



Roj: **SAP MA 1731/2012 - ECLI: ES:APMA:2012:1731**

Id Cendoj: **29067370022012100257**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Málaga**

Sección: **2**

Fecha: **16/10/2012**

Nº de Recurso: **231/2012**

Nº de Resolución: **525/2012**

Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**

Ponente: **FEDERICO MORALES GONZALEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MÁLAGA. Sección Segunda

ROLLO DE APELACIÓN N. 231/12

PROCEDIMIENTO ABREVIADO N. 426/10

JUZGADO DE LO PENAL 6 DE MÁLAGA

En nombre del Rey.

En el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Málaga ha dictado la siguiente

SENTENCIA N. 525

ILTMOS. SRES

Don FEDERICO MORALES GONZÁLEZ

Presidente

Doña MARÍA LUISA DE LA HERA RUIZ BERDEJO

Don FRANCISCO ONTIVEROS RODRÍGUEZ

Magistrados

Málaga, a 16 de octubre de 2012

Vistos en grado de apelación por esta Sección segunda de la Audiencia Provincial de Málaga los autos de Procedimiento Abreviado número 426/10 procedentes del Juzgado de lo Penal 6 de Málaga seguidos por delitos de Robo, Falsedad y Estafa **contra** Cristobal , en situación de libertad provisional, representado por la Procuradora doña Elena Auriolos Rodríguez y defendido por el Letrado Sr. Robles Claro y **contra** Agustina , en situación de libertad provisional, representada por la misma procuradora y defendida por el Letrado Sr. García Delgado, resultando el resto de los datos identificativos de los nombrados del encabezamiento de la sentencia recurrida que, al efecto, se tiene por reproducido en ésta, habiendo sido parte el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Penal mencionado en el encabezamiento dictó en fecha 10-5-12 sentencia que, considerando probado que:

"PRIMERO. El día 22 de agosto de dos mil seis Cristobal , mayor de edad y sin antecedentes penales, trabajador del hotel El Sultán de Marbella, usando la llave maestra de las habitaciones que por ese motivo tenía, entró en la habitación donde se hospedaba Matías , y aprovechando que éste no estaba en su habitación, se apoderó de la tarjeta de débito de Caja Madrid y del permiso de conducir del mismo.



Ese mismo día, Cristobal , junto con su esposa Agustina , mayor de edad y sin antecedentes penales, puestos previamente de acuerdo, y con ánimo de lucro ilícito, usando la tarjeta Visa y la documentación de Matías , efectuaron la compra de un televisor en el Alcampo de Marbella por importe de 999 euros, firmando Cristobal el ticket de compra, aparentando ser el titular de la tarjeta, siendo el importe cargado en la cuenta de la tarjeta de Matías .

SEGUNDO.- En fecha no determinada, pero antes del 24 de agosto de dos mil seis, Cristobal , con ánimo de lucro ilícito, entró en la habitación del hotel Rodeo de Marbella, donde se hospedaban Visitacion y su esposo Anton , y cuando la llave maestra de las habitaciones, al trabajar Anton en el hotel, entró en la habitación de aquellos huéspedes, cuando estos no estaban allí, y se apoderó de las tarjetas de El corte Inglés de los clientes y del DNI de Visitacion , y de su tarjeta Visa Oro.

Posteriormente, Anton , de acuerdo con su esposa Agustina , se personaron el 19 de agosto de dos mil seis en el centro Hipercor de Marbella, y haciendo uso de la tarjeta de El corte Inglés de Visitacion y de su documentación, efectuaron 7 compras por importe de 2414,90 euros, firmando los tickets Agustina , aparentando ser la titular, siendo soportada dicha cantidad por El Corte Inglés.

El día 23 de agosto del mismo año, Anton y Agustina , se volvieron a dirigir al Corte Inglés y con la misma finalidad haciendo uso de la tarjeta de El corte inglés de Anton , efectuaron dos compras por importe de 100,43 euros, llegando a firmar dos tickets de compra Anton , aparentando ser el titular de esa tarjeta.

El día 26 de agosto del mismo año, ambos se dirigieron a la Joyería José Luis de Marbella, y con la misma finalidad haciendo uso de la tarjeta Visa de Visitacion , efectuaron una compra por 573 euros llegando a firmar el ticket de compra Agustina , aparentando ser el titular de esa tarjeta.

El día 27 de agosto del mismo año, ambos se dirigieron al centro comercial Eroski de Fuengirola, y con la misma finalidad haciendo uso de la tarjeta Visa de Visitacion , efectuaron una compra por 26,65 euros llegando a firmar el ticket de compra Agustina , aparentando ser el titular de esa tarjeta.

El día 28 de agosto del mismo año, ambos, Anton y Agustina , se dirigieron al centro comercial Hipercor de Mijas, y con la misma finalidad haciendo uso de la tarjeta Visa y la documentación de Visitacion , efectuaron 5 compras por 1220,41 euros llegando a firmar los ticket de compra Agustina , aparentando ser el titular de esa tarjeta.

El 29 de agosto de dos mil seis, se volvieron a dirigir al Centro Hipercor de Mijas, y haciendo uso de la Visa de Visitacion y sus documentación, efectuaron una compra por importe de 475 euros, llegando a firmar los tickets de compra Agustina .

El día 6 de septiembre de dos mil seis, Cristobal y Agustina , intentaron en el Hipercor de marbella una nueva operación de compra con la Tarjeta de El corte Inglés de Visitacion y su documentación, por importe de 500 euros, aunque no lograron culminarla al ser sorprendidos por los vigilantes del centro comercial.

Matías , nada reclama por estos hechos, al haber sido previamente resarcido por el emisor de la tarjeta. Visitacion y su esposo Anton , no han abonado ninguna de las compras que se hicieron con cargo a sus tarjetas, pues la Visa asumió los cargos y nada han abonado al corte Inglés. El corte Inglés no ha cobrado compras efectuadas por importe de 2250,73 euros."

finalizó con **fallo** que reza:

"Que debo condenar y condeno al acusado Agustina y Cristobal como criminalmente responsables en concepto de autores de un delito de falsedad en documento mercantil de art 392 y 390.1 en continuidad delictiva, en concurso medial con delito de estafa de art 248 y 249, en continuidad de art 74 del código penal , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena para cada acusado de 26 meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por igual tiempo y multa de once meses con seis euros de cuota diaria y responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, y a indemnizar a El Corte Inglés en 2250,73 euros y al pago cada uno de un tercio de las costas.

Que debo condenar y condeno a Cristobal , como criminalmente responsable en concepto de autor de una falta de hurto de art 623 del código penal , a la pena de un mes de multa con seis euros de cuota diaria y responsabilidad personal subsidiaria y al pago de un tercio de las costas."

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia fueron respectivamente interpuestos recursos de apelación por las defensas de ambos acusados fundado el de Cristobal sustancialmente en infracción de los artículos 74.2 ° y 21.6ª del Código Penal , en tanto lo ha sido el de Agustina en error en la valoración de la prueba.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones en esta Sección se acordó la formación de Rollo para la sustanciación del recurso interpuesto.



CUARTO.- No habiéndose interesado la práctica de pruebas, se acordó simultáneamente que los autos pasaran al Magistrado ponente habiendo tenido lugar la deliberación previa a su redacción sin que este Tribunal considerase necesario la celebración de vista para la correcta formación de una convicción fundada.

QUINTO.- En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas las prescripciones legales establecidas para los de su clase.

Es ponente el Ilmo. Sr. FEDERICO MORALES GONZÁLEZ.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los hechos declarados probados de la sentencia recurrida.

PRIMERO.- Recurso de Agustina .

La particular redacción de esta impugnación, en la que se mezclan confusamente diversos argumentos relativos al mismo motivo, impone establecer cierto orden en las respuestas contenidas en esta nuestra resolución.

Existe, en efecto, un motivo fundamental, cual es el error en la valoración de la prueba, que habría afectado a la conformación de una parte de los hechos imputados, concretamente al episodio referido a la compra de un televisor en el centro comercial Alcampo, hecho en el que, según dice la defensa, no tuvo participación la recurrente.

También desde la óptica de este motivo, afirma la defensa que, aunque la acusada tuvo intervención en el resto de los hechos contenidos en el relato de la sentencia recurrida, no lo hizo con ánimo de lucro.

En tercer lugar, se dice en la impugnación que los hechos declarados probados no recogen que la referida participación de la acusada tuvo lugar, no por propia voluntad, sino por la imposición del otro acusado, de manera que ella no habría tenido libertad de elección.

Como consecuencia de este último error, se habría producido una equivocación jurídica, por inaplicación de los artículos correspondientes, al no haber sido apreciada la eximente de miedo insuperable.

Finalmente, y con el título de "error en la indemnización condenada", dice la defensa que "el perjuicio causado con las acciones de mi patrocinada ha quedado resuelto por las propias aseguradas", en referencia a que han sido indemnizadas las entidades perjudicadas por sus respectivas compañías aseguradoras.

SEGUNDO.- Hemos de comenzar necesariamente con un argumento que no por más reiterado es menos necesario.

Y es que, no en vano, existe una constante doctrina jurisprudencial que viene afirmando que, si bien el recurso de apelación contra las sentencias dictadas por los Juzgados en los procesos penales es un medio de impugnación amplio y pleno que habilita al Tribunal ad quem para examinar el objeto del mismo con igual amplitud y potestad con que lo hizo el juzgador a quo sin que, por tanto, esté obligado a respetar los hechos declarados probados por éste, en la generalidad de los casos ha de respetarse en lo posible la apreciación que de la prueba en conjunto ha realizado el Juez de instancia por ser el que aprovecha al máximo en su valoración las ventajas de la inmediación, medio que brinda la ocasión y oportunidad únicas e inmejorables de poder recibir con directamente las pruebas, estando en contacto con éstas y con las personas intervinientes, por lo que, para que el Tribunal de segunda instancia pueda variar los hechos declarados probados en la primera es preciso que quien recurra acredite que así procede por concurrir alguno de los siguientes casos:

1º Inexactitud o manifiesto error en la apreciación de la prueba.

2º Que el relato fáctico sea oscuro, impreciso, dubitativo, ininteligible, incompleto, incongruente o contradictorio en sí mismo.

3º que haya sido desvirtuado por pruebas practicadas en segunda instancia.

Debe añadirse que hasta la saciedad tiene dicho el Tribunal Supremo (SS de 10-2-90 y 11-3-91 , entre otras muchas) que en las pruebas de índole subjetiva, como son las declaraciones de los denunciados y testigos, es decisivo el principio de inmediación y, por ello, es el juzgador de instancia quien se halla en condiciones óptimas para apreciar la credibilidad de lo oído y visto en el juicio oral, dado que cuando el medio de prueba es una persona, la convicción judicial se forma también por los gestos, expresión facial, tono de voz, firmeza, duda en las manifestaciones, inseguridad o incoherencia en las mismas. Por eso mismo, cuando en el acto del juicio oral se producen varias declaraciones, la inmediación constituye instrumento fundamental para determinar cuáles merecen credibilidad, por lo que, en consecuencia, en el marco estricto de la apelación, y a salvo el juicio



racional sobre su contenido, este Tribunal no puede ni debe revisar la convicción de conciencia del Juzgador de instancia respecto de una prueba que ni ha visto ni ha oído personalmente.

De lo que antecede es colofón la doctrina emanada de la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 167/2002, de 18 de septiembre, conforme a la cual, "en casos de apelación de sentencias absolutorias, cuando aquélla se funda en la apreciación de la prueba, si en la apelación no se practican nuevas pruebas, no puede el Tribunal ad quem revisar la valoración de las practicadas en la primera instancia, cuando por la índole de las mismas es exigible la inmediación y la contradicción" (FJ 1).

TERCERO.- Afirma la defensa de la acusada que ella no tuvo nada que ver con la compra y posterior venta del televisor en el centro comercial Alcampo, en Marbella, alegando que así lo manifestó el coacusado, también apelante. Pues bien, hemos de recordar que, conforme se recoge literalmente en su declaración ante el Juez de Instrucción (folio 73), la recurrente dijo sin hacer distinción alguna que "ambos decidieron hacer uso de la tarjetas". Es a continuación cuando se recoge la frase "que ella no estaba presente cuando su pareja hizo uso de la tarjeta comprando el televisor", lo que impone el entendimiento de que habiendo precedido el acuerdo para beneficiarse de la utilización de dicho instrumento de pago, acuerdo que comprendía todas las operaciones a efectuar con el mismo, no fue preciso o no consideraron conveniente que ella estuviese presente en ese concreto momento, lo que en absoluto excluye las consecuencias del plan previamente adoptado y aceptado, del que en todo caso sería beneficiaria.

Lo manifestado en esa declaración puso ya de manifiesto que la intención final de la recurrente era obtener todo el beneficio que pudiese extraer del referido uso, de manera que mal se comprende cómo viene ahora a negarlo. A este respecto, y dado que la defensa de la apelante argumenta que ésta no percibió dinero alguno de la venta de los objetos, debemos añadir que, entendido como ha sido el ánimo de lucro como la obtención de cualquier ventaja patrimonial y probado que ambos apelantes formaban pareja, bastaría para considerar su existencia con el aprovechamiento de las ganancias aunque hubiesen sido administradas en exclusiva por Anton .

Como acertadamente pone de manifiesto la Juez de instancia, nada dijo entonces la recurrente de la supuesta presión o dominación a que se veía sometida por parte del coacusado, y aunque muy posteriormente lo denunció por los malos tratos a que la sometía, no se ha acreditado en absoluto que tal estado de cosas estuviese vigente en la fecha en que sucedieron los hechos por los que ha sido condenada.

Por último, en lo que atañe a los perjuicios, es patente el error en que incurre la defensa, quien confunde su existencia -que no discute- con la circunstancia de que estén cubiertos en gran parte por los correspondientes seguros.

En definitiva, la pretensión de la parte de modificar los hechos probados no puede prosperar, debiendo desestimarse el motivo con todas sus consecuencias, entre ellas la imposibilidad de apreciar la circunstancia eximente mencionada.

CUARTO.- Recurso de Cristobal .

Dos son las razones de esta impugnación, ambas por infracción de precepto legal.

Por ser presupuesto de la individualización de la pena, a la que se refiere una de ellas, trataremos en primer lugar de la posible apreciación de la atenuante de dilaciones indebidas.

Conforme expresa el Tribunal Supremo, entre otras, en sentencias núm. 146/2005, de 7 febrero y núm. 858/2004, de 1 julio, "el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, que no es identificable con el derecho procesal al cumplimiento de los plazos establecidos en las Leyes, impone a los órganos jurisdiccionales la obligación de resolver las cuestiones que les sean sometidas, y también ejecutar lo resuelto, en un tiempo razonable. Se trata, por lo tanto, de un concepto indeterminado que requiere para su concreción el examen de las actuaciones procesales, a fin de comprobar en cada caso si efectivamente ha existido un retraso en la tramitación de la causa que no aparezca suficientemente justificado por su complejidad o por otras razones, y que sea imputable al órgano jurisdiccional y no precisamente a quien reclama. En particular debe valorarse la complejidad de la causa, el comportamiento del interesado y la actuación de las autoridades competentes (STEDH de 28 de octubre de 2003 [TEDH 2003, 59], Caso González Doria Durán de Quiroga c. España y STEDH de 28 de octubre de 2003 [TEDH 2003, 60], Caso López Sole y Martín de Vargas c. España, y las que en ellas se citan). En el examen de las circunstancias de la causa también el TEDH ha señalado que el período a tomar en consideración en relación al artículo 6.1 del Convenio (RCL 1979, 2421) empieza desde el momento en que una persona se encuentra formalmente acusada o cuando las sospechas de las que es objeto tienen repercusiones importantes en su situación, en razón a las medidas adoptadas por las autoridades encargadas de perseguir los delitos. (STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso López Sole y Martín de Vargas c. España). Además de lo anterior, se ha exigido en ocasiones que quien denuncia las dilaciones haya procedido



a denunciarlas previamente en el momento oportuno, pues la vulneración del derecho, como recordábamos en la STS núm. 1151/2002, de 19 de junio (RJ 2002, 8798), «no puede ser apreciada si previamente no se ha dado oportunidad al órgano jurisdiccional de reparar la lesión o evitar que se produzca, ya que esta denuncia previa constituye una colaboración del interesado en la tarea judicial de la eficaz tutela a la que obliga el art. 24.1 de la Constitución (RCL 1978, 2836) mediante la cual poniendo la parte al órgano Jurisdiccional de manifiesto su inactividad, se le da oportunidad y ocasión para remediar la violación que se acusa (Sentencias del Tribunal Constitucional 73/1992 [RTC 1992 , 73] , 301/1995 [RTC 1995 , 301] , 100/1996 [RTC 1996 , 100] y 237/2001 [RTC 2001 , 237] , entre otras; STS 175/2001, 12 de febrero [RJ 2001, 280])».

Sin embargo, como hemos dicho en la STS núm. 1497/2002, de 23 septiembre (RJ 2002, 8169) , «en esta materia no se deben extremar los aspectos formales. En primer lugar porque en el proceso penal, y sobre todo durante la instrucción, el impulso procesal es un deber procesal del órgano judicial. Y, en segundo lugar, porque el imputado no puede ser obligado sin más a renunciar a la eventual prescripción del delito que se podría operar como consecuencia de dicha inactividad. Esto marca una diferencia esencial entre el procedimiento penal, en lo que se refiere a la posición del imputado, y otros procesos que responden a diversos principios. El derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas está configurado en el artículo 24 CE (RCL 1978, 2836) sin otras condiciones que las que surgen de su propia naturaleza». Así pues, la obligación de colaborar con el órgano jurisdiccional, que compete a las partes en orden a la necesidad de respetar las reglas de la buena fe (artículo 11.1 LOPJ [RCL 1985, 1578, 2635]), y que se concreta en la denuncia oportuna de las dilaciones con el fin de evitar cuanto antes, o en su caso de paliar, la lesión del derecho fundamental, no alcanza al acusado en el proceso penal hasta el extremo de obligarle a poner de manifiesto la posibilidad de que pueda prescribir el delito cuya comisión se le atribuye, negándole en caso contrario los efectos derivados de una administración de la Justicia con retrasos no justificables".

En el caso ahora sometido a nuestra consideración, y si bien la parte que denuncia ahora el retraso reclamando su consecuencia penológica no ha pormenorizado las actuaciones entre las que se abren incomprensibles lapsos temporales, no es menos verdad que se aprecia sin necesidad de esa pormenorización que entre la incoación de las diligencias previas con que el proceso se inicia y la celebración del juicio han transcurrido 6 años, tiempo a todas luces excesivo que debe, cuando menos, traducirse en la apreciación de la atenuante, bien que no cualificada por cuanto la causa tiene un importante grado de dificultad y en una de las ocasiones en que el juicio debió ser suspendido la causa fue la imposibilidad de la letrada defensora de la coacusada.

En segundo lugar, y abordamos así la otra razón de esta impugnación, se refiere la defensa a la infracción del artículo 74.2º.1 por cuanto se habría impuesto la pena superior en grado cuando ni el hecho reviste notoria gravedad ni ha afectado a una generalidad de personas.

Como se verá, no sólo no es ello así, sino que se observa en la sentencia una equivocación en el cálculo que debe corregirse por imperativo legal aunque, como en el caso sucede, ello implique la elevación de la pena en ambos casos.

El argumento de la defensa se basa en un error que trae causa del párrafo segundo del fundamento jurídico 3º de la sentencia recurrida en tanto se dice que "debe imponerse la pena superior en un grado y dentro de éste en su mitad superior".

Es evidente que siendo la pena de prisión prevista para el delito de falsedad de seis meses a tres años, dos años y dos meses nunca podrían ser considerados pena superior en grado pues basta acudir al artículo 70 del Código Penal para ver que ésta tendría una extensión de 3 años y 1 día a 4 años y 6 meses.

Lo que ha ocurrido es que, al ser el delito continuado y ser obligado por ley -art.74.1- la imposición de la mitad superior, la pena de la que se parte para aplicar posteriormente el artículo 77 es la extensión que comprende esa mitad, esto es, 21 meses y 1 día a 36 meses. Como el artículo 77 citado contiene igual exigencia -imposición de la pena en su mitad superior-, ese tiempo ha de dividirse en dos mitades, inferior, y superior, cuyo límite habría de ser 28 meses y 16 días. Y dado que, por aplicación de la atenuante anteriormente mencionada, la pena que correspondería imponer sería la mínima prevista, es de rigor concluir que debe ser de 28 meses y 17 días.

QUINTO.- De conformidad con lo establecido en los artículos 123 del Código Penal en relación con lo dispuesto en los arts. 239 y 240 de la LECrim ha de pronunciarse este Tribunal sobre las costas causadas.

Vistos los artículos legales citados, normas de pertinente y general aplicación y en función de lo hasta aquí expuesto,

FALLAMOS



- 1- Desestimar íntegramente el recurso de apelación interpuesto por Agustina contra la sentencia identificada en el primero de los antecedentes de la presente.
- 2- Estimar parcialmente el recurso de igual clase deducido contra la misma resolución por Cristobal , y declarando concurrente la atenuante de dilaciones indebidas, subsanar el defecto de cálculo contenido en la sentencia apelada, imponiendo a ambos acusados la pena de prisión en el mínimo legal, que es de 28 meses y 17 días.
- 3- Confirmar el resto del fallo.
- 4- No imponer las costas del recurso.

Con arreglo a la LECrim, contra esta sentencia no cabe recurso alguno

Así, por esta nuestra sentencia, testimonio de la cual será remitida en su momento al Juzgado de origen junto con los autos originales para que proceda a su ejecución, juzgando definitivamente en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.-

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior resolución por el Magistrado Ponente lltmo. Sr. FEDERICO MORALES GONZÁLEZ en audiencia pública en el mismo día de su firma. **CERTIFICO.- La Secretaria.-**