, la licitud y la suficiencia de la prueba de cargo invocada por los Jueces a cuya presencia se han desarrollado las pruebas...y verificar que el proceso intelectual que ha llevado a la afirmación de la autoría del recurrente no adolece de ninguna grieta estructural que convierta lo que debiera ser un discurso coherente, ajustado a las reglas de la lógica formal, en una decisión puramente intuitiva, ajena al canon de racionalidad que ha de presidir toda valoración de la actividad probatoria".

Sobre la cuestión relativa a los diversos grados de resistencia y acometimiento procede transcribir la STS 27 /2013, de 16/01/2013, que señala: "la *sentencia de esta Sala de 9 de octubre de 2007.*

En ella se explica que los elementos normativos a ponderar se refieren, por una parte a la actividad o pasividad de la conducta del sujeto activo, y por otra, a la mayor o menor gravedad de la oposición física del sujeto al mandato emanado de la autoridad y sus agentes en el ejercicio legítimo de sus funciones, debiendo subrayarse que hoy en día el bien jurídico protegido, más que el tradicional principio de autoridad, lo constituye la garantía del buen funcionamiento de los servicios y funciones públicas.

Por otro lado también se afirma que se ha producido una ampliación del tipo de la resistencia del *art. 556 C.P.*, que es compatible con actitudes activas del acusado; pero ello solo cuando éstas sean respuesta a un comportamiento del agente o funcionario, como por ejemplo cuando la policía trata de detener a un sujeto y éste

se opone dando manotazos y patadas contra aquél, pero no en los casos en que sin tal actividad previa del funcionario, es el particular el que toma la iniciativa agrediendo.

A la vista de la doctrina jurisprudencial oportunamente invocada resultaría que los tipos penales citados en una relación gradatoria de mayor a menor gravedad serían los siguientes:

- a) Art. 550: resistencia activa grave.
- b) art. 556: resistencia pasiva grave y resistencia activa no grave o simple.
- c) art. 634: resistencia pasiva leve. " (...)

..."Todavía quedaría en la duda la determinación de la línea divisoria entre el delito del art. 556 resistencia pasiva grave o activa simple de la resistencia y desobediencia leve. Sobre este particular una jurisprudencia tradicional de este Tribunal viene apuntando los siguientes criterios, que pretenden establecer tal línea divisoria, tenue y sutil, señalando como los que deben determinar la calificación del delito, entre otros:

- a) La reiterada y manifiesta oposición al cumplimiento de la orden legítima, emanada de la autoridad y los agentes.
- b) Grave actitud de rebeldía.
- c) Persistencia en la negativa, esto es, en el cumplimiento voluntario del mandato.
- d) La contumaz y recalcitrante negativa a cumplir con la orden."

A partir de lo expuesto la conducta que se tiene acreditada a partir de la valoración exacta, detallada, del conjunto de medios de prueba practicados por la magistrada de instancia, en particular las declaraciones desinteresadas, mantenidas y coincidentes de los agentes actuantes, que cuando el recurrente paso corriendo por delante de aquellos mirando hacia atrás y fue preguntado por uno de ellos que es lo que sucedía ,no solo no hizo caso al agente sino que además ,sin previo aviso ni razón alguna ,rozando el acometimiento propio del atentado,propino al agente una bofetada en la cara y un empujon a la altura del pecho , actuacion activa renuente a la actuacion policial y no leve ni pasiva (que no le causara lesion es una circunstancias irrelevante) lo cual como señala acertadamente la magistrada de instancia no cabe ser calificado de una mera falta del art. 634 CP.

En consecuencia el recurso debe ser desestimado.

TERCERO.- El recurso va a ser estimado en lo relativo a la sustitucion de

la pena de prisión por la de expulsión del territorio nacional, ya que la Sala no comparte los argumentos de la sentencia, para concluir que no hay arraigo familiar, ya que considera que el hecho de que tenga mujer, que tiene permiso de residencia y de trabajo, e hijos menores, con los que vive, y, que, en contra de lo declarado por el acusado y esposa, no se acredita que los mantenga, e, incluso se duda de que los cuide, sino que es mas bien lo contrario, y que la mera procreación no supone arraigo familiar; ya que se beneficie de su mujer o no, lo cierto es que tiene una familia en España, y de acordarse la expulsión quedarían afectados no sólo el derecho del recurrente, sino también el de sus hijos y esposa a estar y relacionarse con él, de modo, que salvo que se acreditara una total ausencia de relación con los miembros de su familia, consideramos que la expulsión no es procedente.

CUARTO.- De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 239 y siguientes de la L.E.Cr., no se aprecian razones de temeridad o mala fe que justifiquen la imposición las costas de esta instancia a la parte recurrente.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por la representante legal de D. [redacted] contra la sentencia dictada el día 9 de abril de 2013 por el Juzgado de lo Penal nº 2 de los de Bilbao en Causa 34/13, debemos confirmar dicha resolución, excepto en suprimir el pronunciamiento relativo a la sustitución de la pena de prisión por la de expulsión del territorio nacional, con declaración de oficio de las costas causadas en esta alzada.

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y a las demás partes procesales.

Contra esta sentencia no cabe ulterior recurso.

Devuélvanse los autos al Juzgado del que proceden, con testimonio de esta sentencia para su cumplimiento.

Así por ésta nuestra sentencia, cuya certificación se unirá al rollo, definitivamente juzgado, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.