



Roj: SAP SS 270/2016 - ECLI:ES:APSS:2016:270  
Id Cendoj: 20069370012016100076  
Órgano: Audiencia Provincial  
Sede: Donostia-San Sebastián  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 1052/2016  
Nº de Resolución: 75/2016  
Procedimiento: Rollo apelación abreviado  
Ponente: MARIA JOSEFA BARBARIN URQUIAGA  
Tipo de Resolución: Sentencia

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE GIPUZKOA - SECCIÓN PRIMERA**

**GIPUZKOAKO PROBINTZIA AUZITEGIA - LEHEN SEKZIOA**

SAN MARTIN 41 1ªPLANTA - C.P./PK: 20007

Tel.: 943-000711 Faxes: 943-000701

**NIG PV / IZO EAE: 20.06.1-15/005023**

**NIG CGPJ / IZO BJKN :20045.43.2-2015/0005023**

**RECURSO / ERREKURTSOA: Rollo apelación abreviado / Prozedura laburtuko apelazioko erroilua 1052/2016-**

Proc. Origen / Jatorriko prozedura: Procedimiento abreviado juicio rápido / Prozedura laburtua; juicio azkarra 338/2015

Juzgado de lo Penal nº 2 de Donostia / Donostiako Zigor-arloko 2 zk.ko Epaitegia

**SENTENCIA Nº 75/2016**

**ILMOS/AS. SRES/AS.:**

**D. IGNACIO JOSE SUBIJANA ZUNZUNEGUI**

**D. AUGUSTO MAESO VENTUREIRA**

**Dª MARIA JOSE BARBARIN URQUIAGA**

En DONOSTIA - SAN SEBASTIAN, a ocho de abril de dos mil dieciseis.

La Ilma. Audiencia Provincial de Gipuzcoa, constituida por los Magistrados que arriba se expresan, ha visto en trámite de apelación el Juicio Rápido nº 338/15 del Juzgado de lo Penal nº 2 de esta Capital, seguido por un delito de maltrato no habitual, en el que figura como apelante **Elisenda**, representada por la Procuradora Sra. Elena Martín y defendida por la letrada Sra. Nekane Caballero, habiendo sido parte apelada **Carlos Jesús**, representado por la Procuradora Sra. Vertiz Mallotti y defendido por la letrada Sra. Mª Luisa Alza.

Todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de fecha 30 de diciembre de 2015, dictada por el Juzgado de lo Penal antes mencionado.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** .- Por el Juzgado de lo Penal nº 2 de los de esta Capital, se dictó sentencia con fecha 30 de diciembre de 2015, que contiene el siguiente FALLO:

" *Que debo absolver y absuelvo a Carlos Jesús del delito de maltrato no habitual, del delito leve de amenazas y del delito de lesiones, por los que venía siendo acusada en la presente causa.*

*Todo ello, con declaración de oficio de las costas procesales."*

**SEGUNDO** .- Notificada dicha resolución a las partes, por la representación de Elisenda se interpuso recurso de apelación, que fue admitido e impugnado por Carlos Jesús . Las actuaciones tuvieron entrada en la Oficina de Registro y Reparto el día 9 de marzo de 2016, siendo turnadas a la Sección 1ª y quedando registradas con el número de Rollo 1052/16, señalándose para la Votación, Deliberación y Fallo el día 7 de abril de 2016 a las 10 horas de su mañana, fecha en la que se llevó a cabo el referido trámite.

**TERCERO** .- En la tramitación del presente recurso se han observado los trámites y formalidades legales.

**CUARTO** .- Ha sido Ponente en esta instancia la Ilma. Sra. Magistrada Dª MARIA JOSE BARBARIN URQUIAGA.

## HECHOS PROBADOS

Se aceptan los hechos probados de la resolución de instancia, que literalmente establecen:

*" En fecha 5 de noviembre de 2015, Elisenda interpuso denuncia frente a quien había sido su pareja sentimental, Carlos Jesús , mayor de edad y sin antecedentes penales.*

*No ha quedado acreditado que el día 5 de noviembre de 2015, en el interior del domicilio del acusado sito en la calle Fuenterrabia nº 31 2ºD de la localidad de Irún, en el transcurso de una discusión con Doña. Elisenda la agarrara por el cuello, la zarandeara y empujara, sin que se objetivara lesión alguna.*

*Tampoco ha quedado acreditado que el acusado Carlos Jesús , en el dicha discusión azuzará a su **perro** para que atacara y mordiera a Elisenda , sufriendo ésta una mordedura en el muslo derecho que le produjo eritema y hematoma de 4x6 cm, precisando desinfección y tratamiento farmacológico, antitetánica y antibiótica, siendo 8 días no impeditivos quedándole una pequeña cicatriz.*

*Tampoco ha quedado acreditado que en diversas ocasiones el acusado a través de wasap y por teléfono amenazara a Elisenda y le dijera, que no vuelva por allí y que como no vuelva con él, aquí no va a estar bien porque conoce a gente que le puede hacer mal. "*

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.- Debate jurídico.-**

**1.** - Con fecha 30 de Diciembre del 2015, la Ilma Magistrada- Juez que sirve el Juzgado de lo Penal nº2 de Donostia- San Sebastián dictó sentencia absolviendo al acusado Carlos Jesús del delito de maltrato no habitual del que venía acusado.

**2.-** Contra el referido pronunciamiento ha recurrido en apelación la acusación particular, interesando la revocación de la sentencia absolutoria dictada en la instancia, y el dictado de otra resolución por la cual se le condene al acusado en los términos en que inicialmente se formulaba acusación.

Como concretos motivos de apelación se invocaba la errónea valoración de la prueba practicada en la instancia, dado que la misma rectamente valorada, habría sido suficiente para proceder a la condena del acusado. En concreto, se considera que los dos agentes de la Ertzaina con número profesional NUM000 y NUM001 , que depusieron en las actuaciones, no fueron testigos directos de la agresión sufrida por su defendida, pero sí del estado psico-físico final en el que la misma se encontraba. No existe discrepancia en el núcleo del relato mantenido por ambos agentes, coincidente además con la declaración siempre uniforme igualmente mantenida por la víctima. Además esta declaración de la afirmada víctima, Elisenda , queda avalada por el parte médico e informe de sanidad obrante en las actuaciones: Las dos partes en conflicto habían sido pareja, el día de autos ella acudió al domicilio donde vivía de alquiler a instancias de él. El acusado quería volver, le gritó, le zarandeo, le agarró del cuello, y sin solución de continuidad azuzó al **perro** para que le mordiera, hasta que ella consiguió echarles, cerrando la puerta. El acusado, producto del estado de agresividad y nerviosismo en el que se encontraba rompió la puerta y finalmente se marchó, llevándose al **perro**. Además, le amenazó.

El episodio agresivo enjuiciado se enmarca en el seno de una extinta relación de pareja, y constituye una manifestación de desigualdad, abuso de poder y discriminación, característica de la violencia de género.

**3.-** Evacuado el preceptivo traslado al Ministerio Fiscal y defensa del acusado, sólo por éste se ha procedido a contestar e impugnar el recurso interpuesto de contrario, formulando expresa oposición a la estimación del mismo.

**SEGUNDO.- Error en la valoración de las pruebas. Doctrina sobre el recurso de apelación en sentencias absolutorias en la instancia.**

Delimitado de tal modo el debate procesal en esta alzada, comenzaremos por el análisis del recurso interpuesto por la acusación particular, señalando que se cuenta para la resolución del recurso con el mismo material probatorio que en la primera instancia, al no haberse practicado medio alguno de prueba en esta alzada.

El Tribunal Constitucional, en una doctrina que arranca de la sentencia del Pleno 167/2002 y en la que se hace eco de la jurisprudencia del TEDH (entre otras, SSTEDH de 29 de octubre de 1991, caso Jan Ake Andersson c. Suecia y de 5 de diciembre de 2002, caso Hoppe c. Alemania ) mantiene que el derecho fundamental del acusado a un proceso con todas las garantías ( artículo 24.2 CE ) exige que la valoración de las pruebas que consistan en un testimonio personal sólo pueda ser realizada por el órgano judicial ante el que se practiquen, y siempre que además dicha práctica se realice en condiciones plenas de contradicción y publicidad. Por ello, menta en la STC 36/2008, de 25 de febrero , que "(...) hemos apreciado vulneración de este derecho fundamental en los supuestos en los que, tras ser dictada una sentencia penal absolutoria en primera instancia, la misma es revocada en apelación y dictada una sentencia condenatoria que se sustenta en una diferente valoración de la credibilidad de los testimonios (declaraciones de los acusados o declaraciones testificales), medios de prueba que, por su carácter personal, no podían ser valorados de nuevo sin examen directo y personal de los acusados o testigos, en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción". Consecuentemente, indica la STC 91/2009, de 20 de abril , "La doctrina establecida a partir de la STC 167/2002, de 18 de septiembre , (...), proscrib[e] la revocación de sentencias absolutorias o con pronunciamientos menos graves que el solicitado por el apelante sobre la base de una nueva valoración de pruebas personales practicadas sin atender a la citada garantía constitucional (por todas, STC 124/2008, de 20 de octubre , FJ 2), de manera que "el órgano de apelación no puede operar una modificación de los hechos probados que conduzca a la condena del acusado, si tal modificación no viene precedida del examen directo y personal de los acusados o testigos en un debate público en que se respete la posibilidad de contradicción ( STC 191/2014, de 17 de noviembre ). Tal exigencia de inmediación no alcanza a la revisión de la calificación jurídica de los hechos tal y como han sido configurados en la sentencia de instancia, dado que tal pronunciamiento no precisa de una valoración de la prueba practicada, al tratarse de una revisión de la subsunción normativa a partir del discurso fáctico fijado en la sentencia recurrida". En los mismos términos se pronuncia el Tribunal Supremo (por todas, STS 58/2015, de 10 de febrero ).

La segunda instancia se configura como un juicio de revisión de lo argumentado y decidido en la primera ( STS de 25 de enero de 2012 ). Constituye, por lo tanto, un juicio sobre el juicio en el que el tribunal de apelación examina la racionalidad del discurso argumental que justifica la decisión probatoria en el primer grado jurisdiccional, verificando si los criterios axiológicos utilizados son compatibles con las reglas lógicas, conciliables con los conocimientos científicos y armoniosos con las máximas de experiencia social.

El juicio de racionalidad que se efectúa en el segundo grado jurisdiccional únicamente permite el examen directo de los documentos sin abarcar la documentación de las pruebas personales (ni siquiera mediante el examen del soporte videográfico del juicio) y se extiende a todos los elementos que integran la imputación, tanto objetivos como subjetivos (abarca el dolo, por lo tanto).

**TERCERO.- Exámen del caso de autos.-**

1. - Debemos comenzar señalando que para la resolución del presente recurso de apelación, contamos con el mismo material probatorio que el obrante en el juicio oral en primera instancia, que es recta y fielmente consignado por la Juez a quo, en el primer apartado del fundamento jurídico primero de la resolución combatida.

Así, consigna en primer término la declaración del acusado, más tarde la declaración de la víctima, y por último la declaración de los dos agentes de la Ertzaina que comparecieron en el citado domicilio.

En primer término, considera la Juez de lo penal que la declaración de la víctima no es sólida, persistente, y que la misma ha ido cambiando de versión en las diferentes fases procesales en las que emitió declaración, sobre la propia mecánica de los hechos enjuiciados, esto es, sobre el modo y manera en que se produjo la agresión, si la misma consistió primero en que fue empujada, zarandeada y agarrada del cuello, luego sufrió la mordedura del **perro** porque fue azuzada por el acusado, si, posteriormente, el acusado volvió a entrar y es en este segundo momento temporal en el que se produjo la mordedura del **perro**. Además, añade en su declaración policial que fue maltratada psicológicamente por el acusado, que le había enviado

varios mensajes de wachapp amenazándole, pero sin embargo no aporta el contenido de ninguno de estos mensajes, porque los habría borrado.

En segundo término, la Juez analiza o valora que la declaración de los agentes actuantes que declararon en el plenario son testigos de referencia, que no corroboraron la versión de la denunciante sino que ponen de manifiesto las contradicciones de la misma. Llama la atención y así lo ha reconocido la propia víctima que fue ella a casa del acusado, y respecto a este extremo, llama poderosamente la atención que la Sra. Elisenda no hiciera referencia en su declaración al primero de los agentes que le atendió otros episodios presuntamente agresivos y de maltrato psicológico, y que a pesar de ello acudiera al domicilio del acusado. Ella manifestó que llamó a la Ertzaintza dato que sin embargo es desmentido con la declaración del Agente NUM001 quien puso de relieve que el aviso se debió a la llamada de un vecino y no de la víctima.

Avanzando en la valoración de la prueba, hemos de desgranar, a continuación, la declaración prestada por la víctima al agente de la Ertzaintza NUM000 , que fue quien se entrevistó con la denunciante con anterioridad a la interposición de la denuncia, y cuya comparecencia (al folio 8) fue ratificada en el acto del Juicio. Esta agente puso de relieve la importancia que debe de otorgarse a un presunto hecho relacionado con la violencia de género, al agente con el que se entrevista momentos después de lo ocurrido, la Sra. Elisenda le refiere dos momentos de agresión por parte del acusado, no habiendo visto el agente marca alguna en el cuello de la víctima y le refiere que empujó al acusado sacándole de la habitación. La declaración de la víctima posteriormente en comisaria difiere y lo que en un inicio de la entrevista policial es una situación de una agresión física, y mordedura del **perro**, después en la denuncia relata una situación de amenazas por teléfono y wasap llegando a manifestar que durante su relación había sido maltratada psicológicamente por el acusado (folio 14), reconociendo que no tiene ya los mensajes de wasap, ni tan siquiera el contenido de los mismos. Tampoco los agentes observan la existencia de ningún tipo de arañazo, lesión o resto de daño físico en el cuello de la víctima, que no es constatado en el parte de urgencias ni en el informe médico-forense.

2. - Es decir, que tal y como razona o motiva la propia Juez de lo Penal, la declaración de la víctima además de no ser sólida, ni persistente en las distintas fases en las que la fue emitida, es volube o cambiante en las diversas fases del procedimiento, y carece de aval periférico o corroborador que lo sustente.

En consecuencia pues, del conjunto del razonamientos expuestos por parte de la Juez de instancia, más el complemento o adición que aquí venimos exponiendo, procede considerar que la valoración realizada por la Juez de Instancia es lógica, racional, y en tal medida debe ser confirmada en la alzada.

Por la pluralidad de consideraciones expuestas, el recurso debe ser desestimado, con declaración de oficio de las costas de esta apelación. Art. 123 , 124 del CP , art. 239 y 240 LECrim .

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación;

## FALLAMOS

Debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de **Elisenda** , contra la sentencia de fecha 30 de Diciembre del 2015, dictada por la Ilma Magistrada-Juez que sirve el Juzgado de lo Penal nº 2 de Donostia- San Sebastián , que confirmamos en su integridad, con declaración de oficio de las costas de esta apelación.

Frente a esta resolución no cabe interponer recurso ordinario de ninguna clase.

Con certificación de esta resolución y carta orden remítase los autos originales al Juzgado de procedencia para su conocimiento y ejecución.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los/las Ilmos/as. Sres/as. Magistrados/as que la firman y leída por el/la Ilmo/a. Magistrado/a Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el Letrado de la Administración de Justicia doy fe.