



Roj: **SAP MU 2977/2022 - ECLI:ES:APMU:2022:2977**

Id Cendoj: **30030370022022100376**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Murcia**

Sección: **2**

Fecha: **22/12/2022**

Nº de Recurso: **141/2022**

Nº de Resolución: **410/2022**

Procedimiento: **Recurso de apelación. Delitos leves**

Ponente: **AUGUSTO MORALES LIMIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJPII, Lorca, núm. 4, 23-04-2021,  
SAP MU 2977/2022**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2**

**MURCIA**

**SENTENCIA: 00410/2022**

**UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO**

AUDIENCIA TLF: 968 22 91 41/2 FAX: 968 229278

2- EJECUCION, TLF: 968 647865, FAX: 968 834250

Teléfono: 0

Correo electrónico:

Equipo/usuario: MDB

Modelo: N545L0

N.I.G.: 30024 41 2 2020 0003553

**ADL APELACION JUICIO SOBRE DELITOS LEVES 0000141 /2022**

Juzgado procedencia: JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.4 de LORCA

Procedimiento de origen: JUICIO SOBRE DELITOS LEVES 0000127 /2020

Delito: HURTO (CONDUCTAS VARIAS)

Recurrente: Felicísimo

Procurador/a: D/D<sup>a</sup>

Abogado/a: D/D<sup>a</sup> MIGUEL BAENAS MORALES

Recurrido: MINISTERIO FISCAL

Procurador/a: D/D<sup>a</sup>

Abogado/a: D/D<sup>a</sup>

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE MURCIA**

**Sección Segunda**

**Procedimiento de esta sala: ADL - 141/22**

Juzgado de Instrucción nº 4 de Lorca

Juicio por delito leve nº 127/20

**SENTENCIA** número: 410/22

En la ciudad de Murcia, a veintidós de diciembre de dos mil veintidós.

La Sección Segunda de esta Audiencia Provincial ha visto en grado de apelación el procedimiento arriba indicado procedente del Juzgado de Instrucción reseñado, por delito leve; que pende de recurso de apelación interpuesto por la asistencia letrada de Felicísimo contra la sentencia dictada en los mismos el día 23 de abril de 2021 por la Sra. Juez de dicho juzgado. Es apelado el Ministerio Fiscal.

Actúa como magistrado unipersonal que resuelve el presente recurso, don Augusto Morales Limia.

**ANTECEDENTES DE HECHO.-**

Primero.- Se aceptan los de la sentencia apelada como relación de trámites y antecedentes del procedimiento.

Segundo.- El fallo de la sentencia apelada condena al denunciado como autor de dos delitos leves de hurto con las penas correspondientes y demás pronunciamientos propios de la condena.

Tercero.- Admitido el recurso, no siendo preceptivo el emplazamiento y comparecencia de las partes, se siguieron los trámites legales propios de esta alzada.

**HECHOS PROBADOS.-**

UNICO.- Se dejan sin efecto los hechos probados de la sentencia de instancia que se sustituyen por los siguientes:

Sobre las 6 horas del 19 de julio de 2020, persona o personas desconocidas sustrajeron a don Jacobo determinados efectos de valor inferior a 400 euros que estaban en su vehículo abierto, marca Seat, modelo León, matrícula ....WHG , y que se había estacionado a la altura de la calle Ortega Melgares, 105, de Lorca (edificio Zafiro).

Entre las 20 horas del día 18 de julio de 2020 y las 14 horas del día 19 de julio de 2020, en el garaje privado del mismo edificio anterior, a don Maximino le fueron sustraídos determinados efectos del interior de su vehículo Seat Ibiza, matrícula Q...WW .

En este procedimiento tiene la condición procesal de denunciado por ambos hechos Felicísimo .

**FUNDAMENTOS DE DERECHO.-**

**PRIMERO:** Dictada sentencia por el Juzgado de Instrucción condenando a la persona denunciada como autora de dos delitos leves de hurto es recurrida por su asistencia técnica invocando vulneración de su presunción de inocencia, es decir, ausencia de prueba de cargo practicada en el acto del juicio con respeto a los principios propios del proceso penal y demás garantías esenciales. El Ministerio Fiscal se opone al recurso y pide su desestimación.

En este sentido hay que traer a colación, entre muchísimas en el mismo sentido que podrían citarse, la **STS. nº 110/2021, de 10 de febrero de 2021**, rec. nº 1536/2019 , ponente Excmo. Sr. Puente Segura que dice y reitera:

*<< Como recuerda, por todas, nuestra reciente sentencia número 711/2020, de 18 de diciembre: "La jurisprudencia de esta Sala , de la que es muestra entre muchísimas otras, la STS núm. 625/2020, de 19 de noviembre , reitera que:*

*El derecho a la presunción de inocencia reconocido en el artículo 24 CE implica, en el marco del proceso penal, que toda persona acusada de un delito debe ser considerada inocente hasta que se demuestre su culpabilidad con arreglo a la Ley, y, por lo tanto, después de un proceso con todas las garantías, ( artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humano ; artículo 6.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales , y artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ).*

*Como regla de tratamiento, la presunción de inocencia impide tener por culpable a quien no ha sido así declarado tras un previo juicio justo (por todas STC 153/2009, de 25 de junio , FJ 5) y, como regla de juicio en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, se configura como derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que*



la culpabilidad haya quedado establecida más allá de toda duda razonable (entre muchas, últimamente, STC 78/2013, de 8 de abril, FJ 2) ( STC 185/2014 ).

Todo ello supone que se haya desarrollado una actividad probatoria de cargo con arreglo a las previsiones constitucionales y legales, y por lo tanto válida, cuyo contenido incriminatorio, racionalmente valorado de acuerdo con las reglas de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicos, sea suficiente para desvirtuar aquella presunción inicial, permitiendo al Tribunal alcanzar una certeza que pueda considerarse objetiva, en tanto que asumible por la generalidad, sobre la realidad de los hechos ocurridos y la participación del acusado, de manera que con base en la misma pueda declararlos probados, excluyendo sobre los mismos la existencia de dudas que puedan calificarse como razonables.

El control casacional se orienta a verificar estos extremos, validez y suficiencia de la prueba y racionalidad en su valoración, sin que suponga una nueva oportunidad para proceder de nuevo a la valoración del material probatorio, de manera que no es posible que el Tribunal de casación, que no ha presenciado las pruebas personales practicadas en el plenario, sustituya la realizada por el Tribunal de instancia ante el cual se practicaron. No se trata, por lo tanto, de comparar la valoración probatoria efectuada por el Tribunal y la que sostiene la parte que recurre o cualquier otra posible, sino, más limitadamente, de comprobar, de un lado, la regularidad de la prueba utilizada, es decir, su ajuste a la Constitución y a la ley, y, de otro lado, la racionalidad del proceso argumentativo.

Esta forma de proceder en el control de la racionalidad del proceso valorativo no implica que el Tribunal que resuelve el recurso pueda realizar una nueva valoración de las pruebas cuya práctica no ha presenciado, especialmente las de carácter personal. Se trata, solamente, de comprobar que el Tribunal de instancia se ha ajustado a las reglas de la lógica, no ha desconocido injustificadamente las máximas de experiencia y no ha ignorado los conocimientos científicos, y que, por lo tanto, su valoración de las pruebas no ha sido manifiestamente errónea, absurda, caprichosa o absolutamente inconsistente>>.

O como dice la **STS. de fecha 26 de septiembre de 2.018** ,

<< la jurisprudencia considera que el control casacional del respeto al derecho a la presunción de inocencia no consiste en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas ante el Tribunal de instancia porque a él y solo a él corresponde esta función valorativa, sino que únicamente autoriza a esta Sala de Casación a valorar, de una parte, la existencia de prueba de cargo adecuada y, de otra, su suficiencia. La prueba es adecuada cuando ha sido obtenida con respeto a los principios estructurales que informan el desarrollo de la actividad probatoria ante los órganos jurisdiccionales. Y la prueba es bastante cuando su contenido es netamente incriminatorio. Además, la Sala de instancia ha de construir el juicio de autoría con arreglo a un discurso argumental lógico, coherente, expresivo del grado de certeza exigido para fundamentar cualquier condena en el ámbito de la jurisdicción criminal. Está también fuera de dudas que el control de racionalidad de la inferencia no implica la sustitución del criterio valorativo del Tribunal sentenciador por el del Tribunal casacional, el juicio de inferencia del Tribunal "a quo" sólo puede ser impugnado si fuese contrario a las reglas de la lógica o a las máximas de la experiencia (entre otras muchas, SSTS 330/2016, de 20 de abril ; 328/2016, también, de 20 de abril ; 156/2016, de 29 de febrero ; 137/2016, de 24 de febrero ; o 78/2016, de 10 de febrero ) >>.

Y todas estas razones son perfectamente extrapolables al recurso de apelación interpuesto contra las sentencias dictadas por el Juzgado de Instrucción en el marco de un procedimiento por delito leve a resolver por la Audiencia Provincial, puesto que las bases de dicha doctrina legal son prácticamente las mismas; también las soluciones. De ahí que acuda a ellas.

Por otro lado, también es de recordar que la única prueba válida es la que se practica en el acto del juicio bajo los principios de oralidad, inmediación, contradicción, igualdad de armas procesales y publicidad. Obviamente, también en el procedimiento por delito leve tal como se desprende de lo dispuesto en el artículo 969.1 de la LECrim., que exige que la prueba se practique en dicho acto.

**SEGUNDO:** En el caso concreto, la supuesta prueba de cargo que utiliza la sentencia de instancia para condenar por dichos delitos leves resulta, exclusivamente, de las manifestaciones, como testigos de referencia respecto a la autoría, de los dos denunciados (tal como se puede comprobar en el video del juicio, equivalente al acta judicial). Ambos testigos explican el hecho propio de la sustracción de efectos habida en sus respectivos vehículos, pero ambos dicen también que ellos no identificaron personalmente al autor de hechos. El primero de dichos denunciados, en el orden en el que declaran, explica que fue una vecina la que le informó de quién había sido el autor de hechos, añadiendo que no la ha traído a juicio (incluso no está identificada). El segundo de ellos, que tampoco vio al denunciado cometer el hecho, se remite a una información que le facilitó la Policía cuando él acudió a Comisaría indicándole que lo habían identificado en base a unas grabaciones de las cámaras de seguridad; por tanto, actuando, al igual que el otro denunciado, como mero testigo de referencia de lo que le dijo la Policía respecto a la posible autoría.



Ocurre, sin embargo, que el testigo de referencia no puede sustituir a los testigos directos (vecina desconocida que no comparece en el juicio y funcionarios policiales que tampoco declararon en juicio como testigos, a ratificar su investigación). Ni tampoco declaró algún otro posible testigo que aparece identificado en las actuaciones.

En este sentido, se trae a colación, por ejemplo, la **Sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de diciembre de 2005**, nº 324/05, rec. 4951/2003, BOE 10/2006, de 12 de enero, recuerda la doctrina sentada por dicho Alto Tribunal sobre los **testimonios inculpativos de referencia**, conforme a la cual

" el recurso al testigo de referencia ha de quedar limitado a aquellas situaciones excepcionales de imposibilidad real y efectiva de obtener la declaración del testigo directo y principal" ( SSTC 79/1994, de 14 de marzo, FJ 4; 68/2002, de 21 de marzo, FJ 10; y 155/2002, de 22 de julio, FJ 17).

El verdadero alcance del testigo de referencia lo explica muy bien la **STS. de 10 de julio de 2007**, nº 609/2007, rec. cas. nº 231/2007 :

<< ... testigo es una prueba física ajena al proceso y traída a él para que preste declaración sobre hechos pasados y relaciones para la averiguación y constancia de un delito, sus circunstancias y participación. Así las declaraciones testificales tanto en fase de investigación como cuando son verdadera prueba, no son sino el examen de una persona ajena al proceso que presta su declaración de conocimiento, en sentido más propio, refiere lo que ha percibido y proporciona al órgano jurisdiccional datos sobre acontecimientos relevantes para la investigación en un momento y para formar una convicción definitiva en el acto del juicio oral.

El testigo es un instrumento de prueba y siendo persona física es un instrumento vivo, inteligente y autónomo. Todo ello le hace superior a otros medios probatorios, pero a su vez adolece de la seguridad y precisión que reportan aquellos que han podido ser contrastados y sujetos a experiencias empíricas. Por tanto, debe tomarse tal como es, si bien para poder otorgarle valor, o más precisamente para valorarlo justamente, debemos averiguar todas las circunstancias que han influido en su adquisición de conocimiento y también las que pueden afectar a su reproducción, lo que dará una pista de sus inexactitudes y apuntará sobre la confianza que debe merecer.

Ahora bien, nuestro sistema procesal admite de manera expresa la figura del **testigo de referencia**, al referirse el art. 710 LECrim, siendo aquél la persona que no proporciona datos obtenidos por la percepción directa de los acontecimientos, sino la versión de lo sucedido obtenida a través de manifestaciones o confidencias de terceras personas.

Es cierto, que en general, toda testifical deber versar, en principio, sobre los hechos que son objeto de enjuiciamiento y no sobre el resultado de un medio de investigación o de prueba testifical pero ello no obsta, para que en el supuesto de que existiera controversia sobre la validez de un determinado medio de investigación o de prueba se practique prueba -incluso testifical- para poder tener elementos de juicio para resolver la cuestión: En otro orden, cuando la controversia puede versar sobre la credibilidad o fiabilidad de ciertos testigos, evidentemente se puede practicar prueba al respecto, y su alcance será solo tal controversia. Así el **art. 710 LECrim** .debería interpretarse como **habilitación legal para dar relevancia al testigo de referencia, no para dilucidar el hecho que es objeto de enjuiciamiento, sino sobre la fiabilidad y credibilidad de un determinado testigo, por ejemplo, para valorar como corroboración periférica lo declarado por el testigo directo** en caso en que la prueba de cargo se halle integrada sólo por la declaración de éste.

En definitiva **las manifestaciones** que realizó en su día la víctima o testigo directo de los hechos objeto de acusación **debe ser necesariamente objeto de contradicción por el acusado o por su Letrado en el interrogatorio del juicio oral, y por ello no se puede inferir que el principio de inmediación permite sustituir un testigo directo por otro de referencia**, pero no obstante **la testifical de referencia sí puede formar parte del acervo probatorio en contra del reo, siempre que no sea la única prueba de cargo sobre el hecho enjuiciado** y siempre con independencia de la posibilidad o no de que el testigo directo puede deponer o no en el juicio oral. El testigo de referencia podrá ser valorado como prueba de cargo -en sentido amplio- cuando sirva para valorar la credibilidad y fiabilidad de otro testigo -por ejemplo testigo de referencia que sostiene sobre la base de lo que le fue manifestado por un testigo presencial, lo mismo o lo contrario, o lo que sostiene otro testigo presencial que si declara en el plenario-, o para probar la existencia o no de corroboraciones periféricas -por ejemplo, para coadyuvar a lo sostiene el testigo único-.

Ello no obsta, tampoco, para que el testigo de referencia puede valorarse, como cualquier otro testigo, en lo que concierne a hechos objeto de enjuiciamiento que haya apreciado directamente y a hechos relativos a la validez o fiabilidad de otra prueba >>.

En parecido sentido se pronuncia también la **STS. de 10 de febrero de 2009**, con remisión a la de **27 de enero de 2007**, al señalar que los testigos de referencia

*<< no pueden aportar sobre el hecho sucedido mayor demostración que la que se obtendría del propio testimonio referenciado, porque lo que conocen solo son afirmaciones oídas de éste. La certeza de que se hicieron ciertas afirmaciones por el testigo directo es lo único que puede resultar de la veracidad de lo declarado por aquéllos, y en consecuencia subsiste la necesidad de ponderar y valorar el testimonio directo para determinar el hecho que se pretende averiguar.*

*Los testimonios de referencia, aún admitidos en el art. 710 de la LECr tienen así una limitada eficacia demostrativa respecto al hecho delictivo, pues pasar directamente de lo declarado verazmente por el testigo de oídas a tener por probado sin más lo afirmado por aquél a quien se oyó equivaldría a atribuir a éste todo crédito probatorio privilegiando una narración extraprocesal sustraída a la intermediación y a la contradicción.*

*Por ello el valor del testimonio de referencia es el de la prueba complementaria para reforzar lo acreditado por otros elementos probatorios, o bien el de una prueba subsidiaria para ser considerada solamente cuando es imposible acudir al testigo directo, porque se desconozca su identidad, haya fallecido o por cualquier otra circunstancia que haga imposible su declaración testifical.*

*Y aún en este caso resulta evidente la debilidad demostrativa del testigo de referencia para sustentar por sí solo un pronunciamiento de condena, por la misma naturaleza de la fuente de su conocimiento, que es indirecta o mediata respecto al hecho delictivo, y siempre condicionada en cuanto su credibilidad depende de la que mereciera el testigo directo, en situación no obstante de imposibilidad de ser interrogado y oído a presencia del Tribunal.*

*En todo caso esa imposibilidad de acudir al testigo directo, que justificaría atender, y con todas las reservas, los testimonios indirectos o de referencia ha de ser material, algo que no concurre en el caso presente; la testigo directa compareció, pero se negó a declarar ante el Tribunal ejercitando libremente la facultad concedida por la Ley de no declarar contra su padre. Que esto no es una imposibilidad material, al acudir el testigo, quedó ya razonado con relación a la inaplicabilidad del art. 730 de la LECr. La misma razón conduce en este caso a excluir el testimonio de referencia >>.*

En conclusión, su valoración como prueba de cargo es siempre excepcional y restrictiva, ya que en realidad su verdadero destino procesal es servir como complemento o auxilio de otra prueba principal y, en todo caso, no puede sustituir el testimonio directo en aquellos supuestos en que al testigo principal no le sea imposible acudir al juicio oral.

En el caso concreto, no existe constancia de la imposibilidad de acudir al juicio por parte de aquellos testigos directos, la vecina del primer denunciante (por tanto, con domicilio conocido) y, en especial, los funcionarios policiales que, a través de la visualización de un video, dicen que identifican al acusado. Así pues, los testigos de referencia de los denunciantes, en lo relativo a la posible autoría, no sirven para sostener la condena.

Además, en otro orden de cosas, pese a que se valore en sentencia, la grabación de las cámaras de seguridad del segundo hecho tampoco se reproduce en el acto del juicio, por tanto, el examen que del mismo realiza la juez *a quo* en fase de sentencia deja fuera el principio de contradicción y el de igualdad de armas procesales entre las partes. Tampoco sirve, por inadecuada utilización, para enervar la presunción de inocencia del denunciado.

Por tanto, por incumplimiento manifiesto de elementales garantías esenciales del proceso penal, sólo cabe concluir, como afirma la parte apelante, que no existe en este caso una verdadera prueba de cargo practicada con todas sus garantías contra el acusado.

Y ello sin contar con que a éste no se le informa en el juicio de sus derechos constitucionales, es decir, derecho a guardar silencio, derecho a proclamar su inocencia, derecho a un posible intérprete dada su condición de extranjero, y derecho a estar asistido de su abogado (aunque en este último caso, estuvo asistido de Letrado). Ello quiere decir que tampoco podían valorarse las manifestaciones en juicio de dicho denunciado que, aunque niega los hechos, la sentencia de instancia le atribuye un valor meramente exculpatorio.

En definitiva, parece evidente, la condena dictada en la instancia está sustentada en la vulneración de la presunción de inocencia del denunciado. Por tanto, ha de ser necesariamente revocada y, en su lugar, lo que procede es un pronunciamiento absolutorio.

Vistos los preceptos aplicables al caso y los demás de general aplicación,

#### **FALLO.-**

Que con **ESTIMACIÓN** del recurso de apelación interpuesto por la asistencia letrada de Felicísimo contra la sentencia de fecha 23 de abril de 2021 dictada en el curso del procedimiento por delito leve número 127/20 del



Juzgado de Instrucción nº 4 de Lorca, debo REVOCAR Y REVOCO el fallo de aquélla y, en su lugar, **SE ABSUELVE** a dicha persona dejando sin efecto todos los pronunciamientos del fallo de la sentencia apelada, declarando de oficio las costas de la primera instancia y las propias de esta alzada.

Notifíquese en debida forma a las partes la presente sentencia.

Llévese el original al legajo correspondiente haciendo las anotaciones oportunas en los libros y registros de este Tribunal.

Devuélvanse las actuaciones originales al Juzgado de procedencia acompañadas de testimonio literal de la presente resolución a los efectos legales oportunos.

Así por esta mi sentencia, definitivamente juzgando, lo pronuncio, mando y firmo.

*Se informa a las partes que contra esta sentencia no cabe recurso ordinario alguno.*

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ