



Roj: **SAP MU 601/2012 - ECLI: ES:APMU:2012:601**

Id Cendoj: **30030370022012100100**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Murcia**

Sección: **2**

Fecha: **06/03/2012**

Nº de Recurso: **16/2012**

Nº de Resolución: **109/2012**

Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**

Ponente: **MARIA DEL CARMEN POZA CISNEROS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2**

**MURCIA**

**SENTENCIA: 00109/2012**

**SENTENCIA**

**NÚM. 109/12**

**ILMOS. SRS.**

D. ABDÓN DÍAZ SUÁREZ

**PRESIDENTE**

D. AUGUSTO MORALES LIMIA

DÑA. MARIA POZA CISNEROS

MAGISTRADOS

En la Ciudad de Murcia, a seis de marzo de dos mil doce.

Habiendo visto, en grado de apelación, la Sección Segunda de esta Ilustrísima Audiencia Provincial, el Procedimiento Abreviado que, por delito de robo con fuerza en las cosas, se ha seguido, en el Juzgado de lo Penal número Uno de Murcia, bajo el núm. 11/10 y, antes, en el Juzgado de Instrucción núm. Tres de Murcia, como Procedimiento Abreviado 84/08 (Diligencias Previas núm. 2305/07), contra Jose María , representado por la Procuradora Dña. Yolanda López Carrasco y defendido por la Letrada Dña. Silvia González Martínez Lacuesta y contra Amadeo , representado por el Procurador D. Antonio Rentero Jover y defendido por la Letrada Dña. M<sup>a</sup> José González Jiménez, habiendo sido partes, en esta alzada, el Ministerio Fiscal que actúa como apelado, así como los acusados que lo hacen como apelantes. Es ponente la Ilma. Sra. Magistrada Dña. MARIA POZA CISNEROS, que expresa la convicción del Tribunal.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.**- El Juzgado de lo Penal citado dictó, en los referidos autos, sentencia con fecha 28.9.11 , sentando como hechos probados los siguientes:

*" Se declara probado que los acusados de acuerdo y con ánimo de obtener ilícito provecho, acudieron a la nave industrial abandonada, propiedad de Eusebio , sita en carretera de Alicante, partido judicial de Murcia, y escalando Amadeo por una viga de madera entró a través de una ventana, apoderándose de cables de cobre que había dentro, ayudándole Jose María a trasladar el cobre a su coche, siendo sorprendidos momentos después por agentes de la Policía Local de Murcia cuando se disponían a introducir el cobre en el interior del vehículo."*

**SEGUNDO.**- Estimando la Juzgadora recurrida que los referidos hechos probados eran constitutivos de delito, dictó el siguiente " **FALLO:** Que debo condenar y condeno a Amadeo y a Jose María ya circunstanciados, como



autores responsables de un delito de robo con fuerza las cosas en grado de tentativa, a la pena cada uno de ellos de 6 meses de prisión, con inhabilitación del derecho de sufragio pasivo durante ese tiempo. Y al abono por mitad de las costas procesales. "

**TERCERO.**- Contra la anterior sentencia, en tiempo y forma, la Defensa de Jose María interpuso recurso de apelación, del que se dio traslado a las demás partes, oponiéndose el Ministerio Fiscal a su estimación.

**CUARTO** .- Igualmente, contra la anterior sentencia, en tiempo y forma, la defensa de Amadeo interpuso recurso de apelación, del que se dio traslado a las demás partes, oponiéndose el Ministerio Fiscal a su estimación.

**QUINTO.**-Teniéndose por interpuesto el recurso en ambos efectos, se remitieron por el Juzgado las diligencias originales a esta Audiencia, en la que se formó el oportuno Rollo bajo el núm. 16/12 y, por providencia de 25.1.12, se señaló la deliberación, votación y fallo de la causa para el 6.3.12 siguiente, en que ha tenido lugar.

**SEXTO.**- En la sustanciación de ambas instancias se han observado las prescripciones legales.

## HECHOS PROBADOS

**ÚNICO.**- Se admite la declaración de hechos probados de la sentencia recurrida, si bien suprimiendo, en ella, toda referencia a un acuerdo previo entre los acusados y añadiendo que "No ha quedado justificado que Jose María tuviera conocimiento del origen del cobre".

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.**- Contra la sentencia de instancia, reacciona la representación procesal del condenado Jose María, invocando, en primer lugar, error en la apreciación y valoración de las pruebas determinante de una incorrecta determinación de hechos probados y de una incorrecta aplicación por indebida de los artículos 237, 238.1 y 240 del Código Penal, en relación, en concreto, a) con la participación de su representado en los hechos, en cuanto no existió acuerdo previo ni ánimo de lucro, al haber accedido a acudir a la llamada del coacusado para recoger el cobre cuya procedencia desconocía aquél; b) con la incoherencia que representa afirmar, al tiempo, que la nave estaba abandonada y que no se causó perjuicio a los propietarios, que nada reclaman y condenar por delito de robo, incidiendo, en particular, en el requisito de ajeneidad de la cosa, que no concurre en lo que sería res derelictae. En segundo lugar, se cita, como motivo del recurso, una genérica invocación de la presunción de inocencia. Por su parte, la representación procesal del también condenado Amadeo limita su recurso al único motivo de error en la apreciación de la prueba y consecuente infracción de precepto legal ( artículo 237 del Código Penal ), centrado en la no concurrencia del requisito de ajeneidad de la cosa, ya que, por el abandono de la nave y dejación de medidas de seguridad, se trataría de res nullius, derelictae o declinae.

**SEGUNDO.**- Una vez delimitado el concreto objeto devolutivo, es preciso proceder a su análisis, en parte conjunto, dado que el recurso de Rubén contempla también el único motivo invocado por el otro recurrente, teniendo en cuenta las *limitaciones que, con carácter general, afectan a las facultades revisoras del tribunal de apelación*. La doctrina del Tribunal Constitucional permite al Juez o Tribunal de apelación valorar las pruebas practicadas en primera instancia, así como examinar y corregir la ponderación llevada a cabo por el Juez de primer grado, considerando que el recurso de apelación otorga plenas facultades al Juez o Tribunal "ad quem" para resolver cuantas cuestiones se le planteasen, sean de hecho o de derecho, por tratarse de un recurso ordinario que permite un "novum iudicium" ( SSTC 124/83, 54/85, 145/87, 194/90, 21/93, 120/94, 272/94 y 157/95 ). Sin embargo, esta doctrina relativa a las facultades del tribunal "ad quem", en cuanto a las sentencias absolutorias, fue matizada o corregida por el propio Tribunal Constitucional en la sentencia 167/2002, de 18 de septiembre (y en otras posteriores), estableciendo que el respeto a los principios de inmediación y contradicción, vigentes también en la segunda instancia, impiden que el tribunal de apelación que no ha practicado las pruebas pueda modificar la valoración que de las pruebas personales haya hecho el juez de instancia. Esta nueva doctrina ha sido objeto de *tres interpretaciones* en el orden jurisdiccional: primera, que no resulta factible revocar una sentencia absolutoria de la primera instancia sin practicar de nuevo en la segunda las pruebas personales que dependan de los principios de inmediación y contradicción, obligando el Tribunal Constitucional a reproducir en segunda instancia la prueba ya practicada en la primera o al menos la declaración del acusado, sin modificación de la normativa procesal vigente; segunda, que no cabe de facto revocar en la segunda instancia las sentencias absolutorias dictadas en las causas en las que la práctica de la prueba depende en cierta medida de los principios de inmediación, oralidad y contradicción, limitándose así el derecho a los recursos de las partes perjudicadas y del Ministerio Fiscal; y tercera, que la nueva jurisprudencia del Tribunal Constitucional equivale a una declaración de inconstitucionalidad del anterior artículo 795 LECrim. y del nuevo artículo 790, reformado por la Ley 38/2002. De esas tres interpretaciones, la primera ha sido



objeto de severas críticas, considerando que supone la creación ex novo de trámites procesales legalmente inexistentes, a la vista de las restricciones que impone el apartado 3 del citado artículo 790 LECrim ., para la práctica de prueba en segunda instancia, no existiendo, tampoco, precepto legal que obligue al acusado absuelto a someterse a un segundo procedimiento oral ante la Sala. Y también ha sido criticada la tercera de las interpretaciones, pues, como señala la Sentencia de esta misma Audiencia Provincial, Sección 5ª, de 28.11.11 , " *lo que hace el Tribunal Constitucional es declarar contraria a la Constitución una práctica judicial concreta que excede de los límites de las facultades de revisión atribuidas por el modelo limitado de apelación vigente en nuestro ordenamiento, no la regulación legal en sí misma, ya que ésta admite perfectamente una interpretación conforme con la Constitución* ". De entre estas tres interpretaciones, en efecto, la Sala 2ª del Tribunal Supremo , se ha decantado por la segunda de las interpretaciones, señalando que " *las recientes SSTC 167/2002, de 18 de septiembre, 170/2002, de 30 de septiembre, 199/2002, de 28 de octubre y 212/2002, de 11 de noviembre de 2002, han modificado la doctrina anterior del Tribunal Constitucional para reconocer que también en la resolución del recurso de apelación las Audiencias Provinciales deben respetar la valoración probatoria íntimamente vinculada a los principios de contradicción e inmediatez, dado que el recurso de apelación penal español, como sucede con la casación, no permite la repetición de las pruebas personales practicadas en la instancia*" (v. SSTs 258/2003, de 25 de febrero ; 352/2003, de 6 de marzo ; 494/2004, de 13 de abril ; y 1532/2004, de 22 de diciembre ) " .

**TERCERO** .- En relación con sentencias de instancia condenatorias , como es el caso, la SAP Murcia, Sección 5ª, de 15.11.11 , tras reiterar las " *indudables ventajas de la inmediatez judicial* " de las que sólo goza el Juzgador de instancia, concluía que la valoración probatoria, realizada por aquél, conforme a los principios de oralidad, contradicción y, sobre todo, inmediatez, había de prevalecer frente a la valoración que la parte apelante realizaba en el escrito de interposición del recurso, " *sin que este órgano "ad quem", que no tuvo contacto directo con las declaraciones prestadas en juicio, pueda corregir la valoración probatoria judicial de primer grado, sobre la base de lo que consta en el acta del juicio. En este punto, debe recordarse la doctrina expuesta por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en Sentencias, entre otras, de 25 de febrero de 2.003 ( Sentencia número 258/2003), de 6 de marzo de 2.003 ( Sentencia número 352/2003 ) y de 13 de abril de 2.004 ( Sentencia número 494/2004), en las que, en interpretación de la doctrina del Tribunal Constitucional expuesta en la Sentencias número 167/02 y otras posteriores, señala el Alto Tribunal que el recurso de apelación penal español no permite la repetición de las pruebas personales practicadas en la primera instancia y que en la resolución del recurso de apelación las Audiencias Provinciales deben respetar la valoración probatoria íntimamente vinculada a los principios de contradicción e inmediatez. Y en este mismo sentido, también recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 2.007 ( Sentencia número 406/2007 ) que "nuestro país se halla englobado en un contexto cultural en cuyos ordenamientos jurídico-procesales no se reproduce el juicio en la segunda instancia, lo que hace que el Tribunal Superior carezca de inmediatez en la práctica de las pruebas y sin ella no es posible realizar valoraciones o alteraciones del resultado de la misma, más allá de los límites que el propio principio de inmediatez impone.* " La misma SAP de Murcia, Sección 5ª de 15.11.11 , señala, igualmente, con invocación de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de mayo de 2.009 (rec. nº 8457/2006 ), que " *ni siquiera cabe que este órgano "ad quem" proceda a efectuar una diferente valoración probatoria de las pruebas personales que se practicaron en la primera instancia, por medio del visionado de la grabación del acto del juicio* ". Esta misma Sección 2ª, en Sentencia de 7.10.11, también ante una pretensión de revocación de una sentencia condenatoria, reiteraba las serias limitaciones que afectan a las facultades revisoras del Tribunal ad quem desde la sentencia Tribunal Constitucional 167/02 , " *en la lógica medida que un Tribunal, por muy superior jerárquico que sea, no puede fiscalizar con mínimas garantías algo que no ha visto, debiendo partir su tarea necesariamente de las ponderaciones de quien ha sido destinatario inmediato de las pruebas, especialmente respecto de las contradicciones invocadas en los recursos, pues este Tribunal se excedería si se pronunciase sobre su trascendencia sin haber observado directamente cómo y qué explicación daban a las mismas los afectados, no bastando al respecto la grabación videográfica , cuyo visionado no puede equipararse a la inmediatez procesal. De este modo, la Audiencia se ha de limitar a comprobar que el proceso de inferencia deviene razonado y razonable , lo que es suficiente para que prevalezca sobre las apreciaciones de las partes*".

**CUARTO** .- Estas facultades revisoras del proceso de inferencia, son, cuando, como es el caso, no se ha practicado prueba alguna en segunda instancia, en todo similares a las que caracterizan el juicio casacional. Y, cuando en la apelación exista la posibilidad de practicar determinadas pruebas -como se prevé en el art. 790.3 de la LECrim , tampoco podrá variar el criterio del Tribunal a quo sobre la base de valorar las pruebas practicadas en la instancia. La analogía evidente entre los límites que afectan al Tribunal de apelación y al Tribunal de casación, determinan que a uno y otro les corresponda, como señala la STS 9.12.11 , respecto del segundo, " *comprobar que el Tribunal ha dispuesto de la precisa actividad probatoria para la afirmación fáctica contenida en la sentencia, lo que supone constatar que existió porque se realiza con observancia de la legalidad en su obtención y se practica en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de inmediatez, oralidad, contradicción efectiva y publicidad, y que el razonamiento de la convicción obedece a criterios lógicos y*



razonables que permitan su consideración de prueba de cargo ". La función del tribunal revisor se extiende, por invocación, como también es el caso, del derecho a la presunción de inocencia, a realizar una función valorativa de la actividad probatoria, sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal, " actividad que desarrolla en los aspectos no comprometidos con la inmediación de la que carece, pero que se extiende a los aspectos referidos a la racionalidad de la inferencia realizada y a la suficiencia de la actividad probatoria", con examen de la denominada " disciplina de garantía de la prueba, y del proceso de formación de la prueba, por su obtención de acuerdo a los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad. Además, el proceso racional, expresado en la sentencia, a través del que la prueba practicada resulta la acreditación de un hecho y la participación en el mismo de una persona a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo ( STS. 299/2004 de 4.3 ). Esta estructura racional del discurso valorativo sí puede ser revisada en casación , - y, por tanto, también en apelación- censurando aquellas fundamentaciones que resulten ilógicas, irracionales, absurdas o, en definitiva arbitrarias ( art. 9.1 CE ), o bien que sean contradictorias con los principios constitucionales, por ejemplo, con las reglas valorativas derivadas del principio de presunción de inocencia o del principio "nemo tenetur" ( SSTS. 1030/2006 de 25.10 y de 9.12.11 , esta última con extensa cita de la STC 123/2006, de 24.4 ) . Trasladando, en virtud de los argumentos ya expuestos, las consideraciones relativas al control casacional ante una denunciada vulneración del derecho a la presunción de inocencia, en una sentencia condenatoria, el Tribunal de apelación ha de analizar: a) el "juicio sobre la prueba", es decir, " si existió prueba de cargo , entendiéndolo por tal aquella que haya sido obtenida con respeto al canon de legalidad constitucional exigible, y que además, haya sido introducida en el Plenario de acuerdo con el canon de legalidad ordinaria y sometida a los principios que rigen dicho acto "(contradicción, inmediación, publicidad e igualdad); b) el "juicio sobre la suficiencia", es decir, "si constatada la existencia de prueba de cargo, ésta es de tal consistencia que tiene virtualidad de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia "; c) el " juicio sobre la motivación y su razonabilidad", "es decir si el Tribunal cumplió con el deber de motivación, es decir si explicitó los razonamientos para justificar el efectivo decaimiento de la presunción de inocencia, ya que la actividad de enjuiciamiento es por un lado una actuación individualizadora no seriada, y por otra parte es una actividad razonable, por lo tanto, la exigencia de que sean conocidos los procesos intelectuales del Tribunal sentenciador que le han llevado a un juicio de certeza de naturaleza incriminatoria para el condenado, es, no sólo un presupuesto de la razonabilidad de la decisión, sino asimismo una necesidad para verificar la misma cuando la decisión sea objeto de recurso, e incluso la motivación fáctica actúa como mecanismo de aceptación social de la actividad judicial". Así acotado el ámbito del control casacional en relación a la presunción de inocencia, como señala la citada STS 9.12.11 , " bien puede decirse que los Tribunales de apelación, esta Sala de Casación o incluso el Tribunal Constitucional en cuanto controlan la motivación fáctica de la sentencia sometida a su respectivo control, actúan verdaderamente como Tribunales de legitimación de la decisión adoptada en la instancia, en cuanto verificar la solidez y razonabilidad de las conclusiones alcanzadas, confirmándolas o rechazándolas – SSTS de 10 de Junio de 2002 , 3 de Julio de 2002 , 1 de Diciembre de 2006 , 685/2009 de 3 de Junio-y por tanto controlando la efectividad de la interdicción de toda decisión inmotivada o con motivación arbitraria".

**QUINTO.-** En aplicación de las anteriores consideraciones al caso, tras la lectura de la sentencia recurrida y del resto de lo actuado y previo visionado de la grabación videográfica del juicio oral, debe distinguirse, de una parte, la cuestión objetiva, común a ambos recurrentes, relativa a la ajeneidad de la cosa y concurrencia de ánimo de lucro y, de otra, la específica relativa a la participación de Jose María . Comenzando por la primera de ellas, ha de convenirse en que el fundamento jurídico segundo de la sentencia de instancia contiene una suficiente y acertada motivación de la concurrencia de este discutido elemento del tipo, al señalar que el objeto de apoderamiento, cable de cobre, puede ser objeto del delito de robo, como bien mueble susceptible de apropiación y con un valor económico y, además, en el caso, concurre el requisito de ajeneidad, sin perjuicio de que el cobre perteneciera a un mendigo, como afirma el acusado Amadeo , o bien a los propietarios de las naves. Se rechaza, igualmente, el hecho de que dichos objetos estuvieran en el interior de una nave que no se utiliza desde hace 11 años y que su sustracción ningún perjuicio haya ocasionado sus propietarios, pues dichos bienes se encontraban dentro de una nave cerrada y tenían valor económico, por lo que no podía considerarse que fueran bienes abandonados. Finalmente, se razona que concurre ánimo de lucro , en cuanto los acusados pretendían obtener con el cobre, una ventaja o provecho para ellos mismos. Comenzando por este último elemento que es el primero de los planteados en el recurso, no es preciso insistir en la reiterada Jurisprudencia que considera implícito este elemento subjetivo del injusto, en todo apoderamiento de bienes muebles de algún valor efectivo, a no constar, como obviamente no constaban en el caso, otros móviles en contrario que lo desvirtúen inequívocamente ( SSTS de 12 febrero 1987 y 21 noviembre 1987 , entre otras muchas), excluyéndose, tan sólo, respecto de objetos tales como tarjetas de crédito, cheques o talonarios " que carecen de valor en sí mismos, aunque pueden ser utilizadas como instrumentos para la comisión de algunos delitos " ( SSTS de 23 febrero 2001 , 8 julio 2004 y 29 mayo 2006 ). En el caso, se razona, adecuadamente, que el cobre tenía un valor económico, y, aunque no se consigne en el relato de hechos, por no resultar imprescindible para la tipificación y no haber sido reclamada indemnización alguna, consta en actuaciones su tasación en 460



€ (folio 121). Por otra parte, a supuestos de chatarra depositada en un "punto limpio" se refieren, entre otras muchas, las SSAP Madrid, Sección 29, 24.11.11 y Las Palmas, Sección 2ª, 16.7.07), reconociendo a aquélla un valor económico real y en la misma línea aprecia ánimo de lucro en un intento de apoderamiento de chatarra la STS de 7 de julio de 2000 . La conclusión alcanzada en la sentencia de instancia es, por otra parte, notoria y en todo conforme a las reglas de la experiencia, pues, salvo casos de inimputabilidad, nadie dedica un esfuerzo, como el de penetrar por una ventana, para hacerse con algo carente de todo valor.

**SEXTO** .- La Sala comparte, igualmente, los argumentos invocados para justificar la *ajeneidad* de la cosa que, por tanto, no puede ser calificada, como pretenden los recurrentes, de *res nullius*, *derelictae* o *declinae*. Como acertadamente señala la Juzgadora de instancia, aunque la nave estuviese en desuso desde hacía 11 años, aunque se tuviese noticia de que entraba gente a dormir dentro, aunque nada reclame el propietario, como se comprueba con el visionado de la grabación, el testigo Sr. Eusebio , uno de los propietarios de la nave, dejó meridianamente claro que la nave estaba cerrada y que ignoraba cómo entraban. No se ha discutido, por otra parte, que el acceso se produjo a través de una ventana que se encontraba a más de 2 m del suelo, detalle este último relativo a la altura del suelo que, aún no resultando estrictamente imprescindible a efectos de calificación, omite también el relato de hechos. Así, si bien la ajeneidad de la cosa es un elemento indispensable en el delito de robo, el apoderamiento ilícito remite a la voluntad contraria del legítimo poseedor y no, necesariamente, del titular del bien sustraído ( S.T.S. de 25-6-99 ) y no obsta tal calificación el hecho de que no resulte, se ignore o no conste quién fuera el dueño, pues ello no es obstáculo para considerar que la cosa robada sea de ajena pertenencia ( STS 20-10-81 ), debiendo contemplarse la noción de ajeneidad, desde una perspectiva negativa, de no pertenencia al que se apodera ilícitamente de la cosa ( SSTS 11.6.84, 25.3.93 ). En este sentido, las ya citadas SSAP Madrid, Sección 29, 24.11.11 y Las Palmas, Sección 2ª, 16.7.07, negaban que la chatarra depositada en un "punto limpio" tuviese la consideración de *res derelictae* o cosa abandonada ( art. 460 CC ), *res nullius* ( art. 610 CC ) o de *res communes omnium* (cosas de todos), que no son ajenas en cuanto son susceptibles de ocupación ( SSTS 11.7.84, 25.4.88 y 25-3-1993 ), " *pues el hecho de que la chatarra ya tenga por sí misma un valor económico, (notoriamente, por la naturaleza de los materiales que la integran, es susceptible de depuración y aprovechamiento industrial), y el hecho de que la misma se encontrase depositada en un recinto cerrado por una valla de dos metros de altura, ya denota que la misma, en el caso de autos, no era linealmente susceptible de apoderamiento, de ocupación, por cualquiera (entre ellos los recurrentes) que tuviera a bien efectuarlo. En esta misma línea han considerado que la chatarra puede integrar el objeto de ajena pertenencia que exige el delito de robo las S.A.P. de Salamanca de 2 de diciembre de 2002, S.A.P. de Guipúzcoa de 4 de julio de 2002, y S.A.P. de Cádiz de 2 de abril de 1998.* " En igual sentido, SAP Madrid, Sección 29ª, de 14 de febrero de 2011, que insiste en el dato relevante de protección mediante una valla, "aunque esta no sea muy alta, pero sí lo suficiente para que tengan que saltarla ". Por otro lado, la STS de 28 de junio de 2000, en el punto relativo a la apariencia de los objetos, considera que la ubicación y apariencia de los objetos en cuestión ha de ser valorada al efecto del elemento cuestionado, examinando si tales circunstancias pueden llevar a cualquier persona a presumir que se trata de efectos abandonados por los anteriores titulares, o que han sido allí llevados para su eliminación o reciclaje, o bien se han dejado en la vía pública, lo que no sucede cuando una valla delimita la propiedad y finalidad de tales objetos. En el caso, el cierre de la nave, que confirman, con contundencia, las declaraciones del propietario y el propio acceso a través de una ventana en altura, evidencian una voluntad contraria al acceso y al apoderamiento de cuanto se hallase en su interior, todavía más claro que el que demostraría una valla, por más que dicho acceso acabara por producirse y no diere lugar a la adopción de medidas más estrictas de seguridad, que pudieran entenderse no rentables económicamente, y por más que el apoderamiento efectivo, una vez producido, no motivara una pretensión indemnizatoria. En definitiva el recurso de Amadeo , únicamente fundado en supuesto error en la apreciación de la prueba y consiguiente infracción de precepto legal por no encontrarse acreditada la ajeneidad de la cosa, ha de decaer, procediendo el examen del otro motivo invocado en el recurso de Jose María , que se refiere a su participación en los hechos, cuya calificación como delito de robo con fuerza las cosas, una vez verificada la correcta apreciación de los únicos elementos discutidos, no ofrece duda, en razón de la vía de acceso, admitida por Amadeo .

**SÉPTIMO** .- Respecto de la participación de Jose María , el error en la apreciación de la prueba y la vulneración de la presunción de inocencia vendrían determinados por la negación del acuerdo que se afirma, por las declaraciones de los acusados, según las cuales Amadeo entró y llamó a Jose María para transportar el cobre. En efecto, estas alegaciones fueron realizadas ya por el recurrente al folio 41 de las actuaciones y en el plenario, añadiendo que, al recibir la llamada, le preguntó a su primo si el material era robado, porque estaba en libertad condicional, respondiéndole Amadeo que no, que estaba abandonado, que procedía de una fábrica ruinoso, en la que no entró. Amadeo declaró, al folio 44, tras reconocer que entró por un hueco en la nave, que llamó su primo, una vez que hubo sacado del cobre, "para que le echara una mano". En el plenario, añadió que le dijo que no era un robo, que estaba el material abandonado. Teniendo en cuenta que los agentes de la Policía Local, en particular, el agente NUM000 declaró que en la zona no había coche alguno, una nueva valoración de la prueba podría permitir, eventualmente, la justificación del acuerdo previo que se afirma en los



hechos probados y en los fundamentos de la sentencia. Sin embargo, teniendo en cuenta que, para empezar, la existencia del coche, negada por un testigo imparcial, aparece incorporada como probada al relato de hechos y teniendo en cuenta, sobre todo, que, al margen de las referencias a las declaraciones de los acusados y de los Policías Locales, no existe ni una línea dedicada a fundamentar la existencia del acuerdo, esa integración, que no se discute no fuera posible, está vedada a este tribunal, en su función revisora constitucionalmente limitada. La lectura de los fundamentos jurídicos de la sentencia revela una clara insuficiencia en la motivación, en particular, en el apartado relativo a la participación de Jose María .

**OCTAVO.-** La STC 127/2011 de 18 de julio recuerda la reiterada doctrina constitucional según la cual el derecho a la tutela judicial efectiva ( art. 24.1 CE ) incluye el derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, destacando que la razón última de este deber de motivación es la sujeción de los jueces al Derecho y la interdicción de la arbitrariedad del juzgador ( art. 117.1 CE ). De ese modo se ha incidido en que esta exigencia tiene la doble finalidad, por un lado, de exteriorizar las reflexiones racionales que han conducido al fallo, potenciando la seguridad jurídica y permitiendo a las partes conocer y convencerse de la corrección y justicia de la decisión y, por otro, de garantizar la posibilidad de control de la resolución por los Tribunales superiores mediante los recursos que procedan, incluido el amparo (por todas, STC 68/2011, de 16 de mayo , FJ 4). Con carácter general, la motivación debe abarcar ( SSTS de 26 de abril y 27 de junio de 1995 ), los tres aspectos relevantes: fundamentación del relato fáctico que se declara probado, subsunción de los hechos en el tipo penal procedente (elementos descriptivos y normativos, tipo objetivo y subjetivo, circunstancias modificativas) y consecuencias punitivas y civiles en el caso de condena. Ciertamente, la STC 26/1997, de 11 de febrero previene que, como se ha advertido en reiteradas resoluciones anteriores ( SSTC 66/1996 , 169/1996 ), " *la exigencia de motivación no autoriza a exigir un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide, sí exige que las resoluciones judiciales vengán apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, es decir, la "ratio decidendi" que ha determinado aquélla* " ( SSTC 14/1991 , 28/1994 , 145/1995 , 32/1996 , entre otras muchas ), y ello porque es imprescindible conocer cuáles han sido los motivos que guiaron al juzgador de instancia a adoptar su decisión ( SSTS 6.2.98 , 6.3.01 y 3.4.01 , entre otras muchas ), por las partes y, sin recurrir a hipótesis, también por el órgano de apelación. Sobre la extensión de la fundamentación, el Tribunal Supremo ha dicho también (Cfr. STS 1419/2005, de 1 de diciembre ), que tal exigencia debe ponerse en relación con la naturaleza y características del derecho fundamental afectado y con las circunstancias en que se produzca la invasión, por lo que no se impone la necesidad de una determinada extensión, estilo o profundidad en la fundamentación o la precisión de razonar de concreta manera, siendo suficiente, en general, con que puedan conocerse los motivos de la decisión, de modo que se permita comprender las razones del sacrificio del derecho fundamental, y, en su caso, controlar la corrección de la decisión judicial por vía de recurso. Es por ello que una motivación escueta o añadida a un auto que en modelo formulario se cumplimente con extremos esenciales, puede ser suficiente, si permite el cumplimiento de estos fines.

**NOVENO .-** En el caso, sin embargo, la muy escueta motivación, lastrada por la insuficiencia y errores del relato de hechos, que no menciona, siquiera, la fecha y hora de autos o la edad y antecedentes de los acusados y que, como se ha indicado, sin justificarlo más adelante, estima probado que fueron sorprendidos por agentes de la Policía Local los acusados cuando se disponían a introducir el cobre en el interior del vehículo cuya existencia niega uno de los agentes y al que no se refiere el atestado, no supera, en el apartado relativo a la participación de Jose María , el filtro mínimo de razonabilidad en el discurso y suficiencia en la motivación. Sobre todo, porque la Jurisprudencia ha declarado 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 descargo y de la interpretación de la norma aplicada. Por ello, la obligación de motivar, insertan el derecho a la tutela judicial efectiva que ampara a todo justiciable, exige la valoración de las pruebas, tanto de cargo, como descargo, practicadas a instancias de la defensa. A este respecto, no resulta ocioso reiterar los criterios contenidos en la STS de 3 de mayo de 2.006 , según la cual la sentencia debe expresar un estudio " *lo suficientemente preciso del catálogo probatorio, de su valoración respectiva y de su decisión, de suerte que una sentencia cuya decisión sólo 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 art. 24 de la C.E* ". La parte concernida que viese silenciada, y por tanto no valorada el cuadro probatorio por él propuesto no habría obtenido una respuesta desde las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva, la resolución judicial no respondería al estándar exigible de motivación, y en definitiva un tipo de motivación como el que se comenta no sería el precipitado de la previa valoración y ponderación crítica de toda la actividad probatoria, sino por el contrario, estaría más próximo a esa inversión argumentativa que convirtiendo en presupuesto lo que sólo debería ser el resultado del proceso crítico valorativo, 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 utilizarían aquellos elementos favorables a la decisión previamente escogida, silenciando los adversos. Y esta exigencia, aunque desde el punto de vista lógico pueda ser discutible, es superior para el juicio de certeza que reclama una sentencia condenatoria, toda vez que la duda impone la absolución, en virtud del principio *in dubio pro reo*. Así, a modo de ejemplo, la STS 2027/2001 de 19 de noviembre, apreció que la condena dictada en instancia había sido en base, exclusivamente, a la prueba de cargo, sin cita, ni valoración de la de descargo ofrecida por la defensa, acordando la absolución en cuanto " *tal prueba ha quedado extramuros del acervo probatorio valorado por el Tribunal, y ello supone un claro quebranto del principio de tutela judicial causante de indefensión, porque se han discriminado indebida y de forma irrazonable toda la prueba de descargo ofrecida, que en cualquier caso, debe ser objeto de valoración junto con la de cargo, bien para desestimarla, de forma fundada o para aceptarla haciéndolo prevalecer sobre la de cargo –y en caso de duda hacer uso del principio interpretativo de In dubio pro reo–; lo que en modo alguno resulta admisible es ignorarla, porque ello puede ser referente de un pre-juicio del Tribunal que puede convertir la decisión en un a priori o presupuesto, en función del cual se escogen las probanzas en sintonía con la decisión ya adoptada* ".

**DÉCIMO** .- Es cierto que, excepcionalmente, se admite la desestimación tácita de determinadas alegaciones y es cierto, también, que hay coincidencia, en las declaraciones de los acusados y de los agentes, en el punto relativo a que Jose María ayudaba a trasladar el cobre cuando fue sorprendido por la Policía. Partiendo del contenido de la sentencia, además, está acreditado, igualmente, que el traslado se realizaba al vehículo de Jose María. No se ignora el carácter flagrante de la infracción, ni la fuerza incriminatoria de la posesión de los objetos robados, sin que obste, como es obvio, a la calificación como robo para ambos partícipes, la circunstancia de que sólo uno de ellos penetrara en la nave, bastando, por ejemplo, el auxilio en el transporte inmediato a la sustracción, proporcionando, además, un vehículo sin el cual dicho transporte sería muy difícil. Pero, como parece también obvio, ello requiere acreditar que quien sólo transporta el cobre, por prueba directa o por indicios, conocía el origen ilícito de aquello que auxiliaba a trasladar. La cuestión, al respecto, es que esta exigencia de motivación relativa a la participación de Jose María, que podría derivarse, con dificultad, de la mera referencia a la declaración de los agentes que sorprendieron a ambos acusados transportando el cobre, momentos después de su sustracción, no puede ser superada cuando, como es el caso, la tesis del recurrente contaba con un aval probatorio que ha sido absolutamente ignorado en la fundamentación de la sentencia. Así, la declaración del coacusado Amadeo venía a avalar la declaración exculpatoria de su primo. En consecuencia, la principal línea de defensa de Jose María, ignorada en la fundamentación de la sentencia, se correspondía con las alegaciones de uno y otro acusado. Estas alegaciones exculpatorias para Jose María, con independencia de que, en una adecuada motivación de su contenido, en relación con otras eventuales declaraciones o circunstancias, tales como la proximidad a la nave, de estimarse que así se derivaría de las referencias a un callejón lateral absolutamente omitidas en la fundamentación, o la hora, que, omitidas también en el relato de hechos, no puede calificarse de insólita, (el atestado alude a las 16 horas) u otros que pudieran hallarse en la valoración que no corresponde suplantar a este Tribunal, pudieran ser rechazadas, lo cierto es que no han sido, en absoluto, tomadas en consideración. En efecto, las declaraciones de los acusados "coinciden", como señala la sentencia, en que fue Amadeo el que accedió al interior de la nave por una ventana, así como en que se apoderó de cables de cobre de su interior que afirma eran de un indigente que allí dormía y "coinciden" en que, cuando ambos iban a cargar el cobre en el coche de Jose María, fueron sorprendidos por la Policía. Los agentes, ciertamente, "coinciden" en que vieron a los dos acusados que iban cargados con cables de cobre y en que el cobre procedía del interior de la nave. Pero, pese a lo que afirma la sentencia, no coinciden en que hubieran accedido a la nave por una ventana, entre otros motivos, porque no lo vieron los agentes. Y aquello en lo que coinciden los acusados también y que, sin un razonamiento extenso y ausente, no permite concluir tácitamente, sin más, como hace la Juzgadora recurrida, que sea falso, es en que Jose María no conocía el origen ilícito del cobre, pues habría llegado cuando ya estaba fuera. Por cierto, que en el fundamento jurídico segundo se afirma que ambos acusados se disponían a trasladarlo una vez estuvo el cobre fuera de la nave, según los dos testigos presenciales, lo que permite descartar como evidente que estuvieran juntos desde un principio. En este sentido y recordando, con la STS 540/2006, de 8 de junio que " *la ponderación de la prueba de descargo representa un presupuesto sine qua non para la racionalidad del desenlace valorativo* ", no puede estimarse que el juicio de autoría se haya formulado con las garantías requeridas por nuestro sistema constitucional y procede, en consecuencia, la absolución de Jose María.

**DÉCIMOPRIMERO**.- De conformidad con lo previsto en los arts. 239 y 240 LECrim., no se aprecian motivos para la condena al pago de las costas causadas en esta alzada, por lo que han de ser declaradas de oficio.

**VISTOS** los preceptos legales citados en la sentencia y demás de general y pertinente aplicación, en nombre de SU MAJESTAD EL REY DON JUAN CARLOS PRIMERO DE ESPAÑA,



## FALLAMOS

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Dña. Yolanda López Carrasco, en nombre de Jose María y desestimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador D. Antonio Rentero Jover, en nombre de Amadeo , contra la sentencia dictada en el Procedimiento Abreviado 11/10 seguido ante el Juzgado de lo Penal núm. Uno de Murcia, y estimando parcialmente la oposición al recurso sostenida por el Ministerio Fiscal, debemos **REVOCAR Y REVOCAMOS parcialmente** dicha resolución, y, en su lugar, debemos **ABSOLVER Y ABSOLVEMOS** del delito de robo con fuerza en las cosas imputado, a **Jose María** , declarando de oficio las costas causadas en este recurso.

**No** tífquese la presente resolución y llévese certificación de la misma al Rollo de esta Sala y a los autos del Juzgado, al que se devolverán para su ejecución y cumplimiento.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ