



Roj: **SAP B 751/2012 - ECLI: ES:APB:2012:751**

Id Cendoj: **08019370022012100081**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **2**

Fecha: **09/01/2012**

Nº de Recurso: **357/2011**

Nº de Resolución: **8/2012**

Procedimiento: **Apelación penal**

Ponente: **MARIA JOSE MAGALDI PATERNOSTRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial de Barcelona

SECCION SEGUNDA

Rollo de Apelación nº AP357/11-R

Proceso Abreviado nº 182/11

Juzgado de lo Penal nº 27 de Barcelona

SENTENCIA nº 8

Ilmo. Sr. Presidente

D. Pedro Martín García

Ilmos. Srs. Magistrados

D. Javier Arzua Arrugaeta

Dª María José Magaldi Paternostro

En la ciudad de Barcelona a nueve de enero de dos mil doce

En nombre de S.M. el Rey, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Barcelona ha visto en grado de apelación el Proceso Abreviado nº 182/11 , Rollo de Sala nº AR357/11 sobre delito de estafa procedente del Juzgado de lo Penal nº 27 de Barcelona ,en el que fueron partes el MINISTERIO FISCAL en el ejercicio de la Acción Pública y como acusado Cecilio representado por el Procurador Sra Roca Cardona en virtud del recurso de apelación interpuesto por el MINISTERIO FISCAL y del recurso interpuesto por la representación procesal del acusado contra la sentencia dictada a 7 de septiembre de 2011 por el Sr. Juez del expresado Juzgado .

El recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal fue impugnado por Cecilio representado por el Procurador Sra Roca Cardona quien solicitó la confirmación de la sentencia objeto de apelación en el punto cuestionado por la acusación.

Ha sido Magistrado Ponente S.Sª Ilma Doña Mª José Magaldi Paternostro, quien expresa el parecer del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 7 de septiembre de 2011 y por el Juzgado de lo Penal nº 27 de Barcelona se dictó sentencia en el Proceso Abreviado nº 182/11 que contiene el fallo que aquí se da por reproducido por razones de economía procesal.

SEGUNDO.- Apelada fue la sentencia por la parte acusada y por la acusación pública y previos los trámites legales se remitieron los autos a esta Sección teniendo entrada en la misma el día 16 de diciembre de 2011 ,



habiéndose celebrado el día de la fecha la preceptiva deliberación y votación de los recursos interpuestos en cuya tramitación se han observado todas las prescripciones legales.

TERCERO.- Se aceptan y se dan por reproducidos los antecedentes de hecho y los hechos probados de la sentencia apelada

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se aceptan y se dan por reproducidos los Fundamentos de Derecho de la sentencia apelada, a los que se suman los contenidos en esta resolución.

SEGUNDO.- Articula la representación procesal del acusado el recurso de apelación que interpone contra la sentencia dictada en la primera instancia sobre un único motivo jurídico : error en la valoración de la prueba en la que habría incidido la Juez a quo y que habría comportado la sentencia condenatoria por falta de hurto que pronuncia contra el acusado, absolutoria, siendo así que la prueba practicada en Juicio era insuficiente para fundar una condena por el tipo penal por el que se sostuvo acusación contra el mismo.

Sobre la base a los argumentos jurídicos que expone en el escrito de formalización del recurso, solicita la revocación de la sentencia y que se dicte otra de conformidad con sus pretensiones absolutorias.

El recurso de apelación no puede prosperar en esta alzada por las razones jurídicas que se explicitan en los siguientes Fundamentos de Derecho.

TERCERO .- Con carácter previo al análisis del fondo del recurso debe señalarse que si bien es cierto que el recurso de apelación permite la revisión de la valoración de la prueba efectuada por el Juez a quo, cierto es también que el hecho de que aquella tenga como base las pruebas practicadas a su presencia, garantizados los principios de publicidad, oralidad y contradicción, oídas Acusación y Defensa y las propias manifestaciones del acusado (artículos 24 de la CE , 741 de la LECrim y 229 de la LOPJ .) comporta que, en principio, aquella valoración deba ser respetada hecha excepción de que carezca de todo apoyo en el conjunto probatorio practicado en el acto solemne del Juicio Oral , lo que no acaece en la sentencia objeto de apelación..

En efecto, analizado el contenido de la sentencia en relación con los argumentos esgrimidos en el recurso , no cabe mas que concluir que, analizada prolija y extensamente la prueba practicada por parte del Juez a quo, éste recurre legítimamente a la prueba indiciaria, hechos ciertos acreditados mediante prueba directa de cargo y entre ellas una tan concluyente como el que los efectos comprados por Internet con los datos de la tarjeta de crédito de la victima fueron entregados en el domicilio del acusado, efectos que se concretaron en elementos de aeromodelismo al cual ea aficionado el mismo, de lo que infiere lógicamente que fue éste quien copio los datos de la tarjeta de crédito y se apropió de los 50 euros, ambos contenidos en la cartera que se encontraba el bolso que dejó momentaneamente en su vivienda, donde se hallaba de visita, llegando a la convicción de que los hechos sucedieron tal y como los entiende probados, sin que, analizada la coartada esgrimida por el acusado, sea lógicamente factible otra posibilidad que, por otra parte, tampoco se apunta en el recurso., razón por la cual al obedecer dicha convicción a prueba de cargo practicada en Juicio y no ser el resultado de la valoración de la misma efectuada por el Juez a quo irracional o arbitrario la sentencia debe ser necesariamente confirmada al ser inexistente el error aducido.

Y ello, porque a diferencia de lo expresado por la parte recurrente, la función del Tribunal llamado a la apelación no ha sido nunca realizar un "novum iudicium" sino valorar la corrección fáctica y jurídica del pronunciamiento judicial dictado en la primera instancia, lo que, en sede de configuración de los hechos que se entienden probados y atendido al principio de libre valoración de la prueba y a la inmediatez de la que goza el Juez de instancia y de la que se adolece en esta alzada, se concreta exclusivamente en ponderar si el juicio de valoración efectuado para determinar los hechos se sustenta sobre prueba de cargo practicada en Juicio y si la conclusión fáctica a la que se llega guarda relación lógica con aquella, debiendo respetarse en la segunda instancia (no modificar los hechos) la conclusión judicial respetuosa con dichas exigencias.

CUARTO.- Cuestiona también la sentencia dictada en la primera instancia el Ministerio Fiscal y lo hace en relación a la absolución del acusado por el delito continuado de estafa por el que sostuvo asimismo acusación contra el mismo, solicitando de este Tribunal además de una sentencia condenatoria conforme a sus pretensiones punitivas y resarcitorias que se cite al acusado a ser oído en esta segunda instancia haciendose eco , entre otras, de la STC 28/10/ 01.

Pues bien, dejando al margen de que resulta jurídicamente discutible que el TC, una de cuyas funciones es la interpretación constitucional de las normas jurídicas cuando esta afectan a derechos fundamentales(interpretación que vincula a los Tribunales según dispone el artículo 5 de la LOPJ), pueda "dictar" una norma nueva de legalidad ordinaria supliendo la inexistencia de la misma en la Lecrim que sigue



contemplando como pruebas que pueden solicitarse y practicarse en la segunda instancia las previstas en el artículo 790.3 de la Lecrim y que "esta norma nueva" vincule por tanto a los Tribunales, lo cierto es que esta doctrina constitucional (**STC del Pleno T.C. nº 167702** , seguida por las **S.T.C. 197/02 , 198/02 , 200/02 , 212/02 , 230/02 y 68/03**) va vinculada a los supuestos de error en la valoración de la prueba, es decir, a los supuestos de error en lo fáctico y no a supuestos como el de autos en los cuales lo que el Ministerio Fiscal denuncia es un error de subsunción (de no subsunción), es decir, un error jurídico del Juez que ha entendido atípicos unos hechos (que considera probados) y de los cuales el acusado se ha defendido , motivo por el cual no debe ser citado ni es obligada la celebración de Vista (iura novit curia).

Señalado ello el recurso de apelación interpuesto no puede prosperar en esta alzada por los motivos que exponemos a continuación.

QUINTO.- Los argumentos expuestos por el Ministerio Fiscal, que cita exclusivamente la STS de 9 de diciembre de 2010 en la que como transcribe se parte de la base de que ante la ausencia de argumentación del acusado no hacen falta más argumentaciones jurídicas para condenarle que afirmar el cumplimiento del tipo de estafa, no resulta convincentes dogmáticamente. Y ello a pesar de que este Tribunal comparte con el Juez a quo el convencimiento de que los hechos ocurrieron como los entiende probados y que el acusado utilizó en beneficio propio los datos de la tarjeta de crédito de la víctima.

En efecto, la conducta del acusado (comprar efectos por Internet proporcionando los datos contenidos en la tarjeta de crédito de otra persona, que causa perjuicio a ésta a quien inmediatamente se carga el valor de los mismos) no puede subsumirse en el artículo 248.1 del CP en cuanto la "estafa común" exige alteridad o relación personal entre sujeto activo y sujeto pasivo del engaño, lo que determinó que jurisprudencialmente se conviniera que no podía estimarse estafa en los casos de "engaño a una máquina" (por todas STS 20 de noviembre de 2011) lo que se sigue manteniendo. La razón es simple, uno puede manipular una máquina (o los programas) pero no puede inducir a error mediante engaño a una máquina en el sentido clásico en que se ha configurado la estafa desde tiempos inmemoriales. Ello dio lugar a que el legislador introdujera en la reforma del CP de 2003 dos apartados más en el artículo 248 en el primero de los cuales se determinaba que "también se consideran reos de estafa" (ergo no cometen la "estafa común" y por tanto no son exigibles sus requisitos) "los que con ánimo de lucro y valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante consigan la transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de tercero".

Tampoco resulta subsumible en este apartado la conducta del acusado en cuanto no se vale de una manipulación informática o de cualquier otro artificio **semejante** (a la manipulación informática) lo que supone cualquier intervención en el software, alterando, modificando o ocultando datos que deban ser tratados automáticamente o modificando las instrucciones del programa (STS de 26 de junio de 2006) ni tampoco, desde una posición interpretativa más extensiva del término "artilugio", en cuanto no se trata de un supuesto de apoderamiento o utilización in consentida del número pin de una tarjeta de crédito (esto es, algo más que usar los datos contenidos en aquella) ni un supuesto de phishing (STS de 12 de junio de 2007) ni existe connivencia en el uso de la máquina con el vendedor o un tercero (STS de 26 de junio de 2006), de manera que condenar por este precepto supondría analogía prohibida en cuanto introducir los datos de una tarjeta de crédito de tercero para obtener una contraprestación económica a cargo de aquél nunca puede ser, ni siquiera gramaticalmente, equivalente a utilizar "artilugios semejantes" por lo que traspasaríamos el tenor literal posible e incidiríamos en analogía prohibida.

Tal laguna de tipicidad, como la denomina el juez a quo, ha sido cubierta por la LO5/2010 que expresamente tipifica la conducta llevada a cabo por el acusado en el apartado c) del actual artículo 248 CP pero la retroactividad contra reo se halla igualmente proscrita en nuestro sistema punitivo.

SEXTO. , Se declaran de oficio las costas procesales de los recursos de conformidad con lo dispuesto en los artículos 123 y ss del Código Penal y 239 y ss de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .,

Vistos los artículos citados, criterios expuestos y demás normas jurídicas de general aplicación al caso, administrando en esta instancia Justicia que emana del Pueblo en nombre de S.M. el Rey

FALLAMOS

Que con desestimación del recurso de apelación interpuesto por el Procurador Sra Roca Cardona , en nombre y representación de Cecilio y del recurso de apelación interpuesto por el MINISTERIO FISCAL contra la sentencia dictada a 7 de enero de 2011 por el Juzgado de lo Penal nº 27 de Barcelona en el Procedimiento Abreviado nº 182/11 debemos confirmar y confirmamos íntegramente y en todos sus pronunciamientos dicha sentencia , declarando de oficio las costas procesales de los recursos.



Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al Rollo de Sala y se notificará al Ministerio Fiscal y a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso ordinario alguno, la pronunciamos, mandamos y firmamos

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia en el día de su fecha por la Ilma Sra Magistrado Ponente, hallándose celebrando audiencia pública. DOY FE.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ