

**Sección nº 29 de la Audiencia Provincial de Madrid**

C/ de Santiago de Compostela, 96 , Planta 12 - 28035

Teléfono: 914934418,914933800

Fax: 914934420

A

37051540

N.I.G.: 28.005.00.1-2016/0020316

**Apelación Sentencias Procedimiento Abreviado 1723/2017**

**Origen:**Juzgado de lo Penal nº 02 de Alcalá de Henares

Procedimiento Abreviado 281/2016

**Apelante: D./Dña. .... y D./Dña. MINISTERIO FISCAL**

**Procurador D./Dña. ....**

**Letrado D./Dña. ....**

**Apelado: D./Dña. ....**

**Procurador D./Dña. ....**

**Letrado D./Dña. ....**

Ilmos/as. Sres/as.

Don Eduardo de Porres Ortiz de Urbina (Presidente)

Doña Pilar Rasillo López

Doña M<sup>a</sup> Luz García Monteys

Los anteriores Magistrados, miembros de la Sección Vigésimo novena de la Audiencia Provincial de Madrid, han pronunciado, EN NOMBRE DE S.M. EL REY, la siguiente

**SENTENCIA Nº 33/18**

En Madrid, a veinticinco de enero de 2018

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El día 03/10/2017 y en el juicio antes reseñado, el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de lo Penal número 2 de Alcalá de Henares dictó sentencia, cuyos hechos probados y fallo son del siguiente tenor literal:

**HECHOS PROBADOS.-** *“Se declara probado que el acusado ....., mayor de edad, sin antecedentes penales, en el desarrollo del régimen de visitas que tiene establecido sobre sus dos hijos menores ..... y ..... en proceso de separación de su esposa ....., la que tiene la custodia de los mismos, en la tarde del día 28 de marzo de 2.016 cuando se encontraba en su domicilio sito en la calle .....de la localidad de .....(Madrid), en compañía de sus hijos y los padres del acusado, en el salón de la vivienda cenando; el menor ..... enfadado por no tener en su cena patatas discutió con su padre y le llegó a arrojar un trozo de pollo a este. Enfadado el padre por este hecho le ordenó que subiera a la habitación donde le regañó por esta acción. El menor al levantarse del lugar donde estaba sentado se golpeó con la mesa del salón sufriendo lesiones que solo precisaron para su curación de una primera asistencia facultativa, no formulando la madre reclamación por las mismas.*

*El día 29 de marzo de 2.017 ..... le mandó un mensaje de audio a su madre en el que afirmaba que su padre consecuencia del incidente de la cena le había tirado al suelo y la había dado patadas delante de su hermano y sus padres.*

*El día 1 de abril de 2.016 disfrutando nuevamente el padre del derecho de visitas sobre sus hijos menores, enfadado el padre en la tardanza de los hijos ante la hora de entrada en el colegio sin ánimo de menoscabo de su integridad física, empujó a ..... para que se diera prisa y provocó que este se diera un golpe en las escaleras de la vivienda por las que sufrió lesiones que solo precisaron para su curación de una primera asistencia facultativa, no reclamando la madre por las mismas.”*

**FALLO.-** *“Que debo ABSOLVER Y ABSUELVO a ..... de los hechos objeto de estas diligencias, con declaración de las costas de oficio.*

*Quedan sin efecto las medidas cautelares adoptadas durante la instrucción de la causa por medio de auto de fecha 5 de abril de 2.016.”*

**SEGUNDO.-** Notificada a las partes, la representación procesal de doña ....., que interviene en el proceso como acusación particular, ha interpuesto recurso de apelación del que se ha dado traslado al Ministerio Fiscal, quien se ha adherido al recurso, y a la defensa del acusado que ha interesado su desestimación.

**TERCERO.-** Remitidas las actuaciones a este Tribunal el día 22/12/2017 para la resolución del recurso, se ha señalado el día 25/01/18 para la deliberación, votación y fallo, designándose Ponente a Don Eduardo de Porres Ortiz de Urbina, que expresa el parecer de la Sala.

## **HECHOS PROBADOS**

**UNICO.-** No se aceptan los hechos declarados probados en la resolución recurrida.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** En la sentencia de instancia que es objeto de recurso de apelación se ha absuelto al acusado, Sr. ...., de dos delitos de malos tratos por los que las acusaciones formularon pretensión penal en el juicio. La acusación particular, con la adhesión del Ministerio Público, discrepa del pronunciamiento de la sentencia interesando la nulidad de la sentencia y del juicio, solicitando que se retrotraigan las actuaciones a momento anterior al juicio para que se celebre una nueva vista oral con un juez distinto del que ha intervenido hasta el momento. La razón de tal pretensión es que la apelante considera que concurre la causa de nulidad prevista en los artículos 790.2 y 792.2 de Lecrim porque en la sentencia se ha omitido todo razonamiento sobre el informe psico-social y los informes de los testigos peritos que asistieron a las supuestas víctimas y que intervinieron en el juicio, la logopeda doña ..... y la psicóloga doña .....

**SEGUNDO.-** El artículo 6.1 del para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 (BOE 10/10/1979) dispone que *“toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella”*.

El concepto de derecho a un proceso “equitativo” o “justo”, ha sido desarrollado jurisprudencialmente en múltiples aspectos. Uno de ellos es el derecho que todo acusado tiene de estar presente y ser oído personalmente, derecho que resulta incuestionable en la primera instancia pero que debía modularse en caso de recurso de apelación.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos SSTEDH 26/03/1988 (caso Ekbatani contra Suecia), 08/02/2000; (caso Cooke contra Austria y caso Stefanelli contra San Marino), 27/06/2000 (caso Constantinescu contra Rumania), y 25/07/2000 (caso Tierce y otros contra San Marino) declaró con carácter general que *“el proceso penal constituye un todo, y que la protección que dispensa el mencionado precepto (art. 6.1 del Convenio) no termina con el fallo en la primera instancia, de modo que el Estado que organiza Tribunales de apelación tiene el deber de asegurar a los justiciables, a este respecto, las garantías fundamentales del art. 6.1 CEDH”*; ... *“que la noción de proceso justo o equitativo implica, en principio, la facultad del acusado de estar presente y ser oído personalmente en la primera instancia, dependiendo la exigencia de esta garantía en la fase de apelación de las peculiaridades del procedimiento considerado, para lo que es necesario examinar éste en su conjunto de acuerdo con el orden jurídico interno, el papel que ha de desempeñar la jurisdicción de apelación y la manera en la que los intereses del demandante fueron realmente expuestos y protegidos ante el Tribunal a la vista de las cuestiones que éste tiene que juzgar”*.

Profundizando en este planteamiento de fondo, el TEDH afirmó que *“cuando el Tribunal de apelación ha de conocer tanto de cuestiones de hecho como de Derecho, y en especial cuando ha de estudiar en su conjunto la culpabilidad o inocencia del acusado, el recurso no se puede resolver en un proceso justo sin un examen directo y personal del acusado que niegue haber cometido la infracción considerada punible, de modo que en tales casos el nuevo examen por el Tribunal de apelación de la declaración de culpabilidad del acusado exige una nueva y total audiencia en presencia del acusado y los demás interesados o partes adversas (SSTEDH de 26 de mayo de 1988 -caso Ekbatani contra Suecia, § 32- ; 29 de octubre de 1991 -caso Helmers contra Suecia, §§ 36, 37 y 39- ; 29 de octubre de 1991 -caso Jan-Åke Anderson contra Suecia, § 28- ; 29 de octubre de 1991 -caso Fejde contra Suecia, § 32). Recordaba el Tribunal Constitucional que el TEDH en su sentencia de 27/06/2000 (caso Constantinescu contra Rumania, §§ 54 y 55, 58 y 59)”*. Esa doctrina se reiteró en STEDH 25/06/2000 (caso Tierce) en la que se

excluyó que la ausencia de hechos nuevos sea suficiente para justificar la excepción a la necesidad de debates públicos en apelación en presencia del acusado, debiendo tenerse en cuenta ante todo la naturaleza de las cuestiones sometidas al Juez de apelación.

El Tribunal Constitucional se hizo eco de esta doctrina a partir de la sentencia del Pleno, número 167/2002, de 18 de septiembre, en la que afirmó que *"el respeto a los principios de publicidad, inmediación y contradicción, contenidos en el derecho a un proceso con todas las garantías, impone inexorablemente que toda condena se fundamente en una actividad probatoria que el órgano judicial haya examinado directa y personalmente y en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción, por lo que, cuando la apelación se plantee contra una sentencia absolutoria y el motivo de apelación concreto verse sobre cuestiones de hecho suscitadas por la valoración o ponderación de pruebas personales de las que dependa la condena o absolución del acusado, resultará necesaria la celebración de vista pública en la segunda instancia para que el órgano judicial de apelación pueda resolver tomando un conocimiento directo e inmediato de dichas pruebas"*.

El Tribunal Constitucional, en desarrollo de su criterio sobre la apelación, indicó que no sería contrario a la Constitución que en grado de apelación pudiera procederse al visionado de la grabación del juicio de primera instancia con citación de todos los que hubieren intervenido en él a fin de introducir dicho documento, oír a todos y valorar convenientemente las declaraciones de quienes intervinieron tanto en primera como en segunda instancia, en cuyo caso no serían aplicables los límites impuestos por la actual doctrina del Alto Tribunal y podría el órgano de apelación valorar la prueba personal y condenar al absuelto en primera instancia.

Sin embargo, esta tesis tenía el grave inconveniente de que, según ha reconocido el propio Tribunal Constitucional, es competencia del Legislador definir y regular el recurso de apelación en tanto que el derecho al recurso, como integrante del derecho a la tutela judicial efectiva, es un derecho de configuración legal, siendo perfectamente posible que el Legislador en caso de sentencias absolutorias, limite el recurso o incluso lo excluya. La vigente LECRIM no admite la práctica de prueba en segunda instancia, a salvo de la prevista de forma excepcional y limitada en el artículo 790.3 de dicho texto legal, por lo que no era legalmente admisible la celebración de vista o la práctica de las pruebas a que

nos venimos refiriendo. Hace ya años esta doctrina llevó a la imposibilidad de revocar sentencias absolutorias en que se discutiera la valoración de pruebas personales como las declaraciones de acusados, testigos o peritos.

Para solventar este problema y para hacer posible un recurso de apelación contra sentencias absolutorias y evitar casos manifiestos de arbitrariedad o error judicial palmarios se ha modificado recientemente la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la Ley 41/2015, de 5 de Octubre, estableciendo la posibilidad, no de que una sentencia absolutoria pueda ser revocada, sino que pueda ser anulada en caso de que contenga una motivación arbitraria.

En efecto, el artículo 792.2 de la LECRIM dispone que *“la sentencia de apelación no podrá condenar al encausado que resultó absuelto en primera instancia ni agravar la sentencia condenatoria que le hubiera sido impuesta por error en la apreciación de las pruebas en los términos previstos en el tercer párrafo del artículo 790.2”*. Y el artículo 790.2 de la misma ley, también reformado, dispone que *“cuando la acusación alegue error en la valoración de la prueba para pedir la anulación de la sentencia absolutoria o el agravamiento de la condenatoria, será preciso que se justifique la insuficiencia o la falta de racionalidad en la motivación fáctica, el apartamiento manifiesto de las máximas de experiencia o la omisión de todo razonamiento sobre alguna o algunas de las pruebas practicadas que pudieran tener relevancia o cuya nulidad haya sido improcedentemente declarada”*.

En este caso se interesa la nulidad porque, según la recurrente, la sentencia de instancia ha omitido todo razonamiento sobre tres pruebas que resultan relevantes para la resolución del litigio y esa es, por tanto, la cuestión a la que se limita el análisis de este recurso.

**TERCERO.-** Como ya señaló el Tribunal Supremo en STS 1016/2011, de 30 de septiembre, en relación con la motivación de las sentencias, que *“debe existir la suficiente motivación no sólo en lo referente a la calificación jurídica central o nuclear a que se contraiga el objeto del proceso, sino también en lo relativo a cualquier punto jurídico del debate y de las peticiones de las partes, y también hemos dicho que el fallo judicial que pone fin al proceso debe ser la expresión razonada de la valoración concreta e individualizada de los elementos que integran el conflicto, de las pruebas practicadas de*

*cargo y de descargo y de la interpretación de la norma aplicada. por ello mismo, la obligación de motivar -como manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva que ampara a todo justiciable- supone la necesidad de valorar tanto las pruebas de cargo presentadas por la acusación, como las de descargo practicadas a instancia de la defensa”... La jurisprudencia de esta Sala a la que se acaba de hacer referencia, proclama que el deber de motivar se extiende tanto a la prueba de cargo presentada por la acusación como la de descargo ofrecida por la defensa ya que de no hacerse así no se daría satisfacción a las exigencias constitucionales del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la C.E. , sin que ello implique, como señala el Tribunal Constitucional, que esa ponderación se realice de modo pormenorizado, ni que la ponderación se lleve a cabo del modo pretendido por el recurrente, sino solamente que se ofrezca una explicación para su rechazo (por todas, STC 187/2006, de 19 de junio)”.*

El deber de valoración de todas las pruebas cobra singular significación en caso de apelación de sentencias absolutorias ya que el Legislador en la ley 41/2015, antes citada, ha establecido que deberá decretarse la nulidad interesada en un recurso de apelación cuando la sentencia impugnada omita todo razonamiento sobre alguna o algunas de las pruebas practicadas que pudieran tener relevancia para la resolución del litigio.

Una adecuada argumentación judicial debe analizar la totalidad de la prueba. En la SSTS 1016/2011, antes citada, se afirma que *“la sentencia debe expresar un estudio lo suficientemente preciso del catálogo probatorio, de suerte que una sentencia cuya decisión esté fundada en el análisis parcial de sólo la prueba de cargo, o sólo la prueba de descargo, no daría satisfacción a las exigencias constitucionales del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la CE . Tampoco cumple con las exigencias constitucionales de motivación aquella sentencia que no haga una valoración expresa de pruebas admitidas que resulten de relevancia para la resolución del caso. Una motivación que recaiga tan sólo sobre parte del cuadro probatorio no podría considerarse como la consecuencia de la previa valoración y ponderación crítica de toda la actividad probatoria, sino por el contrario, estaría más próxima a una inversión argumentativa que, convirtiendo en presupuesto lo que sólo debería ser el resultado del proceso crítico valorativo, en tanto que partiría de la voluntad del órgano judicial de resolver el caso de una determinada manera, para luego "fundamentarlo" con un aporte probatorio sesgado, en cuanto que sólo utilizaría aquellos elementos favorables a la*

*decisión previamente escogida, silenciando los adversos”.*

La regla de valoración probatoria, referida a la totalidad de la prueba de cargo de descargo practicada, se deduce implícitamente del artículo 741 de la Lecrim y ha sido expresamente recogida en la Ley 8/2000, de Enjuiciamiento Civil ( artículo 218.2); en la Ley 5/2000 , de responsabilidad penal de los menores ( artículo 39); o en el veredicto del jurado (artículo 61 LOTJ); y también en varios Códigos procesales europeos, a título de ejemplo, en el artículo 546 del Código Procesal Penal italiano, que exige la indicación de la prueba utilizada como base de la decisión y el enunciado de las razones por las cuales los jueces no consideran atendible la prueba contraria o de descargo.

**CUARTO.-** Proyectando las anteriores consideraciones al caso que analizamos debe dejarse constancia de que en autos consta un informe pericial psicológico realizado por los Equipos Psicosociales del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (folios 160-175) en el que se concluye que el relato de los menores sobre los malos tratos enjuiciados son coincidentes entre sí, son coherentes con sus declaraciones anteriores y que los niños presentan signos cognitivos, emocionales y comportamentales con los que presentan niños que han sufrido malos tratos. También consta otro informe pericial sobre el acusado (folios 227-249), realizado por la psicóloga doña ....., en el que se sostiene, entre otras afirmaciones, que “no se aprecia sintomatología clínica que indique un posible perfil de un sujeto que lleve a cabo violencia”. Consta igualmente un informe de la psicóloga doña ..... (folios 34-35) y otro informe de la logopeda doña ..... (folios 37-45) en los que se refiere el estado de los menores inmediatamente después de ocurrir los hechos enjuiciados (supuestos malos tratos), dado que estos profesionales atendían a los menores con anterioridad a aquellas fechas.

En la sentencia de instancia se ha omitido toda valoración de estas pruebas y es precisamente esa omisión la justifica la petición de nulidad. Por un lado, la acusación ha aportado el testimonio de dos profesionales que atendieron al menor y que apreciaron su estado emocional y físico después de los hechos y, por otro lado, la acusación ha aportado un informe pericial sobre credibilidad del testimonio del menor, así como de las secuelas que padece y su posible origen. Todas estas pruebas fueron admitidas como pertinentes y pueden resultar de utilidad e interés para valorar en toda su dimensión el testimonio de la supuesta víctima. Al margen de que tal testimonio haya sido descartado como veraz por



sus contradicciones, debería haberse valorado también la incidencia que pueda tener en la valoración de ese testimonio las pruebas omitidas a las que nos acabamos de referir. Unas, porque son testimonios de hechos periféricos y, otra, porque constituye una pericia de utilidad para apreciar la credibilidad del testimonio del menor. A este respecto y en relación con este tipo de pericias señala la STS 339/2007 que *“es cierto que un dictamen pericial psicológico sobre un testimonio no constituye un documento que evidencie por su propio poder acreditativo directo la veracidad de una declaración testifical, pero puede constituir un valioso elemento complementario de la valoración, como ha declarado esta Sala con reiteración (SSTS. 12.6.2003 y 24.2.2005)... El peritaje sobre credibilidad de la declaración de un menor establece al contrastar sus declaraciones con los datos empíricos elaborados por esa ciencia, si existen o no elementos que permitan dudar de su fiabilidad. Pero esos informes no dicen, ni pueden decir, ni se les pide que digan, si las declaraciones se ajustan o no a la realidad. Esa es tarea del Tribunal que entre otros elementos contará con su percepción directa de las manifestaciones y con el juicio del psicólogo sobre la inexistencia de datos que permitan suponer fabulación, inducción, invención o manipulación (SSTS 23.3.94, 10.9.2002, 18.2.2002, 1.7.2002, 16.5.2003).”*.

En la sentencia se ha omitido toda valoración sobre estas pruebas, valoración que debiera haberse realizado por lo que la motivación de la sentencia no cumple con las exigencias constitucionales y provoca efectiva indefensión a las acusaciones, razón que conduce a la estimación del recurso.

Este tribunal no prejuzga ni considera que la valoración probatoria debiera haber conducido a la condena, sino que la valoración probatoria debiera haber tomado en consideración la totalidad de las pruebas practicadas, por más que el resultado final pudiera ser el mismo. Lo censurable es la ausencia de valoración de las pruebas antes referenciadas y únicamente por tal motivo debe decretarse la nulidad de actuaciones.

De conformidad con lo que autoriza el artículo 792.2, párrafo 2º de la Lecrim., el defecto advertido en la sentencia obliga no sólo a su anulación sino también a la anulación del juicio para que se celebre de nuevo con un juez distinto del que ha dictado la sentencia impugnada, en tanto que consideramos que este último carece de la suficiente imparcialidad objetiva para hacer una nueva valoración de toda la prueba incorporando

la ponderación de las pruebas omitidas.

**QUINTO** - Estimándose el recurso, se declaran de oficio las costas procesales de esta alzada, conforme autoriza el artículo 239 de la LECRIM.

## **FALLO**

**LA SALA ACUERDA:** Que debemos estimar y estimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de doña ..... contra la sentencia dictada el en el juicio oral número 281/2016 del Juzgado de lo Penal número 2 de Alcalá de Henares. De conformidad con los anteriores fundamentos jurídicos, se declara la nulidad del juicio celebrado el día 21/09/2017 y de la de la sentencia de 03/10/2017 y acordamos que se celebre nuevo juicio con la intervención de un juez distinto del que ha dictado la sentencia impugnada. Se declaran de oficio las costas procesales de esta alzada.

Notifíquese la presente resolución en la forma señalada en el artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, haciendo saber a las partes que contra la misma cabe interponer recurso de CASACIÓN ante este tribunal para su resolución por el Tribunal Supremo exclusivamente por infracción de ley, conforme al artículo 847.1 a) 1ª de la Lecrim, dentro de los CINCO DÍAS siguientes a la última notificación de la sentencia y por escrito autorizado por Procurador y Abogado. En caso de que no se interponga recurso devuélvanse las actuaciones, con certificación de la presente sentencia al Juzgado de procedencia, a los fines procedentes.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al Rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

**PUBLICACION.-** Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma, y se expide certificación literal de la misma para su unión al rollo. Doy fe.

NOTA: Siendo aplicable la Ley Orgánica 15/99 de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y los artículos 236 bis y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los datos contenidos en esta comunicación y en la documentación adjunta son confidenciales, quedando prohibida su transmisión o comunicación pública por cualquier medio o procedimiento, debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia, sin perjuicio de las competencias del Consejo General del Poder Judicial previstas en el artículo 560.1.10 de la LOPJ