



Roj: **SAP S 582/2021 - ECLI:ES:APS:2021:582**

Id Cendoj: **39075370032021100012**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Santander**

Sección: **3**

Fecha: **23/06/2021**

Nº de Recurso: **405/2021**

Nº de Resolución: **171/2021**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JUAN JOSE GOMEZ DE LA ESCALERA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA PROVINCIAL**

### **CANTABRIA**

#### **( Sección Tercera)**

Rollo de Sala número: **405/2021**.

**JUZGADO DE INSTRUCCIÓN NÚMERO UNO DE SAN VICENTE DE LA BARQUERA.**

Juicio: **394/2020**.

**Sentencia**: **23 de marzo de 2021** .

Recurrente: DON Anselmo .

Parte apelada: DON Arturo ; Y, DOÑA Ramona .

Apelación juicio por delito leve.

**SENTENCIA** núm. **171 / 2021**

**ILMO. SR.D. JUAN JOSÉ GÓMEZ DE LA ESCALERA**

En Santander, a veintidós de junio de dos mil veintiuno.

Este Tribunal, constituido en forma unipersonal por el Ilmo. Sr. Magistrado de esta Sección Tercera de la Audiencia Provincial, ha visto en grado de apelación la presente causa, seguida por el Procedimiento de Juicio por delito leve, procedente del **JUZGADO DE INSTRUCCIÓN NÚMERO UNO DE SAN VICENTE DE LA BARQUERA**, con el número de registro anteriormente indicado, por **delito leve de daños del artículo 263.2 del Código Penal** , **contra DON Arturo ; Y, DOÑA Ramona** , en calidad de *denunciados*, cuyas demás circunstancias personales ya constan en la **Sentencia** de instancia, habiendo intervenido el Ministerio Fiscal, y siendo parte *apelante* en esta alzada DON Anselmo , y parte *apelada* DON Arturo ; Y, DOÑA Ramona , y dicta en nombre de S.M. El Rey, la siguiente **Sentencia** conforme a los siguientes:

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

Se aceptan los de la **Sentencia** de instancia y se añade lo siguiente:

**PRIMERO.-** En la causa de que el presente Rollo de apelación dimana, por el **JUZGADO DE INSTRUCCIÓN NÚMERO UNO DE SAN VICENTE DE LA BARQUERA** se dictó **Sentencia** en fecha **23 de marzo de 2021** , cuyo relato de Hechos Probados y Fallo, es del tenor literal siguiente:

"HECHOS PROBADOS: SE DECLARA PROBADO que con fecha de 20 de abril de 2015 se dictó **sentencia** por este Juzgado a instancia de D. Arturo , que actuaba en nombre propio y en representación de su hermana D.ª Adelina , **contra** D.ª Amelia por la cual se la condenaba a que "retire los tabiques de ladrillo de las tres puertas tapiadas, señaladas en el plano de la página seis del informe pericial, dejando las mismas libres y



expeditas, para permitir la comunicación interior de las cuadras A y B entre sí y con la herona, advirtiéndole que, de no hacerlo por sí misma, se ejecutará a su costa, ascendiendo el valor total de la ejecución material de la obra a 1.203 euros".

Por auto de 13 de mayo de 2016 se dictó orden general de ejecución en ETJ 80/2016 a favor de D. Arturo **contra** D.<sup>a</sup> Amelia requiriéndola para que en el plazo de un mes cumpliera la **sentencia** y retirase los tabiques de ladrillo de las tres puertas tapiadas, del informe pericial del JV 395/2015, dejando las mismas libres y expeditas, para permitir la comunicación interior de las cuadras A y B entre sí y con la herona. Se la apercibió que si en el plazo indicado no cumplía con lo ordenado se mandaría ejecutar a su costa, ascendiendo el valor total de la ejecución material de la obra a 1.203 euros.

D.<sup>a</sup> Amelia no ha ejecutado voluntariamente la **sentencia**. Se le entregó a D. Arturo la cantidad prevista para la ejecución de la **sentencia**.

D. Anselmo ha interesado la intervención en el procedimiento ejecutivo por escrito de 5 de enero de 2021 dado que argumenta que en el lugar había dos muros, uno de su propiedad, que es el que ahora alega dañado, y otro paralelo de D.<sup>a</sup> Amelia, que esta ya habría derribado. Dicha cuestión, previo traslado a las partes, ha quedado pendiente de resolver, sin que hasta el momento se haya dictado auto.

D. Arturo contrató a un obrero para derribar el muro. El 25 de julio de 2020 se personó en el lugar dicho obrero y empezó a picar el muro, haciendo un pequeño agujero.

D. Arturo actuaba en cumplimiento de lo acordado en la ETJ 80/2016 y sin intención de causar un daño ilícito a la propiedad ajena.

*No ha resultado suficientemente acreditado que el uro en el que se hizo el agujero perteneciese a D. Anselmo. [...]*

FALLO: ABSUELVO a Arturo y a Ramona de los delitos lev s de los que habían sido denunciados, declarándose las costas de oficio".

**SEGUNDO.**- Por DON Anselmo se interpuso en tiempo y forma **recurso** de apelación, que fue admitido a trámite en virtud de providencia del Juzgado dictada al efecto, y dado traslado del mismo a las restantes partes, se elevó la causa a esta Audiencia Provincial, Sección Tercera, en la que se turnó el Rollo y se pasó al Magistrado unipersonal correspondiente.

**TERCERO.**- En la tramitación de este juicio en la alzada se han observado las prescripciones legales excepto la de dictar **sentencia** en el plazo señalado en el artículo 792.1 (al que remite el 976.2), ambos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por acumulación de asuntos pendientes.

## HECHOS PROBADOS

**ÚNICO.**- Se aceptan los de la **Sentencia** de instancia, anteriormente reproducidos.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.- PLANTEAMIENTO.** Por DON Anselmo se recurre en apelación la **sentencia absolutoria** dictada alegando error en la valoración de la prueba e infracción del artículo 972 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Sin embargo, no solicita la nulidad del juicio ni de la **sentencia** dictada.

**SEGUNDO.**- Planteada la cuestión en los términos anteriormente expuestos es lo cierto que nos encontramos ante una **sentencia absolutoria**, que se recurre en apelación por el denunciante **DON Anselmo** para que se dicte **sentencia** condenatoria conforme a sus peticiones formuladas en el acto del juicio.

La Ley 41/2015 de 5 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ha consagrado en dicha norma la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional español, ajustando la Ley a los parámetros establecidos por aquélla, dando una nueva redacción a los artículos 790 y 792 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, modificando sustancialmente el régimen de los **recursos contra sentencias** absolutorias o de los **recursos** en los que se postula un agravamiento de las **sentencias** condenatorias. La nueva regulación se aplica a partir del 6 de diciembre de 2015, fecha de entrada en vigor de la citada Ley y para los procesos incoados a partir de ésta, siendo por ello plenamente aplicable al caso que aquí se enjuicia.

Dicha jurisprudencia es la constituida por las **Sentencias** del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos, entre otros, **Bazo contra España**, **Constantinescu contra Rumanía**, **García Hernández contra España**, **Jan Ake Andersson contra Suecia**, **Hoppe contra Alemania**, **Almenara contra España**, **Fedje contra Suecia**, **Valbuena Redondo contra España**, **Spinu contra Rumanía** o **Porciol Terribas y otros contra España**, y por las **Sentencias**



del Tribunal Constitucional que, arrancando en la STC Nº 167/2002 se ha ido consolidando en un numeroso cuerpo de doctrina entre las que son notables las SsTC Nº 1 y 2/2010 de 11 de enero, 30/2010 de 17 de mayo, 127/2010 de 29 de noviembre, 45 y 46/2011 de 11 de abril, 135/2011 de 12 de septiembre, 142/2011 de 26 de septiembre, 153 y 154/2011 de 17 de octubre, siendo las últimas las SsTC Nº 22/2013 de 31 de enero y 195/2013 de 2 de diciembre y 105/2014 de 23 de junio y 191/2014 de 17 de noviembre.

Expuesto lo anterior, y conforme a dicha doctrina, *si los motivos de apelación se fundamentan en el posible error en la apreciación de la prueba, y esta prueba es de naturaleza personal* (es decir, emitida en el plenario por personas, como pueden ser las declaraciones de quienes son parte en el proceso o de los testigos, o incluso el componente subjetivo que pueda existir en los dictámenes de los peritos, o en los croquis, o las explicaciones que las partes ofrezcan sobre la consideración de la prueba documental), *para poder modificar los hechos probados es preciso que el órgano de alzada pueda percibir con inmediatez aquella prueba personal anteriormente valorada por el juez de instancia, o lo que es lo mismo, que se repita el juicio completo, pero ante el órgano de apelación*, posibilidad que no está prevista en nuestra Ley Rituaria, que tan solo prevé la celebración de vista pública en la segunda instancia en los supuestos previstos en el artículo 791 de la misma, es decir, cuando se proponga y se admita la prueba que no pudo ser propuesta en la primera instancia o que debidamente propuesta fue indebidamente denegada por el órgano *a quo*, o aquella prueba que no pudo ser practicada en la primera instancia (esto es, *nunca* la prueba ya practicada en el acto del juicio oral); cuando se proponga y se admita la reproducción de la grabada (que no es equiparable ni sustituye a la necesaria inmediatez como recuerdan las SsTC Nº 120/2009 de 18 de Mayo, 2/2010 de 11 de Enero o 30/2010 de 17 de Mayo); o cuando el Tribunal la estime necesaria para la correcta formación de una convicción fundada (pero en este caso sin que el Tribunal pueda elegir y practicar pruebas a tal efecto).

La aplicación de la anterior doctrina, implica *de facto* la **virtual imposibilidad de estimar recursos de apelación contra sentencias absolutorias cuando los mismos se motivan exclusivamente en la distinta valoración de las pruebas personales, o cuando la valoración de otras pruebas de distinta naturaleza conlleve tener que acudir a lo que las partes han dicho sobre ellas**, tal y como sucedería en el presente caso si la Sala procediera, como pretende la recurrente, a celebrar la vista pública interesada y a practicar en esta alzada las pruebas pretendidas, las cuales *no podría valorar sin ponerlas en relación con el resto de las pruebas personales practicadas en primera instancia*, lo que como se ha dicho le está vedado a este órgano de alzada.

Al hilo de la anterior doctrina y toda vez que en el caso que nos ocupa el órgano sentenciador funda su pronunciamiento absolutorio en los testimonios prestados por las partes a presencia judicial, de cuya valoración no ha deducido la existencia de suficiente prueba de cargo, y dado que dichos testimonios no pueden ser valorados de distinta forma en la segunda instancia, al no haber sido apreciados directamente por el Tribunal, y no permitirlo expresamente la Ley, la **Sentencia absolutoria** dictada por el Juzgado no puede por ello ser modificada, no procediendo por tanto la práctica de las pruebas interesadas en esta alzada, por su imposibilidad de valoración de forma desconectada con el resto del material probatorio.

El nuevo artículo 792.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal señala 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. 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*** ".

Por su parte, el nuevo artículo 790.2, párrafo tercero, dice 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*".

Es decir, que **contra** las **sentencias** absolutorias - o *para agravar una **sentencia** condenatoria*- lo único que se podrá pedir será la **anulación**. Y por motivos tasados. Lo que nunca se podrá pedir al órgano *ad quem* es la revocación para condenar, que es lo que aquí hace el recurrente DON Anselmo.

De conformidad con la anterior doctrina y toda vez que en el caso que nos ocupa el órgano sentenciador funda su pronunciamiento absolutorio en pruebas personales, que no pueden ser valoradas de distinta forma en la segunda instancia, al no haber sido apreciadas directamente por el Tribunal, y no permitirlo expresamente la Ley, la **sentencia absolutoria** dictada por el Juzgado no puede por ello ser modificada, máxime cuando en su relación circunstanciada de hechos probados no se contienen elementos fácticos que permitan sostener un pronunciamiento de condena como el delito pretendido. Siendo esto así, la estimación del **recurso** exigiría a la Sala volver a valorar las pruebas personales practicadas en el plenario, lo que como se ha dicho le está



vedado, de suerte que, **al no haberse interesado su nulidad, proceda la confirmación de la *sentencia* dictada de primera instancia** .

Por ello, hay que atender a los hechos probados que la **sentencia** contiene. El artículo 240.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial prohíbe a este tribunal declarar la nulidad de una **sentencia** sin petición de parte " **En ningún caso podrá el juzgado o tribunal, con ocasión de un *recurso*, decretar de oficio una nulidad de las actuaciones que no haya sido solicitada en dicho *recurso* ...**" y tampoco cabe a la luz de la doctrina citada que este tribunal modifique los hechos en perjuicio del acusado con fundamento en la prueba personal practicada en la vista. El valor de la inmediación y de la intangibilidad de las conclusiones obtenidas por el juez de instancia en supuestos de prueba personal practicada en la vista oral no se exceptúa en caso alguno, salvo que se practique prueba en apelación, lo que aquí no ha sucedido.

**La Sala no puede, por impedirlo la Ley vigente, sustituir la valoración probatoria que ha efectuado el juzgador de instancia por la suya propia o por la de la parte recurrente, estableciendo unos nuevos hechos probados que, según el recurrente, resultan claramente de la prueba practicada en el acto del juicio. Y tampoco puede anular la *sentencia* por alguno de los motivos tasados en el artículo 792 porque ni lo ha pedido parte alguna ( art. 240.2 LOPJ ) ni concurre ninguno de esos motivos tasados.**

Tampoco puede admitirse la prueba documental aportada en segunda instancia al no cumplirse ninguno de los requisitos establecidos en el artículo 790.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Así las cosas, no puede esta Sala más que mantener la apreciación del juzgador *a quo* y confirmar la **sentencia absolutoria**, desestimando el **recurso** de apelación interpuesto.

**TERCERO.- COSTAS.** Las costas de esta alzada, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 239 y 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se declaran de oficio, al no apreciarse en el **recurso** temeridad o mala fe.

Por cuanto antecede, VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

## FALLO

Que, **desestimando íntegramente el *recurso* de apelación interpuesto por DON Anselmo , contra la *Sentencia* de fecha 23 de marzo de 2021 dictada por el JUZGADO DE INSTRUCCIÓN NÚMERO UNO DE SAN VICENTE DE LA BARQUERA** , en los autos de Juicio por delito leve a que se contrae el presente Rollo de apelación, debo **CONFIRMAR y CONFIRMO** la misma, declarando de oficio las costas de la alzada.

Y con testimonio de esta resolución, devuélvase los autos originales al Juzgado de procedencia para su ejecución y cumplimiento.

Así por esta mi **Sentencia**, de la que se unirá certificación literal al Rollo, juzgando, lo pronuncio, mando y firmo.

E/

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior **Sentencia** por el Sr. Magistrado que la firma, estando celebrando Audiencia Pública, el mismo día de su fecha. **DOY FE.**

De conformidad con lo dispuesto por la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales y la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, no podrán ser objeto de tratamiento los datos personales relativos a condenas e infracciones penales, así como a procedimientos y medidas cautelares y de seguridad conexas, para fines distintos de los de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales. Se exceptúa el supuesto de que dicho tratamiento se encuentre amparado en una norma de Derecho de la Unión Europea, en las leyes orgánicas 6/1985, 3/2018 o en otras normas de rango legal o cuando sea llevado a cabo por abogados y procuradores y tengan por objeto recoger la información facilitada por sus clientes para el ejercicio de sus funciones. El órgano judicial es el responsable del tratamiento y el Consejo General del Poder Judicial la autoridad de control en materia de protección de datos de naturaleza personal contenidos en ficheros jurisdiccionales.