



Roj: **SAP B 5714/2020 - ECLI:ES:APB:2020:5714**

Id Cendoj: **08019370222020100237**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **22**

Fecha: **18/05/2020**

Nº de Recurso: **63/2020**

Nº de Resolución: **246/2020**

Procedimiento: **Penal. Apelación procedimiento abreviado**

Ponente: **JAVIER RUIZ PEREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **Audiencia Provincial de Barcelona**

### **Sección Vigésima Segunda**

#### **Rollo Apelación de Penales Rápidos 63/2020-L**

Juicio Rapido 97/2019 del Juzgado de lo Penal nº 2 de Terrassa

#### **Tribunal:**

D. Joan Francesc Uría Martínez (Presidente)

D.ª Maria Josep Feliu Morell

D. Javier Ruiz Pérez

#### **SENTENCIA NÚM. 246/2020**

Barcelona, 18 de mayo de 2020

Visto por la Sección Vigésima Segunda de la Audiencia Provincial de Barcelona, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados mencionados al margen, el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Sra. París Noguera, en nombre y representación de Zulima, contra la Sentencia 450/2019, de 28 de octubre, del Juzgado de lo Penal nº 2 de Terrassa, dictada en su Rollo de Juicio Rápido 97/2019, se ha dictado la siguiente Sentencia en nombre de S.M. el Rey.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El día 28 de octubre de 2019 el Juzgado de lo Penal nº 2 de Terrassa dictó Sentencia que contenía el siguiente relato de Hechos Probados:

*" De una valoración crítica y objetiva de la prueba practicada en el acto del Juicio Oral han resultados probados y así se declaran los siguientes hechos:*

*En virtud de Auto, de fecha 8 de marzo de 2019, dictado por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de Terrassa, en el marco de las Diligencias Urgentes nº 67/2019, se impuso al acusado, Cesar, con NIE NUM000, mayor de edad (nacido el día NUM001 de 1975) y sin antecedentes penales, la prohibición de aproximación a su ex pareja sentimental, Zulima, a su domicilio, lugar de trabajo, o cualquier lugar en que se encuentre, a menos de 1.000 metros, así como comunicarse con ella, por cualquier tipo de medio, durante la tramitación de la causa y hasta su finalización por resolución firme. Dichas medidas cautelares fueron debidamente notificadas al acusado, siendo requerido para su cumplimiento en la misma fecha, con todos los apercibimientos legales.*

*No ha quedado debidamente probado que entre las 19.30 horas y las 20.00 horas del día 26 de agosto de 2019, el acusado se encontrara con Zulima en la Calle Ciudad Real de la localidad de Terrassa (Barcelona).*

*Tampoco ha quedado probado que, en dicho momento y lugar, el acusado agarrara fuertemente a Zulima por el cabello, le golpeará la cabeza ni que le diera un pellizco en la zona genital, ocasionándole lesiones tributarias*



de una primera asistencia facultativa, al tiempo que le profería expresiones tales como "Yo soy tu marido y no quieres estar conmigo y te abres para todos los hombres".

**SEGUNDO.-** La mencionada Sentencia contenía el siguiente Fallo: " Que debo absolver y absuelvo libremente del delito de delitos en el ámbito familiar y del delito de quebrantamiento de medida cautelar, por los que venía siendo acusado en el presente procedimiento Cesar , con declaración de las costas de oficio".

**TERCERO.-** El día 8 de noviembre de 2019, la Procuradora de los Tribunales Sra. París Noguera, en nombre y representación de Zulima , interpuso recurso de apelación en base a las alegaciones que constan en su escrito.

Por Providencia de 26 de noviembre de 2019 se tuvo por interpuesto el recurso y se dio traslado a las demás partes.

El 13 de diciembre de 2019, el Ministerio Fiscal presentó escrito interesando la desestimación del recurso interpuesto y la confirmación de la resolución recurrida.

**CUARTO.-** Verificados los traslados anteriores, se elevaron las actuaciones a la Audiencia Provincial de Barcelona, habiendo sido turnada la causa a esta Sección Vigésimo Segunda. Una vez recibidas las actuaciones, se señaló para la votación y fallo del recurso el día 9 de marzo de 2020, y se designó como ponente al **Ilmo. Sr. Magistrado D. Javier Ruiz Pérez**, quien expresa el parecer del Tribunal.

## HECHOS PROBADOS

**ÚNICO.-** La nulidad declarada de la Sentencia recurrida determina, igualmente, la nulidad del relato de hechos probados contenido en ella.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se alza la apelante contra la Sentencia 450/2019, de 28 de octubre, del Juzgado de lo Penal nº 2 de Terrassa, que absolvió a Cesar de la acusación que se había formulado contra él por un delito de malos tratos en el ámbito de la violencia de género con quebrantamiento de medida cautelar.

El recurso se fundamenta en una única alegación en la que se opone a la conclusión probatoria de la Sentencia de instancia (" Por lo demás, no se ha aportado durante el juicio ningún dato o circunstancia objetiva, distinta de tales manifestaciones, que permita considerar plenamente probados los hechos objeto de acusación pues las declaraciones de la perjudicada no han sido corroboradas por ningún testigo, ni por ningún dato externo que acredite la realidad de estas manifestaciones"), ya que considera que la Sentencia se fundamenta en un error en la valoración de la prueba por las siguientes razones:

\* Existen unos whatsapp cuya emisión y recepción no se puede contradecir, no solo porque no han sido impugnados de adverso, sino porque tanto en sede policial como en sede judicial, se comprobó que habían sido enviados desde el número de teléfono correspondiente del Sr. Cesar , levantando acta de cotejo a este respecto la Letrada de la Administración de Justicia del Juzgado de Violencia de Género número 1 de Terrassa, siendo que incluso en la denuncia del día 9 de septiembre se hace constar que los mensajes permanecían sin leer y que al acceder a ellos habían sido borrados por el emisor del mensaje.

\* El informe Médico-Forense de 25 de septiembre de 2019, que ve compatible el mecanismo lesivo referido por la Sra. Zulima con las lesiones recogidas en las **fotografías** obrantes en la causa, datos todos ellos que revisten de verosimilitud la declaración de la víctima.

\* El recurrente considera que no existe ánimo espurio alguno y, teniendo en cuenta las circunstancias personales de la Sra. Zulima , se desacredita fácilmente la presunción de manipulación del contenido de los mensajes enviados mediante la utilización de aplicaciones u otros instrumentos informáticos que actúan sobre las bases de datos y otros contenidos del propio dispositivo electrónico.

En consecuencia, la apelante termina solicitando que se estime el recurso y que se anule la Sentencia recurrida.

**SEGUNDO.-** El artículo 792.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece expresamente: " 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 en el tercer párrafo del artículo 790.2. No obstante, la sentencia, absolutoria o condenatoria, podrá ser anulada y, en tal caso, se devolverán las actuaciones al órgano que dictó la resolución recurrida. La sentencia de apelación concretará si la nulidad ha de extenderse al juicio oral y si el principio de imparcialidad exige una nueva composición del órgano de primera instancia en orden al nuevo enjuiciamiento de la causa". Por su parte, el párrafo tercero del artículo 790.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone: " 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 la 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".*

Por lo tanto, de la lectura de los anteriores preceptos legales se deriva claramente que cuando la acusación desee dejar sin efecto una sentencia absolutoria por error en la valoración de la prueba deberá instar la anulación de la sentencia recurrida en los términos del párrafo 2º del artículo 792.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y, por otro lado, para conseguir dicha anulación, deberá justificar la insuficiencia o falta de racionalidad en la motivación fáctica, el apartamiento manifiesto de las máximas de experiencia o la omisión de todo razonamiento sobre alguna o alguna de las pruebas practicadas que pudieran tener relevancia o cuya nulidad haya sido improcedentemente declarada.

**TERCERO.-** Partiendo de la anterior regulación, constatamos que la apelante ha solicitado la anulación de la Sentencia recurrida y consideramos que la recurrente ha justificado suficientemente la falta de racionalidad de la motivación fáctica y el apartamiento de las máximas de la experiencia por parte de la resolución recurrida, lo que, lógicamente, supondrá la estimación del recurso de apelación interpuesto, la anulación de la Sentencia recurrida y del juicio previo, debiendo repetirse el juicio oral ante juzgador distinto de la Jueza de instancia que dictó la Sentencia recurrida. Las razones por las que alcanzamos la anterior conclusión son las que exponemos en los siguientes párrafos.

La Jueza de instancia hace descansar el pronunciamiento absolutorio de la Sentencia apelada en la consideración de que la sola declaración de la denunciante no puede erigirse en prueba de cargo contra el acusado porque, pese a reconocerle persistencia en la incriminación y no apreciar incredulidad subjetiva, considera que no se aportaron suficientes elementos corroboradores periféricos de lo declarado por la denunciante, ya que, por las razones expresadas en la resolución, no atribuye ningún valor probatorio a los mensajes de whatsapp que constan en los folios 61 a 64 del expediente del Juzgado de Instrucción (consta cotejo de dichos mensajes en el folio 60), ni tampoco considera suficientemente esclarecedor el informe del Médico Forense del folio 54 de la Instrucción, en el que se ratificó el Dr. Obdulio en el acto del juicio.

Para negar eficacia a los mensajes de whatsapp debidamente cotejados por la Letrada de la Administración de Justicia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer de Terrassa, la Jueza *a quo* considera con cita, fundamentalmente, de la conocida Sentencia del Tribunal Supremo **300/2015**, de 19 de mayo, lo siguiente: "*De esta forma, habiendo negado el acusado el envío de ningún whatsapp o mensaje a la denunciante, sin que por la acusación se haya desplegado actividad probatoria alguna dirigida a garantizar la autenticidad y/o integridad de los mismos, el testimonio de la víctima queda huérfano de una necesaria corroboración periférica de carácter objetivo que permita considerar plenamente probada la realidad de sus manifestaciones, atendiendo al elevado riesgo de manipulación y de suplantación del autor que presentan los referidos medios de comunicación*". El argumento responde a una interpretación errónea e irracional de la jurisprudencia del Tribunal Supremo; con este proceder, la Jueza de instancia impone o crea, *ex novo* y al margen de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, una presunción *iuris tantum* de falsedad en los mensajes de whatsapp aportados por la denunciante, la cual no habría sido vencida por las acusaciones al no haber aportado dictamen pericial alguno.

La Sentencia **300/2015**, de 19 de mayo, citada en la Sentencia recurrida, señala que, en efecto, las comunicaciones vertidas por whatsapp o demás mensajes a de mensajería instantánea son manipulables y adulterables y, por tal motivo, dice expresamente: "*El anonimato que autorizan tales sistemas y la libre creación de cuentas con una identidad fingida, hacen perfectamente posible aparentar una comunicación en la que un único usuario se relaciona consigo mismo. De ahí que la impugnación de la autenticidad de cualquiera de esas conversaciones, cuando son aportadas a la causa mediante archivos de impresión, desplaza la carga de la prueba hacia quien pretende aprovechar su idoneidad probatoria. Será indispensable en tal caso la práctica de una prueba pericial que identifique el verdadero origen de esa comunicación, la identidad de los interlocutores y, en fin, la integridad de su contenido*". De esta mención, la Jueza de instancia deduce que no se puede dar credibilidad a los mensajes aportados por la denunciante cuando el acusado ha negado haber contestado a los mismos y no se cuenta con un dictamen pericial, pero esta deducción no es correcta por las siguientes razones:

\* La Sentencia del Tribunal Supremo condiciona la necesidad de un dictamen pericial a la **impugnación** de la autenticidad de los mensajes por parte de la Defensa, lo que no ocurre en el presente caso, ya que ni en el escrito de conclusiones provisionales, ni como cuestión previa del juicio oral la Defensa impugnó la autenticidad de los mensajes, motivo por el que no se puede exigir a las acusaciones un dictamen pericial donde no hubo **impugnación**, debiendo tenerse en cuenta además que la propia Defensa propuso esa documentación como prueba en su escrito de conclusiones provisionales.



\* Asimismo, observamos que la Jueza de instancia incurre en un automatismo y mecanicismo que deben ser evitados; en efecto, de la lectura del contenido de los mensajes, que no fueron impugnados por la Defensa, se puede observar que son coherentes con lo declarado por la denunciante e, incluso, en el acto del juicio oral, el acusado reconoció un tanto crípticamente que a él le llegaban mensajes de la denunciante, pero que él " *los deslizaba y no le contestaba*". Del mismo modo, la Jueza *a quo*, llevada por el automatismo y por la presunción ideada con la interpretación errónea de la jurisprudencia, atribuye a la denunciante una capacidad técnica para manipular los mensajes de la que no existe indicio alguno y que sería algo totalmente desconectado del nivel cultural y de las posibilidades de la denunciante. La presunción de inocencia del acusado no supone una presunción de falsedad o de mentira en la denunciante.

En segundo lugar, la Jueza de instancia tampoco considera que el informe del Médico Forense, ratificado en el juicio oral por su autor, pueda considerarse un elemento corroborador periférico en este caso. Ciertamente, si se acoge el informe del Médico Forense o las **fotografías** de la denunciada aisladamente, la deducción de la Jueza *a quo* podría considerarse correcta, pero debe tenerse en cuenta que si se pone en relación las **fotografías** y la objetivación realizada por el Médico Forense, junto con los mensajes de whatsapp antes mencionados, el alcance probatorio de las **fotografías** y del informe podría variar, porque en los mensajes de whatsapp se observan **fotografías** de las mismas características a las presentadas al Médico Forense. Evidentemente, al alejarse de la valoración racional de la prueba en relación a los mensajes de whatsapp, la Jueza de instancia perpetúa su error en la valoración de las **fotografías** y las lesiones.

En conclusión, consideramos que la absolución estuvo basada en un error relevante en la valoración de la prueba en el que cayó la Jueza de instancia e, igualmente, constatamos que la parte apelante ha justificado suficientemente ese error de valoración fáctica en esta alzada. Por tal motivo, procede la estimación del recurso de apelación y la anulación de la Sentencia recurrida.

Respecto al juicio oral, el artículo 792.2 *in fine* de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece: " *La sentencia de apelación concretará si la nulidad ha de extenderse al juicio oral y si el principio de imparcialidad exige una nueva composición del órgano de primera instancia en orden al nuevo enjuiciamiento de la causa*": Consideramos que la nulidad debe extenderse al juicio oral, porque la nulidad de la Sentencia no proviene de la omisión de algún pronunciamiento, de alguna incongruencia de la Sentencia o de algún fenómeno similar, que permitiría que la misma Jueza dictara una nueva resolución incorporando los pronunciamientos omitidos, sino que la nulidad proviene de una errónea valoración de la prueba y entendemos que es preferible, para salvaguardar el principio de imparcialidad, que se celebre un nuevo juicio oral ante un juzgador diferente.

**CUARTO-** Se declaran de oficio las costas causadas en esta instancia conforme a lo previsto en los artículos 239 y 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

## FALLO

Que **ESTIMAMOS** el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Sra. París Noguera, en nombre y representación de Zulima, contra la Sentencia 450/2019, de 28 de octubre, del Juzgado de lo Penal nº 2 de Terrassa, dictada en su Rollo de Juicio Rápido 97/2019, la cual **ANULAMOS, así como el juicio oral celebrado previamente en dicho procedimiento** y, en consecuencia, **ORDENAMOS la celebración de un nuevo juicio oral ante un juzgador diferente de la Jueza que dictó la resolución ahora anulada**, declarando de oficio las costas de la presente alzada.

Esta Sentencia no es firme, y contra la misma se puede interponer recurso de casación por infracción de ley si se considera que, vistos los hechos que se declaran probados en la resolución, se ha infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que tenga que ser observada en la aplicación de la ley penal, preparando el recurso mediante escrito autorizado por un abogado y un procurador, si el recurrente no es el Ministerio Fiscal, escrito presentado dentro de los cinco días siguientes al de la última notificación de la Sentencia y en el que se tiene que pedir testimonio de la Sentencia y manifestar la clase de recurso que se intente utilizar.

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