

# EDJ 2012/44263

AP Madrid, sec. 29ª, S 23-2-2012, nº 81/2012, rec. 240/2011  
Pte: Rasillo López, María del Pilar

## Resumen

La AP estima parcialmente los recursos formulados por el acusado y la acusación particular y estima el interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia que le condenó como autor responsable de un delito de maltrato familiar; revocándola en el particular de las penas impuestas, que se deja sin efecto. El Tribunal considera más adecuada la pena de prisión solicitada por la acusación particular por cuanto que los hechos no solo son perpetrados ante las menores, sino que las mismas son asimismo víctimas del delito.

### NORMATIVA ESTUDIADA

LO 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal  
art.40.3 , art.48 , art.57 , art.117.3 , art.153.2 , art.153.3 , art.456.1  
CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española  
art.24

### ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO .....	2
FUNDAMENTOS DE DERECHO .....	3
FALLO .....	6

### CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

#### LESIONES

##### MALOS TRATOS

Relación de parentesco o afectividad  
Delito  
Penalidad; protección a las víctimas

#### PROCESO PENAL

##### SUMARIO

Medidas cautelares  
Prohibición de acercamiento

### FICHA TÉCNICA

Favorable a: Acusación particular, Acusado, Administración de Justicia, Ministerio Fiscal; Desfavorable a: Acusación particular, Acusado, Administración de Justicia

Procedimiento: Apelación, Procedimiento abreviado

#### Legislación

Aplica art.40.3, art.48, art.57, art.117.3, art.153.2, art.153.3, art.456.1 de LO 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal  
Aplica art.24 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española  
Cita LO 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal  
Cita art.15, art.25.2, art.117.3 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española  
Cita RDLeg. de 14 septiembre 1882. Año 1882. Ley de Enjuiciamiento Criminal

#### Jurisprudencia

Cita en el mismo sentido SAP Madrid de 13 mayo 2010 (J2010/129947)  
Cita en el mismo sentido SAP Madrid de 26 noviembre 2009 (J2009/335984)  
Cita en el mismo sentido SAP Madrid de 30 abril 2009 (J2009/107435)  
Cita en el mismo sentido SAP Madrid de 15 enero 2007 (J2007/87928)  
Cita en el mismo sentido SAP Barcelona de 13 febrero 2007 (J2007/71530)  
Cita en el mismo sentido SAP Madrid de 5 marzo 2007 (J2007/53376)  
Cita en el mismo sentido SAP Soria de 22 enero 2007 (J2007/31053)  
Cita en el mismo sentido SAP Madrid de 29 junio 2006 (J2006/342794)  
Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 29 octubre 2003 (J2003/127633)  
Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 10 febrero 1999 (J1999/867)



prohibición de aproximarse a menos de 500 metros de Coro, en cualquier lugar donde se encuentre, así como acercarse a su domicilio, a su colegio y a cualquier otro que sea frecuentado por ella y, de comunicarse con la misma a través de cualquier medio por tiempo de seismeses, y esto en virtud de los arts. 40.3, 48 y 57 del Código Penal EDL 1995/16398, quedando en suspenso, respecto de las hijas, el régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, se hubiere reconocido en sentencia civil hasta el total cumplimiento de esta pena".

SEGUNDO.-.- Contra dicha sentencia, se interpuso, en tiempo y forma, recurso de apelación por el Procurador D. José Andrés Cayuela Castillejo, en nombre y representación del acusado D. Gabino, exponiendo como motivo indebida aplicación de los arts. 5 y 456.1.2º C.P. EDL 1995/16398 en relación con el error en la valoración de la prueba con vulneración del principio de presunción de inocencia; quebrantamiento de normas y garantías procesales y falta de motivación de la pena de alejamiento y suspensión del régimen de visitas respecto de las menores.

Asimismo se presentó recurso de apelación por el MINISTERIO FISCAL por infracción de los arts. 49 y 153.2 y 3 C.P. EDL 1995/16398 e infracción de los arts. 13.2, 33.3 g) y 57 CP. EDL 1995/16398 Y por la Procuradora Dª Ana Nieto Altuzarra, en nombre y representación de la acusación particular Dª Sacramento, por infracción del art. 153 C.P. EDL 1995/16398 , adhiriéndose al primer motivo del recurso del MINISTERIO FISCAL.

TERCERO.-.- Admitidos a trámite se dio traslado de los escritos de formalización del recurso a las demás partes. El Ministerio Fiscal y la acusación particular impugnaron el formulado por la defensa.

CUARTO.-.- Remitidas las actuaciones a este Tribunal se turnaron a la Sección 29ª y se registraron al número de orden 240/11 RP y no estimando necesario la celebración de vista, se señaló para deliberación, votación y fallo, quedando los mismos pendientes de sentencia.

Se aceptan los hechos probados de la sentencia que se dan aquí por reproducidos.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-. - La sentencia de 6 de mayo de 2011 del Juzgado de lo Penal 11 de Madrid condena al acusado D. Gabino por un delito de maltrato familiar del artículo 153.2 y 3 del Código Penal EDL 1995/16398 a la pena de 56 días de trabajo en beneficio de la comunidad y para el supuesto de que el acusado no preste su conformidad para la realización de los mismos, se le condena a la pena de 8 meses de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y en todo caso la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo de dos años y un día y asimismo la prohibición de aproximarse a menos de 500 metros de Coro, en cualquier lugar donde se encuentre, así como de acercarse a su domicilio, a su colegio y a cualquier otro que sea frecuentado por ella y de comunicarse con la misma a través de cualquier medio por tiempo de seis meses, quedando en suspenso respecto de las hijas el régimen de visitas, comunicación y estancias que se hubiera reconocido en la sentencia civil hasta el total cumplimiento de esta pena.

Contra esta sentencia se interpone recurso de apelación por todas las partes. La defensa del acusado por error en la valoración de la prueba y vulneración del derecho a la presunción de inocencia; quebrantamiento de garantías y normas procesales al no haberse suspendido el juicio para practicar nueva prueba pericial propuesta en ese acto por la defensa tras la práctica de la pericial propuesta y admitida, y falta de motivación de la prohibición de comunicación y suspensión del régimen de visitas.

El Ministerio Fiscal impugna la sentencia en el particular del establecimiento de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad al no haber mediado consentimiento que ha de ser previo: en infracción de los art art. 13.2, 33.3 g) y 57 C.P. EDL 1995/16398 al imponerse la pena de alejamiento solo durante tres meses. Tiempo que ha sido corregido en Auto de aclaración, elevándolo a seis meses.

La acusación particular denuncia la infracción del artículo 153.2 y 3 C.P. EDL 1995/16398 solicitando la imposición de la pena de prisión de 9 meses y 1 día, adhiriéndose al recurso del Ministerio Fiscal en cuanto a la duración de la pena de alejamiento.

SEGUNDO.-.- RECURSO DEL ACUSADO D. Gabino.

Entiende este recurrente que la sentencia apelada incurre en un error en la valoración de la prueba y una vulneración del principio de presunción de inocencia, pues de la practicada en el acto del juicio oral y en las actuaciones no resulta debidamente acreditado que los hechos sean constitutivos de un delito de maltrato familiar.

El derecho a la presunción de inocencia se asienta sobre dos ideas esenciales: de un lado, el principio de libre valoración de la prueba en el proceso penal, que corresponde efectuar a los Jueces y Tribunales por imperativo del artículo 117.3 CE EDL 1978/3879 , y, de otro lado que la sentencia condenatoria se funde en auténticos actos de prueba, con una actividad probatoria que sea suficiente para desvirtuarla, para lo cual es necesario que la evidencia que origine su resultado lo sea tanto con respecto a la existencia del hecho punible, como en lo atinente a la participación en él del acusado ( STS de 10 de febrero de 1999 EDJ 1999/867 ).

Cuando se invoca la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, es necesario comprobar si hay prueba con un contenido de cargo (prueba existente); si esa prueba de cargo haya sido obtenida y aportada al proceso con observancia de las normas de la Constitución y de la Ley procesal (prueba lícita); y si tal prueba de cargo existente y lícita sea razonable y razonadamente considerada como suficiente para justificar la condena penal (prueba suficiente) (por todas, STS 1415/ 2003, de 29 de octubre EDJ 2003/127633 ).

La Juez sentenciadora llega a una conclusión condenatoria por las declaraciones de las menores perjudicadas Coro y Eufrasia y por la declaración de la testigo presencial D<sup>a</sup> Araceli, sin relación con las partes, empleada de la cafetería de donde salían el acusado y sus hijas cuando se produjo el incidente enjuiciado. Testimonios que encuentra corroborados, en cuanto a la realidad de las lesiones con las que resultó Coro con la declaración de la madre y de la cuidadora de las menores.

La defensa considera errónea la valoración de la prueba realizada por la Juzgadora, al cuestionar todas las pruebas, denunciando contradicciones e intereses en los testigos.

Tras la reproducción de la grabación del juicio oral, comprobamos que estas alegaciones son infundadas, no apreciándose ningún error valorativo en la sentencia apelada, cuyas conclusiones fácticas son lógicas y adecuadas a la prueba practicada, razonables y razonadas, no existiendo ningún motivo para modificar tal valoración y muchos menos para sustituirla por la valoración interesada que patrocina la parte acusada.

Como indica la Juez a quo, los testimonios de las menores resultan contundentes. Coro cuenta cómo el día 29 de noviembre de 2009, al salir de la cafetería donde estaban haciendo tiempo hasta la hora de regresar con su madre, su padre se enfadó, la agarró y la zarandéó diciéndole que "llorara" y la empujó contra un coche, llamándole la atención un señor que pasaba por la calle. El mismo relato de la agresión hace la hija más pequeña, Eufrasia, quien añade que ante esto le dijo a su padre que dejara a su hermana, agarrándole por el brazo, empujándole el padre a ella. Y resulta esclarecedor de la situación, el testimonio de esta pequeña, con seis años de edad en el momento de los hechos, cuando dice que no ahora no quiere estar con su padre porque le hace daño, que antes las pegaba menos pero ahora más.

No se ha realizado una pericial de credibilidad de las menores, más su testimonio resulta de todo punto creíble no solo por su persistencia, sino fundamentalmente al venir corroborado por la declaración de la testigo presencial D<sup>a</sup> Araceli, empleada de la cafetería, quien declara que había salido fuera a fumar un cigarro y cuando se disponía a entrar vio salir a dos niñas que reían y jugaban entre ellas y que el padre cogió a la mayor, la alzó cogiéndola del abrigo y la zarandéó y la pegó, mientras que la niña menor le decía "para, para", que la mayor no decía nada ni insultaba al padre; que en ese momento apareció un chico que dijo al padre que "se le iba a caer el pelo", "te he cogido la matrícula". La defensa denuncia el interés de esta testigo, que ha ido a declarar también sobre estos hechos en el procedimiento civil, sin embargo no apreciamos interés alguno, explicando la testigo que no conoce a la familia pero que los hechos por ella presenciados fueron tan violentos que considera que su deber es contarlos.

El propio acusado reconoció en el plenario que había estado en la cafetería y que se había enfadado con sus hijas, so pretexto de que ellas le estaban burlando y que perdió los nervios, pero niega que pegara a las menores, no obstante lo cual reconoce que un señor le llamó la atención, que incluso él pidió perdón al joven que recriminó. Sin embargo, la declaración de la antes citada testigo presencial pone de manifiesto que no se trató de unos simples gritos, sino que el acusado agredió a su hija mayor, apartando violentamente a la menor cuando intentaba que su padre cesara de pegar a su hermana.

Por otra parte y aun cuando Coro no fue llevada por su madre al médico para que le vieran las lesiones que presentaba, lo que explica ésta que se debió a que fueron a denunciar y cuando llegaron a casa eran más de las 11 de la noche, las niñas estaban cansadas y ella no lo consideró necesario pues es médico y las lesiones no revestían gravedad, aplicándole una pomada antiinflamatoria (Thiomucasen), la realidad de las lesiones ha quedado probada por la declaración de la madre, de la cuidadora de las menores que vio los hematomas y por la de la hermana menor que manifiesta que Coro tuvo unos moretones.

Insiste la defensa que las peritos que comparecieron en juicio han concluido con la inexistencia del maltrato. Frente a ello debemos precisar que el informe relazado por la psicóloga D<sup>a</sup> Mariana y la trabajadora social D<sup>a</sup> Rosalia lo fue para unas diligencias penales distintas, no viendo a las menores en esta ocasión ni pudiendo extrapolar en los resultados del informe para el supuesto aquí enjuiciado. Y en cuanto al informe del equipo psicosocial del Juzgado 29 de familia, de su declaración en el plenario resulta que a lo que se refiere cuando concluye que no existe una situación de maltrato familiar es que no hay un maltrato habitual, lo que concluimos nosotros, no excluye la posibilidad del maltrato puntual como es el que tuvo lugar en este caso, siendo algo más que una simple pérdida del control por el padre.

Procede la desestimación del motivo.

TERCERO.- El siguiente motivo denuncia la infracción de las normas y garantías procesales al no accederse a la suspensión del juicio para la práctica de una nueva prueba pericial psicológica de las menores, solicitada por esa parte tras la práctica de la prueba pericial por ella propuesta.

La denegación injustificada de pruebas pertinentes y útiles propuestas por los litigantes integra, además de quebrantamiento de forma, vulneración de derechos fundamentales de carácter procesal, reconocidos en el art. 24 C.E. EDL 1978/3879 , como son el derecho a un proceso con todas las garantías, el derecho a la tutela judicial efectiva, y el de utilizar los medios de prueba pertinentes, pero ello no obliga a admitir toda diligencia de prueba propuesta, en tiempo y forma, o, en su caso, a suspender todo enjuiciamiento por imposibilidad de practicar una prueba anteriormente admitida.

Constante jurisprudencia del Tribunal Supremo, por todas, sentencia de 9 de junio de 2001, ha señalado una serie de requisitos para la viabilidad del motivo que en la denegación de prueba se funde:

1º) Que la prueba haya sido pedida en tiempo y forma en el escrito de conclusiones provisionales de quien la solicitó.

2º) Que esté relacionada con el objeto del proceso y sea útil, es decir, con virtualidad probatoria relevante respecto a extremos fácticos objeto del mismo.

3º) Que la prueba propuesta sea denegada.

4º) Que sea posible su realización por no haber perdido aún capacidad probatoria y

5º) Que ante la denegación de su práctica se formule protesta por su proponente.

Ha de tenerse en cuenta, además, que aunque sea pertinente la prueba, su rechazo sólo será improcedente, cuando sea además necesaria es decir, con capacidad para haber alterado el sentido de la resolución luego recaída, y para valorar el efecto de la denegación, habrá de tenerse en cuenta la motivación ofrecida por el Tribunal al denegarla.

En el presente caso la defensa tras practicar la prueba pericial propuesta por ella y a la vista del resultado no satisfactorio a sus intereses, propone una prueba pericial para que, con suspensión del juicio, se realice un nuevo informe pericial de las menores. Y para justificar su extemporánea pretensión dice que al practicar la prueba pericial por esa parte propuesta se ha conocido que los peritos no ha valorado los hechos objeto de este juicio, considerando esencial la pericial dada la falta de credibilidad de las menores. Frente a esto, advertimos que la trabajadora social y la psicóloga del Juzgado de familia sí valoran los hechos hoy enjuiciados, recogiendo en su informe la versión dada por D. Gabino, y llegan a la conclusión de que no existe una situación de maltrato -expresión que se aclara en el plenario se refiere al maltrato habitual-, y en cuanto a los hechos que nos ocupan advierten que ellas no han hecho una valoración de credibilidad de las menores y que las relaciones paterno filiales se han producido dificultades que han desembocado en acontecimientos no controlados y que el padre ha perdido el control.

Y en cuanto a las otras dos peritos judiciales, la defensa en su día interesó su citación con relación al informe elaborado en otro procedimiento penal seguido por otros hechos, y que la propia parte presentó. De manera que sabía que las peritos no habían valorado la agresión aquí enjuiciada, ni la credibilidad de las menores, pues ni uno ni otra fue objeto de su pericia en ese otro procedimiento.

A la vista de esto, alegar ahora que a raíz de la declaración de las pericias se ha tenido conocimiento de que las peritos no han valorado los hechos aquí enjuiciado no resulta admisible, no estándose ante unas revelaciones inesperadas y nuevas que justifiquen la nueva prueba que la parte propuso extemporáneamente, siendo adecuada, en consecuencia, su inadmisión.

CUARTO.- El último motivo del recurso del acusado es la falta de motivación de la prohibición de comunicación y suspensión del régimen de visitas del acusado con las hijas menores.

Tiene razón el recurrente al decir que la prohibición de comunicación y la suspensión del régimen de visitas no son penas accesorias de obligada imposición, frente a la prohibición de acercamiento que si es de imperativa imposición conforme al art. 57 C.P. EDL 1995/16398 Por ello caso de ser impuesta esas penas de prohibición de comunicación o la accesoria de suspensión del régimen de visitas, como ocurre en este caso, debió razonarse su necesidad, así como su grado y extensión concreta, por imperativo del artículo 72 del Código Penal EDL 1995/16398 . Sin embargo, estas penas no van acompañadas de adecuada motivación respecto a la necesidad de ser impuesta, grado y extensión debiendo por ello estimarse parcialmente el recurso del acusado, y, en consecuencia, eliminarse estas penas, sin que este Tribunal de apelación pueda subsanar tal defecto de motivación, puesto que la subsanación de las deficiencias en segunda instancia supone, tal y como manifiesta el Tribunal Supremo en sentencias de 12 de noviembre de 1991 y de 29 de septiembre de 1992, "suplicar la función jurisdiccional de distinto Tribunal, de un lado, y perjudicar a la propia parte en su derecho a combatir las resoluciones judiciales ante jueces de orden superior, de otro".

#### QUINTO.- RECURSO DEL MINISTERIO FISCAL.

Este recurso se articula en una infracción de los arts. 49 y 153.2 y 3 C.P. EDL 1995/16398 al imponerse al acusado la pena de trabajos en beneficio de la comunidad y para el caso de que el acusado no prestase su conformidad, la pena de 8 meses de prisión, al no existir un consentimiento previo y expreso del penado como exige el art. 49 C.P. EDL 1995/16398 , por lo que resulta preceptiva la imposición de la pena de prisión, que es la pedida por las acusaciones.

El motivo va a ser estimado. Como ya se ha pronunciado este Tribunal por ejemplo en Sentencia núm. 91/09, de 14 de mayo, no es posible un fallo penal en el que se establezcan penas alternativas, como lo es el de la sentencia impugnada, al ser función esencial del Juez sentenciador la determinación de la pena, que ha de ser concreta, en atención a las circunstancias personales del acusado y de los hechos, y posible en el sentido de que ha de tratarse de pena legalmente prevista y que han de concurrir las condiciones exigidas en la Ley para su imposición, no pudiendo dejarse a la elección del penado la determinación de la pena.

La formulación de unas penas alternativas, como la que se hace en la sentencia apelada, no resulta posible al contraviniendo el principio de legalidad, pues cuando el legislador establece en determinados tipos penales dos consecuencias punitivas alternativas posibilita que opción motivada del Juzgador por una de ellas, siendo la sentencia el momento de individualización de la pena, eligiendo una de las posibles previstas en el tipo; sin que ninguno de los tipos penales que contemplan dos penas alternativas (y en particular el del art. 153 Código Penal EDL 1995/16398 que nos ocupa), en su actual redacción, prevean que ambas penas puedan operar como condicionales o sustitutivas.

Pero además, en este caso, la pena de trabajos en beneficio de la comunidad no podía ser impuesta, al faltar el requisito del consentimiento del penado, que el artículo 49 C.P. EDL 1995/16398 exige como previo a la imposición de la pena.

La pena de trabajos en beneficio de la comunidad se caracteriza en todo caso por requerir una actividad del reo para su efectivo cumplimiento. Esto es, que el condenado, asumiendo la consecuencia de la infracción penal por él cometida, realice una prestación concreta de utilidad pública. A diferencia de las restantes penas cuya ejecución implica que el condenado reciba la respuesta punitiva

de forma no sólo pasiva sino incluso venciendo su oposición, lo novedoso y singular de los trabajos en beneficio de la comunidad es que requieren para su ejecución la actuación positiva del condenado por cuanto la condena se concreta en una obligación de hacer.

Esta naturaleza singular está en estrecha relación con el requisito del consentimiento, que el artículo 49 del Código Penal EDL 1995/16398 exige como condición sine qua non para la individualización de la pena, su imposición y ejecución. La exigencia del consentimiento del penado es una garantía para evitar la vulneración del mandato del artículo 25.2 de la Constitución EDL 1978/3879 que prohíbe las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad que consistan en trabajos forzados. Y por otro lado, al no estar configurada la pena de trabajos en beneficio de la comunidad como privativa de libertad sino privativa de derechos, como ya se ha indicado, la exigencia del consentimiento está en consonancia con el artículo 15 de la Constitución EDL 1978/3879 que prohíbe las penas y tratos inhumanos y degradantes.

En coherencia con ello, el consentimiento ha de ser previo a la imposición de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad. En este sentido se acordó por los Magistrados de las Secciones Penales de la Audiencia Provincial de Madrid en Reunión celebrada el día 18 de junio de 2009; constituyendo criterio de este Tribunal (S 76/09, de 30 de abril de 2009 EDJ 2009/107435 , o 26/11/2009 Rº 403/09 EDJ 2009/335984 , o 13/05/10 Rº 63/10 EDJ 2010/129947 ), y de la AP Madrid Sección 27 de la Audiencia Provincial de Madrid, en sentencias de fechas 29 junio 2006 EDJ 2006/342794 , 15 de enero de 2007 EDJ 2007/87928 , 28 de febrero de 2007 y 5 de marzo de 2007 EDJ 2007/53376 ; SAP Soria 22 de enero de 2007 EDJ 2007/31053 y la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 20, en sentencia de fecha 13 de febrero de 2007 EDJ 2007/71530 .

En este caso, no se preguntó al acusado sobre su consentimiento a los trabajos, por lo que la pena de trabajos en beneficio de la comunidad no podía ser legalmente impuesta.

Ante esta situación, solo era posible la imposición de la pena de prisión, que era la solicitada por las acusaciones.

SEXTO.- El segundo motivo del recurso de apelación del Ministerio Fiscal ha perdido en parte su vigencia con el Auto de aclaración de la sentencia. En efecto, en ésta se impuso las penas de alejamiento y prohibición de comunicación por un periodo de tres meses. Al tratarse de delito la duración de las penas accesorias de alejamiento y no comunicación no puede ser nunca inferior a seis meses, conforme a los arts. 33 y 57 Código Penal EDL 1995/16398. En el Auto de aclaración, la Juez aclara la sentencia en el sentido de establecer para estas penas accesorias la pena mínima de seis meses. Y si ellos era correcto para el caso de la pena en trabajos en beneficio de la comunidad, resulta inadecuado para la pena de prisión, por cuanto que de conforme al art. 57.2 del Código Penal EDL 1995/16398 , en este caso las penas accesorias de alejamiento y prohibición de comunicación lo serán por un tiempo superior entre uno y cinco años si el delito es menos grave, como es el que nos ocupa.

Por ello, siendo la pena a imponer la de prisión según hemos indicado en el anterior fundamento, la pena de alejamiento tendrá una duración de un año más a la pena de prisión, al no considerarse adecuada una duración mayor dada la edad de las menores y la conveniencia de que sigan teniendo contacto con su padre según informe por el equipo psicossocial del Juzgado de familia en informe ratificado en el juicio oral, sin perjuicio de la necesaria modulación del régimen de visitas en atención a la pena de alejamiento, lo que deberá abordarse por el Juzgado Civil de Familia.

#### SÉPTIMO.- RECURSO DE LA ACUSACIÓN PARTICULAR.

Discrepa esta parte de la pena impuesta en la sentencia, adhiriéndose al recurso del Ministerio Fiscal en cuanto a la indebida imposición de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, por falta de consentimiento previo, interesando se imponga la pena de nueve meses y un día de prisión, así como la inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante la condena, 3 años de privación del derecho a la tenencia y porte de armas y 3 años de prohibición de acercarse a las menores y comunicar con ellas, con suspensión del régimen de visitas, comunicación y estancias fijado en la sentencia civil hasta el cumplimiento de estas penas.

La Juez establece -si bien indebidamente con carácter subsidiario- la pena de ocho meses de prisión al haber sido perpetrado los hechos en presencia de dos menores. Sin embargo, consideramos más adecuada la pena de prisión solicitada por la acusación particular de nueve meses y un día, por cuanto que los hechos no solo son perpetrados ante las menores, sino que las mismas son asimismo víctimas del delito, agrediendo el acusado a la hija mayor en primer lugar, con tal agresividad que provoca la intervención de los transeúntes, mientras que la hija menor, al presenciar la agresión de su hermana, se acerca al padre pidiéndole que cese en la agresión, siendo violentamente empujada por el padre, que sigue zarandeando a la hija mayor. Teniendo las niñas en el momento de los hechos 6 y 8 años; no mediando provocación previa por parte de ellas, pues aunque el padre dice que le estaban burlando, la testigo presencial Dª Araceli dice que las niñas salían de la cafetería riendo y jugando entre ellas, sin oír ningún insulto ni burla hacia el padre.

Aplicando la mismas razones, las pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas se fija en dos años y siete meses.

Consecuentemente, la pena accesoria de alejamiento tendrá una duración de un año, nueve mese y un día; sin que como hemos dicho en el fundamento jurídico cuarto pueda ser impuesta la pena accesoria de prohibición de alejamiento y la suspensión del régimen de visitas por las razones expuestas en ese fundamento.

OCTAVO.- No apreciándose temeridad ni mala fe, las costas de este recurso se declaran de oficio de conformidad con el art. 240 LECrim. EDL 1882/1

Vistos, además de los citados, los preceptos legales pertinentes del Código Penal EDL 1995/16398 y Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 .

# FALLO

QUE ESTIMANDO parcialmente el recurso formulado por la representación procesal del acusado D. Gabino, ESTIMANDO el recurso del MINISTERIO FISCAL y ESTIMADO en parte el recurso de apelación de la acusación particular de D<sup>a</sup> Sacramento, contra la sentencia de 6 de mayo de 2011 del Juzgado de lo Penal 11 de Madrid, en los autos a que el presente Rollo se contrae, debemos REVOCAR Y REVOCAMOS dicha sentencia en el particular de las penas impuestas en esa resolución, que se deja sin efecto, condenando al acusado a las penas de NUEVE MESES Y UN DÍA DE PRISIÓN CON INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA EL DERECHO DE SUFRAGIO PASIVO, PRIVACIÓN DEL DERECHO A LA TENENCIA Y PORTE DE ARMAS POR TIEMPO DE DOS AÑOS Y SIETE MESES Y PROHIBICIÓN DE APROXIMARSE A UNA DISTANCIA INFERIOR A 500 METROS A LAS MENORES Coro Y Eufrasia, A SU DOMICILIO, COLEGIO Y LUGARES POR ELLAS FRECUENTADOS POR TIEMPO DE UN AÑO, NUEVE MESES Y UN DÍA; Se declaran de oficio las costas de esta alzada.

Notifíquese a las partes y a la perjudicada sea o no parte en la causa, con advertencia de que contra la presente resolución no cabe recurso ordinario alguno.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, con testimonio de esta sentencia, para su conocimiento y cumplimiento.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará certificación al Rollo de Sala y se anotará en los Registros correspondientes lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Publicación. En Madrid, a 24 de febrero de 2012. Leída y publicada fue la anterior Sentencia por la Magistrada Ilma. Sra. D<sup>a</sup> PILAR RASILLO LÓPEZ, estando celebrando audiencia pública. Doy fe.

**Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 28079370292012100140**