



Roj: **SAP MA 1221/2017 - ECLI: ES:APMA:2017:1221**

Id Cendoj: **29067370022017100130**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Málaga**

Sección: **2**

Fecha: **30/06/2017**

Nº de Recurso: **22/2017**

Nº de Resolución: **298/2017**

Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**

Ponente: **LOURDES GARCIA ORTIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SECCION SEGUNDA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MALAGA

CALLE FISCAL LUIS PORTERO GARCÍA S/N

Tif.: 951939012- 677982037-677982038/39/40 . Fax: 951939112

NIG: 2906751P20080004490

Nº Procedimiento:Apelación Sentencias Proc. Abreviado 22/2017

Asunto: 200140/2017

Negociado: E

Proc. Origen: Procedimiento Abreviado 512/2008

Juzgado Origen: JUZGADO DE LO PENAL Nº10 DE MALAGA

Contra: Ildefonso , Nicolas y Víctor

Procurador: MARIA ANGELES CAMPOS FUENTESy LOURDES CANO VALENZUELA

Abogado: JAVIER HERNANDEZ LOZANOy PEDRO APALATEGUI DE ISASA

Ac. Part.: Ildefonso , Carmelo , Nicolas y Víctor

Procurador:

Abogado: JAVIER HERNANDEZ LOZANO, ANTONIO PLEGUEZUELOS COBOy PEDRO APALATEGUI DE ISASA

SENTENCIA N° 298

ILTMAS. SRAS.

PRESIDENTA.

DÑA. LOURDES GARCIA ORTIZ

MAGISTRADA/O.

DÑA. CARMEN SORIANO PARRADO.

DÑA MARIA LUISA DE LA HERA RUIZ BERDEJO

En Málaga a 30 de junio de de 2017

Vistos en grado de apelación, por la Sala Segunda de esta Audiencia, los presentes autos de Procedimiento Abreviado, procedente del Juzgado de lo Penal nº 10 de Málaga , siendo parte el Ministerio Fiscal, actuando como apelante Carmelo , con la representación del procuradora José Manuel Páez Gómez y la defensa del letrado a. Pleguezuelos Cobo, y como parte apelada Ildefonso representado por la procuradora María Ángeles Campos Fuentes y asistida del letrado Javier Hernández Lozano, Víctor y Nicolas represetandos por la procuradora Lourdes Cano Valenzuela y asistidos por el letrado Pedro Apalategui.



Fue Ponente, la Iltrma. Sra. Magistrada D^a. LOURDES GARCIA ORTIZ

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Que con fecha 25 de septiembre 2015, el Juzgado de lo Penal número 14 de Málaga, dictó sentencia en las presentes actuaciones, estableciendo el siguiente relato de hechos probados: " Se declara expresamente probado que el Ministerio fiscal y la acusación particular formularon acusación contra los acusados Nicolas , Víctor y Ildefonso en base a los siguientes hechos: sobre las 12:00 horas del día 9 de enero de 2003, el acusado Ildefonso , en calidad de encargado de obra de Benalcasa 2000 S.A., siguiendo instrucciones de los acusados Víctor y Nicolas Administrador único y apoderado respectivamente de la citada sociedad y utilizando maquinaria pesada, causó desperfectos que han sido pericialmente tasados en 1, 8000 euros en la finca sita junto a la Cañada de los Carros de la localidad de **Torremolinos** e inscrita en el Registro de la Propiedad de Málaga nº 10 de, libro NUM000 , tomo NUM001 , folio NUM002 , finca NUM003 , inscripción 1 p , la cual venía siendo ocupada desde hacía aproximadamente 35 años por Carmelo , era propiedad de la sociedad Cogilcodos S.L. (fundada por los acusados Nicolas y Víctor y de la que el primero era Administrador Único, en virtud de escritura pública de compraventa de fecha 25 de junio de 2002, todo ello con intención de tomar efectiva posesión de los citados terrenos.

El perjudicado reclama la indemnización que legalmente le corresponde por estos echos.

No han quedado acreditados los hechos por los que se acusa a Nicolas , Víctor y Ildefonso . ", recayendo el siguiente fallo: " que debo absolver y absuelvo a Nicolas , Víctor y Ildefonso de los cargos que se le pudieran haber imputado, dejándose sin efecto cualquier medida que le hubiere sido impuesta a resultas de esta causa una vez sea firme la presente resolución, declarando de oficio las costas generadas en esta instancia. "

SEGUNDO: Que la sentencia fue recurrida en apelación por el procurador Don José Manuel Páez Gómez en representación de Don Carmelo , alegando esencialmente error en la valoración de la prueba e infracción de preceptos sustantivos, infracción de las garantías procesales del artículo 24 de la CE interesando la condena de Víctor y Nicolas como autores de un delito de realización arbitraria del propio derecho del artículo 445.1 del CP en concurso ideal con un delito de daños del artículo 263 del CP y al pago de las responsabilidades civiles solicitadas en sus conclusiones provisionales elevadas a definitivas en el acto de la vista.

TERCERO: Admitido el recurso y transcurrido el plazo de días, a partir de su traslado a las demás partes, se presentó escrito de adhesión por el Ministerio Fiscal y de impugnación por la representación procesal de Don Ildefonso , Don Nicolas y Víctor .

Se elevaron los autos a esta Audiencia, y se deliberó la presente resolución.

CUARTO: En la substanciación del recurso se han observado las prescripciones legales.

Se acepta el relato de hechos probados de la sentencia de instancia.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO: El apelante ha alegado que existen en la causa y en la prueba realizada en el acto del juicio oral, acreditación suficiente de la forma en que ocurrieron los hechos, tal como ha mantenido esta parte, solicitando la revocación de la sentencia y que se condene a los acusados a las penas solicitadas en la vista oral.

Por los impugnantes del recurso se ha manifestado que las alegaciones contenidas en el recurso de apelación nada nuevo aportan a lo ya manifestado en el juicio oral, siendo mera reiteración de los argumentos ya esgrimidos, afirmando que no existe prueba de cargo apta y suficiente para desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia de sus representados, y considerando que la sentencia dictada por el juzgador a quo se ajusta en su valoración de la prueba a la practicada en el acto del juicio, siendo la misma ajustada a derecho, intentando la parte apelante exclusivamente imponer su criterio particular, subjetivo, propio e interesado frente al criterio ponderado del juzgador, el cual, ha llegado a dicha conclusión y fallo tras una valoración de la prueba en conciencia, conforme a lo dispuesto en el artículo 741 de la L.E.Criminal , con las garantías que ofrece el principio de inmediación y contradicción procesal establecidas en la Ley, y de la que solo puede disponer el juez a quo.

Damos por reproducido el análisis doctrinal del tipo penal de la realización arbitraria del propio derecho y el análisis concreto relativo a los hechos enjuiciados en el sentido de que la acción ejercitada en su caso no consiste en la ilegítima toma de posesión de unos terrenos, de los que por cierto los Sres Nicolas Víctor eran los adquirentes, habiendo quedado claro en el plenario que el Sr. Carmelo carecía de derecho alguno en el que basar su posesión y por tanto no se trataría de un acto de apoderamiento, sino que, de incardinarse los



hechos denunciados en algún tipo penal sería en el de Daños, por los que ha acusado la acusación particular en concurso medial con un delito de realización arbitraria del propio derecho.

En el delito de realización arbitraria del propio derecho, previsto en el art. 455.1 del C. Penal el autor busca la reparación de un empobrecimiento injusto y así lo ha venido reiterando la jurisprudencia del Tribunal Supremo, constatando también la exigencia de actuar con ánimo de realizar un derecho propio, siendo una infracción esencialmente dolosa que requiere la utilización de violencia, intimidación o fuerza en las cosas. Dicho ánimo marca la diferencia con el delito de robo que existe cuando concurre un ánimo de lucro y en el caso de que aunque no se haya alcanzado el propósito que guiaba a los agentes del hecho, el delito se consuma por la violencia e intimidación empleada (STS de 20-3-2002) y aunque el autor del delito es el que tiene la condición de titular del derecho que se trata de realizar fuera de las vías legales, mediante violencia, intimidación o fuerza en las cosas, el extraño que coopera puede reputarse cooperador necesario (artículo 28.2 del Código Penal) o cómplice (artículo 29 del mismo código) manteniendo el título de imputación.

La Sala comparte el criterio y la conclusión a la que llega el Juzgador a quo después de realizar un análisis de las pruebas testificales realizadas en el juicio oral, bajo los principios de la inmediación, publicidad, oralidad y contradicción, y de la misma forma que él concluye, la Sala no puede sino insistir en la falta de prueba de cargo suficiente llevada a cabo en el plenario.

Así, visionada la grabación del juicio, vemos que el acusado Nicolas negó haber participado en los hechos e insistió en que adquirieron una finca libre de cargas, enterándose del conflicto con Carmelo cuando recibió la denuncia, pues el no estaba en la obra de que la Ildefonso era el encargado, con el que apenas tuvo relación, añadiendo que invirtieron cerca de cinco millones de euros en la compra de la finca en cuestión, ignorando la existencia de una especie de chabola ni de que hubiera **perros**. Asimismo su hermano Víctor también manifestó que no tuvo conocimiento de que hubiera un establo ni una perrera y que no había nada construido, ni persona alguna desde hacia 35 años, tan solo una señora en la casita del agua a la que se le alquiló un piso, insistiendo en que Ildefonso no recibió ordenes de causar destrozos, teniendo tan solo constancia no directa de que había **perros** en mal estado y de que vino la perrera y se los llevó. Por su parte Carmelo puso de manifiesto que hacia cuarenta años le dieron autorización para ocupar la finca para que tuviera allí sus animales y tenía **perros**, gallinas, conejos y un caballo así como una cuadra de obra y otra de madera, que los **perros** desaparecieron y el caballo apareció a los tres días en mal estado y también dijo que el encargado de la obra le manifestó que iban a hacer una urbanización pero no le dijo que desalojara, esperando que le traspasasen a otro sitio, pero cuando derribaron aquello el no estaba allí y por tanto no presenció quien y de que manera lo hicieron, siendo solo el testigo Sr Cesareo el que dijo que vio una excavadora derribar lo que allí había, si bien

Ildefonso, en su declaración como acusado en el acto del juicio tampoco arrojó luz sobre lo realmente acaecido en orden a determinar la autoría de los hechos enjuiciados, puesto que partiendo de que trabajaba como encargado para la empresa de construcción y de que los hermanos Nicolas Víctor eran los propietarios de la empresa donde trabajaba, así como que iban a construir en la finca, dijo que no sabía que Carmelo estuviera en la finca desde hacia cuarenta años, aunque sabía que estaba ese hombre pero no el tiempo que llevaba allí, y que le dijo que la empresa para la que trabajaba iba a hacer allí una obra, que estaban trabajando con las máquinas y que tenía que abandonar el terreno, no recordando si se le dio plazo concreto, y como no rezaba que el tuviese nada allí, se tenía que ir, añadiendo que había una corraleta con palés, con **perros** y chatarra, que actuaba por orden de los hermanos Nicolas Víctor en el tema de la obra, y aunque a los folios 139 a 141, donde consta su declaración ante el Juzgado de Instrucción, se recogiera que realizó los destrozos, negó en el plenario haber tirado nada y añadió que el aparejador era su superior, que llamaron a la perrera para que recogieran los **perros** que se quedaron sueltos y que del caballo no sabía nada, así como insistió en que las máquinas las llevaba una subcontrata, y por último, el testigo Marino, representante de la sociedad que vendió los terrenos, reiteró que vendió en 2002 la finca a los hermanos Nicolas Víctor y no había ningún tipo de arrendamiento ni ocupantes de la finca, ignorando quien es Carmelo, así como que los que le vendieron a él le dijeron que había un señor en precario que tenía uno, dos o tres caballos, pero no tuvo trato con él y no recordaba si informó de ello a los hermanos Nicolas Víctor, no habiendo hablado con Carmelo ni tampoco le consintió su estancia en la finca, pues no tenía ningún tipo de derecho a estar allí.

Dicho acerbo probatorio ha sido analizado por el Juzgador de Instancia en el fundamento de derecho segundo de la sentencia recurrida y ha llegado a la conclusión de que no ha revelado con datos suficientes en el plenario que le permitieran declarar probados los hechos tal como los habían planteado las acusaciones, y así las cosas, estimamos procedente el mantenimiento de la conclusión absolutoria a la que llega el juzgador de instancia, ante las dudas más que razonables que se evidenciaron y la falta de prueba de cargo contra los denunciados, lo que sin duda ha de conducir a la confirmación de la sentencia íntegramente, por sus propios fundamentos y por ser conforme a Derecho.



Dicho lo anterior, con carácter general y en cuanto al error en la valoración de la prueba se refiere, que es esencialmente la cuestión planteada por la apelante, hemos de señalar que la pretensión sustentada por el recurrente radica en sustituir el criterio imparcial del juzgador "a quo", obtenido de la apreciación en conciencia de las pruebas practicadas (artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) plasmada como conclusión fáctica en los hechos probados que son premisa del fallo recurrido, por su propia, subjetiva y necesariamente interesada apreciación de la prueba, pretensión que no puede acogerse en esta alzada, toda vez que la relación histórica del hecho enjuiciado no debe ser sustituida ni modificada en apelación, salvo cuando concurra alguno de los supuestos siguientes:

- 1) que se aprecie manifiesto y patente error en la apreciación de la prueba;
- 2) que el relato fáctico sea incompleto, incongruente o contradictorio;
- 3) que sea desvirtuado por nuevos elementos de prueba practicados en segunda instancia.

Al no haberse dado ninguno de los expresados supuestos en el caso enjuiciado, en el que el Juzgador de instancia valoró correctamente la prueba a la vista del contenido de la grabación realizada en el acto del juicio oral y plasmó adecuadamente su convicción en un relato histórico preciso y congruente, procede la confirmación del mismo tal como se expresa en la sentencia apelada.

Por otro lado, el principio de inmediación coloca al juzgador a quo en una posición privilegiada para apreciar y valorar los hechos objeto del debate con el efecto y valor de prueba directa a los efectos del art. 741 de la L.E.Crim ., En este sentido se han pronunciado numerosas sentencias del Tribunal Supremo, así las SS. de 27 de septiembre de 1995 , 24 de enero de 2000 , 23 de mayo de 2002 , 25 de febrero de 2003 y 21 de abril de 2004 ; y del Tribunal Constitucional, SS. 167/2002 y 43/2005 .

A mayor abundamiento, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en el mismo sentido, especialmente en los casos en que la pretensión del recurrente es combatir el fallo absolutorio de una sentencia en primera instancia, para solicitar la condena del denunciado, entre otras las sentencias las siguientes, 41/2003 y 10/2004 que vinieron a modificar sustancialmente el criterio mantenido hasta ese momento en cuanto a la posibilidad de revisión por el Tribunal de apelación de las sentencias dictadas en primer instancia (con fallo absolutorio) implantando nuevos criterios restrictivos, cuando la revisión se centra en la apreciación de la prueba, es decir, si en la segunda instancia no se practican nuevas pruebas no puede el Tribunal ad quem revisar la valoración de las practicadas en primera instancia, siempre que por la índole de las mismas sea exigible la inmediación y la contradicción, de forma que, incluso, en los supuestos en que se trate de apreciar pruebas objetivas junto con otras de carácter personal que dependen de los principios de inmediación y contradicción, el Tribunal Constitucional veda la posibilidad de modificar el criterio mantenido por el juzgador a quo.

Doctrina reiterada posteriormente en las más recientes SSTC de 23 de febrero y 9 de julio de 2009 y 17 de mayo y 29 de noviembre de 2010 , señalando en estas últimas que, incluso en los casos en los que el Tribunal de apelación revisa la estructura racional del discurso valorativo y los juicios de inferencia, en los que cabe revisar la lógica de la valoración probatoria del Juez de instancia, para corregir el relato de hechos probados, sin necesidad de inmediación, el T.C. ha insistido en que también en estos supuestos, en la medida en que las inferencias provengan inequívocamente de una valoración de pruebas personales, como sucede en el presente caso, resulta constitucionalmente necesario un examen directo y personal de dichas pruebas en respeto de las garantías de inmediación.

En el mismo sentido, SSTC de 26 de septiembre de 2011 , 12 de noviembre de 2012 y 11 de abril de 2013 .

En el supuesto concreto, si bien esta Sala ha podido visionar la grabación realizada, en modo alguno ello se sustituye la inmediación de la que se ha beneficiado el juzgador de instancia, debiendo confirmar íntegramente la resolución dictada por el Juzgador a quo.

TERCERO: Pese a ser desestimatoria la resolución del recurso, no observándose mala fe o temeridad en la interposición del mismo, procede declarar de oficio las costas causadas en esta alzada.

Vistos los preceptos citados y demás normas de pertinente y general aplicación.

FALLAMOS:

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por Don José Manuel Páez Gómez en representación de Don Carmelo , al que se adhirió el Ministerio Fiscal, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal número 10 de Málaga, anteriormente especificada, debemos confirmar y confirmamos la citada resolución, por sus propios fundamentos y por ser ajustada a Derecho, con declaración de oficio de las costas procesales de esta alzada.



Notifíquese esta resolución a todas las partes, haciéndoles saber que contra ella no cabe otro recurso que el extraordinario de revisión.

Dedúzcase testimonio y remítase, junto con el procedimiento principal al Juzgado de su procedencia.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por la ltma. Sra. Magistrada ponente que la dictó.
Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ