



Roj: **SAP Z 1306/2001 - ECLI:ES:APZ:2001:1306**

Id Cendoj: **50297370032001100450**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Zaragoza**

Sección: **3**

Fecha: **01/06/2001**

Nº de Recurso: **66/2001**

Nº de Resolución: **306/2001**

Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**

Ponente: **SARA ARRIERO ESPES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA NÚM. 306/2001

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

ILMOS SEÑORES

PRESIDENTE

D. Julio Arenere Bayo

MAGISTRADOS

D. Fco Javier Cantero Aríztegui

D^a Sara Arriero Espés

-----/

En Zaragoza, a uno de Junio de dos mil uno.

La Sección Tercera de la Audiencia Provincial, constituida por los Ilmos. Señores que al margen se expresan, ha visto en grado de apelación las Diligencias Procedimiento Abreviado número 108 de 2000, procedentes del Juzgado de lo Penal nº 4 de esta ciudad, rollo nº 66 de 2001 seguidas por delito de ESTAFA contra David , con D.N.I. nº NUM000 , nacido en Galleguillos de Campos (León) el día 23 de marzo de 1.970, hijo de Miguel Ángel y de Alicia , con domicilio en C/ DIRECCION000 nº NUM001 de Galleguillos de Campos, de estado no consta, de profesión tampoco consta, con antecedentes penales no computables en esta causa, representado por la Procuradora Sra. Flores Aguilar Amat y defendido por el letrado Sr. Albar García en cuya causa es parte acusadora el Ministerio Fiscal, siendo Ponente en esta apelación la Ilma Sra. Magistrada Suplente D^a Sara Arriero Espés , quien expresa el parecer del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. En los citados autos recayó sentencia con fecha once de enero de dos mil uno cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que debo condenar y condeno a David como autor penalmente responsable de un delito de hurto, ya descrito, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de seis meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, al pago de las costas procesales y, a que en concepto de responsabilidad civil, indemnice a la Compañía Telefónica en la cantidad de 70.000 .- pesetas, más intereses legales."

SEGUNDO. La sentencia apelada contiene la siguiente relación fáctica: " Ha resultado probado y así se declara que sobre las 18,39 horas del día 21 de Enero de 2.000, el acusado David , mayor de edad y con antecedentes penales por delito de quebrantamiento de condena , entró en la tienda de Telefónica sita en el nº 35 del Paseo de la Independencia de esta Ciudad y solicitó la adquisición de catorce tarjetas de telefónica Movistar por importe de 70.000.- pesetas, entregando para el pago una tarjeta del B.B.V. y el carnet de identidad y, mientras



la persona que le atendía intentaba realizar la operación de cobro con la tarjeta de crédito , el acusado se apoderó al descuido de las catorce tarjetas, dejando en su lugar otras ya usadas que llevaban un plástico para aparentar que eran nuevas. Al comunicarle la persona que atendió al acusado que su tarjeta carecía de saldo, el acusado se ausentó, manifestando que ya volvería más tarde." . Hechos probados que como tales se aceptan.

TERCERO. Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación las representación procesal del acusado alegando en síntesis como motivos del recurso error en la valoración de la prueba e infracción de norma jurídica y admitido en ambos efectos se dio traslado a las partes solicitando el Ministerio Fiscal la confirmación íntegra de la sentencia recurrida, tras lo cual se elevaron las actuaciones a la Audiencia, formándose rollo, con designación de ponente y señalamiento para votación y fallo el día 30 de mayo de dos mil uno, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Aun no invocado expresamente por la parte recurrente, en el procedimiento que nos ocupa se ha vulnerado el principio acusatorio , toda vez que imputado un delito de estafa de los artículos 248.1 y 249 del Código Penal se le ha condenado como autor de un delito de hurto (artículo 234 del mismo Cuerpo Legal).

La acusación ha de ser precisa y clara respecto del hecho y del delito o falta por el que se formula y la sentencia ha de ser congruente con tal acusación, sin introducir ningún elemento nuevo del que no hubiera existido antes posibilidad de defenderse.

Pero esto no quiere decir que todos los elementos que ha de contener un escrito de calificación de la parte acusadora conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, o las modificaciones que pudieran introducirse después en el acto del juicio oral, sean igualmente vinculantes para el Juzgado o Tribunal que ha de sentenciar.

De tales elementos sólo dos tienen eficacia delimitadora del objeto del proceso, y, en consecuencia, capacidad para vincular al juzgador en aras de la necesaria congruencia. Por un lado, y es el elemento fundamental, el hecho por el que se acusa, es decir, el conjunto de elementos fácticos en los que se apoya la realidad o clase de delito o falta, el grado de perfección del mismo, la participación concreta del inculpado, las circunstancias agravantes sean genéricas o constitutivas del tipo y, en definitiva, todos aquellos datos de hecho de los que ha de depender la específica responsabilidad penal que se imputa.

Esta base fáctica de la acusación vincula al Tribunal, de modo que éste no puede introducir en la sentencia ningún hecho nuevo en perjuicio del reo que antes no figurase en la acusación. Claro es que puede ampliar las circunstancias o detalles de lo ocurrido conforme a la prueba practicada en el juicio oral en aras de una mayor claridad expositiva o una mejor comprensión de lo ocurrido; pero no puede traer a su relación de hechos probados nada extraño a la calificación de alguna de las partes acusadoras, que pudiera tener transcendencia en cuanto punto de apoyo fáctico para la existencia o agravación de la responsabilidad penal, porque si así lo hiciera causaría indefensión al acusado que no tuvo oportunidad de defenderse alegando y probando lo que hubiera tenido a su alcance para contrarrestar aquello que se le imputa.

El otro elemento vinculante para el Tribunal es la calificación jurídica hecha por la acusación, bien entendido que no se produce dicha vulneración cuando se trata de delitos homogéneos.

En el caso presente, como ya hemos puesto de manifiesto anteriormente, en la calificación efectuada por el Ministerio Fiscal , posteriormente elevada a definitiva - folio 147 - se imputa al acusado un delito de estafa, resultando luego el acusado condenado como autor responsable de un delito de hurto.

Según la sentencia del T.S. de 9-10-93 "homogéneo" es aquello que pertenece al mismo género, que es poseedor de iguales características, esto es, lo que es de igual naturaleza o condición. A los efectos que aquí interesan, será delito homogéneo aquella infracción que tenga la misma estructura objetiva que otra y en la que se exija el mismo propósito o ánimo desde una perspectiva penal. Entre el delito objeto de acusación -estafa- y el que incorpora la sentencia -hurto- no se da homogeneidad. La diferencia del hurto con la estafa radica en que en la estafa el nacimiento de la posesión va precedido, desde el primer momento por una conducta engañosa, que es el origen o causa de esta constitución, mientras que en el hurto hay una pura sustracción, sin engaño . La desposesión del bien mueble se produce en la estafa a través de la astucia, de una "puesta en escena", en el hurto, en todo caso carece el autor de título legítimo, ni real ni aparente. El actuar del hurtador es directo, sin maniobras engañosa, sin artificios o engaños, que son en cambio característicos esenciales del estafador. Si quien se ha defendido de una estafa, se encuentra después, por sorpresa, con que se le condena por hurto habrá sufrido indefensión.

Al tratarse por tanto de delitos no homogéneos, La Sala entiende que se ha producido indefensión en el presente procedimiento y vulneración del principio acusatorio (artículo 24 de la C.E.) lo que implica



necesariamente la revocación de oficio de la sentencia recurrida. Ello exime a la Sala de entrar a conocer de los motivos de recurso alegados por la parte apelante.

SEGUNDO. Las costas de esta alzada y las de la primera instancia se declaran de oficio.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de pertinente aplicación del Código Penal, el artículo 795 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

FALLAMOS

Que ESTIMANDO el recurso de apelación formulado por la representación de David , REVOCAMOS INTEGRAMENTE la sentencia dictada con fecha once de enero de dos mil uno por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez Titular del Juzgado de lo Penal número 4 de Zaragoza, en las Diligencias 108 de 2000, absolviéndole del delito de hurto del que fue condenado, declarando de oficio las costas de la primera instancia y las de esta alzada.

Devuélvanse las actuaciones de primera instancia al Juzgado de procedencia con certificación de esta resolución, para su ejecución y cumplimiento, debiendo acusar recibo.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDO