



Roj: **SAP ML 26/2022 - ECLI:ES:APML:2022:26**

Id Cendoj: **52001370072022100026**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Melilla**

Sección: **7**

Fecha: **21/02/2022**

Nº de Recurso: **9/2022**

Nº de Resolución: **17/2022**

Procedimiento: **Recurso de apelación. Procedimiento abreviado**

Ponente: **MARIANO SANTOS PEÑALVER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJP, Melilla, núm. 1, 22-12-2021,
SAP ML 26/2022**

AUD.PROVINCIAL DE MALAGA SECC. N.7 de DIRECCION000

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

EDIF. V CENTENARIO. TORRE NORTE. PLAZA DEL MAR . 2ª PLANTA.

Teléfono: 952698926/27

Correo electrónico: audiencia.S7.melilla@justicia.es

Equipo/usuario: MBP

Modelo: 213100

N.I.G.: 52001 41 2 2020 0004654

RP APELACION PROCTO. ABREVIADO 0000009 /2022

Juzgado procedencia: JDO. DE LO **PENAL** N. 1 de DIRECCION000

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ABREVIADO 0000304 /2021

Delito: HURTO (CONDUCTAS VARIAS)

Recurrente: Constantino

Procurador/a: D/Dª JOSE LUIS YBANCOS TORRES

Abogado/a: D/Dª CARLOS GONZÁLEZ VARO

Recurrido: MINISTERIO FISCAL, Estibaliz

Procurador/a: D/Dª , CRISTINA PILAR COBREROS RICO

Abogado/a: D/Dª , ABDELKADER MIMON MOHATAR

En nombre del Rey.

En el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, la Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Málaga ha dictado la siguiente

SENTENCIA N. 17/22

ILTMOS. SRES

Don FEDERICO MORALES GONZÁLEZ

Presidente



Don MARIANO SANTOS PEÑALVER

Don MIGUEL ÁNGEL TORRES SEGURA

Magistrados

DIRECCION000 , a 21 de febrero de 2022

Vistos en grado de apelación por esta Sección séptima de la Audiencia Provincial de Málaga los autos de Procedimiento Abreviado número 304/21 procedentes del Juzgado de lo Penal 1 de DIRECCION000 seguidos por delito de Hurto (conductas varias) **contra** Constantino , en situación de libertad provisional, representada por el Procurador don José Luis Ybanco Torres y defendida por el Letrado don Carlos González Varo, resultando el resto de los datos identificativos del nombrado del encabezamiento de la sentencia recurrida que, al efecto, se tiene por reproducido en ésta, habiendo sido parte el Ministerio Fiscal y, como acusación particular, Estibaliz , representada por la procuradora doña Cristina Cobreros Rico y defendida por el letrado don Abdelkader Mimon Mohatar.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Penal mencionado en el encabezamiento dictó en fecha 22-12-2021 sentencia que, considerando probado que:

" ÚNICO. - De la prueba practicada ha quedado acreditado que la acusada sobre las 10:00 horas del día 7/12/20 D^a Natividad de avanzada edad en cuanto nacida el NUM000 /1948 y con movilidad reducida se dirigía al centro de salud, cuando fue interceptada por la acusada Constantino con una mascarilla sanitaria puesta quien iba acompañada de una de sus hijas, en todo caso menor de edad de 16 años, quien tras de una breve conversación mostró un interés inusual por su estado de salud. Al día siguiente, día 8/12/2020, cuando se dirigía nuevamente al centro de salud se la volvió a encontrar a los mandos de un turismo acompañada de la misma menor, quien estacionó el vehículo ofreciéndose a llevarla a su domicilio, a lo cual accedió, ayudándola a aperarse del turismo y encontrándose ya en su domicilio se dio cuenta que le que le faltaba el teléfono móvil que llevaba en el bolsillo de su chaqueta, comprándose otro terminal de análogas características. El día 9/12/2020, la acusada se presentó en el domicilio de D^a Natividad sito en la CALLE000 n^o NUM001 de DIRECCION000 acompañada de la misma menor de edad , interesándose de nuevo por su estado de salud, ofreciéndose a prestarle servicios de limpieza de hogar y al apercibirse la acusada de la presencia del hijo de D^a Natividad identificado como D. Sebastián , aprovechó para abandonar el domicilio, no sin antes, con idéntico ánimo de enriquecimiento ilícito se apropió de su nuevo teléfono móvil.

Los dos móviles han sido valorados pericialmente en la cantidad de 240€reclamando D^a Natividad lo que pudiera corresponderle.

Continuando con su actuar precedente, sobre las 18:30 horas del día 12/12/2020, la acusada Constantino , en compañía de una de sus hijas , en todo caso menor de 16 años , con ánimo de enriquecerse de lo ajeno, se ha personado en el domicilio sito en la AVENIDA000 con la mascarilla sanitaria puesta y un gorro de color negro, NUM002 , donde habita D. Victoriano , de edad avanzada en cuanto nacido el NUM003 /1938 y delicado estado de salud con su nieta , sabiendo que se encontraba solo en su domicilio y ganándose la confianza de la víctima al decirle que le tenía que comentarle algo importante de su vecina de la segunda planta que era conocida de Don Victoriano , ha conseguido entrar en la vivienda. Una vez en el salón, Constantino pide a D. Victoriano que se ponga de pie llevándolo al dormitorio mientras que la menor se iba al baño, y tras un rato de conversación, no parando de tocarle y abrazarle, aprovechando Constantino para quitar a Victoriano su cartera que portaba 60 euros y que se encontraba guardada en la chaqueta, teniendo Don Victoriano que empujarla para que no le siguiese tocando y en ese momento a Constantino se le bajó la mascarilla apreciando Don Victoriano su rostro y la existencia de un lunar en la mejilla cerca de la boca. Mientras Constantino retenía a Victoriano en el cuarto, la menor de edad aprovechó para registrar la vivienda, y en el momento en que a Constantino se le baja la mascarilla salió de repente del dormitorio y se introduce en el baño con la menor quien entrega los objetos sustraídos a su madre, saliendo las dos simultáneamente del baño y abandonando la vivienda diciendo que iba a llevar a la menor a la calle y volvería, circunstancia que no se produjo. A la vista de lo ocurrido y con temor de que volviera Don Victoriano llamó a un familiar apareciendo la nieta de D. Victoriano pudiendo comprobar que faltaba una pulsera de plata marca Pandora con diversos complementos y abalorios también de plata y con la inscripción amigas para siempre", otra pulsera de oro tipo cadena, un bolso de señora dela marca Tous, de color blanco e insignias azul , diverso material de maquillaje y serum, así como la cantidad de 2900 euros que se encontraba guardados en el interior de un armario frente al baño en una caja con llave, reclamando D. Victoriano como su nieta D^a Estibaliz todo cuanto pudiera corresponderles. Que Constantino tiene cuatro hijos de 6, 11, 13 y 14 años a día de hoy, las tres primeras niñas. "



finalizó con fallo que reza:

" Que debo condenar y condeno a la acusada Doña Constantino como autora criminalmente responsable de un delito continuado de HURTO del art. 234.1 y 235.1 8ª en relación con el art. 74 del Código Penal, sin circunstancia modificativa de la responsabilidad penal, a la pena de TRES AÑOS Y NUEVE MESES DE PRISIÓN, inhabilitación especial para el ejercicio de derecho de sufragio pasivo, y a las costas de este proceso, debiendo indemnizar en la cantidad de 800 euros para D. Victoriano, a Dª Estibaliz en la cantidad de 2.900 euros y a Dª Natividad en la cantidad de 240 euros; con el interés de demora de conformidad con lo dispuesto en el artículo 576 de la ley de enjuiciamiento civil.

Abónese a la condenada para el cumplimiento de la pena impuesta, el tiempo en que estuviera privada de libertad por esta causa."

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia fue interpuesto recurso de apelación por la defensa del acusado fundado sustancialmente 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 lltmo. Sr. Mariano Santos Peñalver.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia que condena a Constantino como autora criminalmente responsable de un delito continuado de hurto del artículo 234 número 1 y 235 número 1 circunstancia 8ª del Código Penal, se alza en apelación su representación en solicitud de un pronunciamiento absolutorio con fundamento en la vulneración de la presunción de inocencia en relación con el error en la valoración de la prueba practicada y el principio in dubio pro reo.

De acuerdo con ello, el objeto del recurso se enmarca en el ámbito de la presunción de inocencia que implica la imposición a las partes acusadoras del acreditamiento de la realidad de los hechos perjudiciales al reo, lo que conlleva la exclusión al imputado del deber de demostrar su inocencia, correspondiendo a la acusación la carga de la prueba que conduzca a la afirmación de la culpabilidad.

En íntima conexión con la cuestión expuesta, el derecho a un juicio con todas las garantías exige que las pruebas válidas para destruir la presunción de inocencia se practiquen en el acto del juicio oral, como dispone el artículo 741 de la LECrim., ya que este es el acto solemne donde concurriendo los principios de inmediación, oralidad, publicidad y contradicción. Finalmente, en otro orden de consideraciones, y, situado en el momento de valoración de las pruebas, consecuencia de la presunción de inocencia opera el principio in dubio pro reo, cuando existiendo una actividad probatoria, se plantee una duda racional sobre la real concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos que integran el tipo penal.

En el caso que nos ocupa la sentencia de instancia construye el pronunciamiento condenatorio sobre la prueba indiciaria. Al respecto nos dice que: " Debe advertirse en el presente enjuiciamiento que la prueba practicada y la inferencia de la presunta culpabilidad del hoy acusada viene asentada por la prueba de indicios".

La parte recurrente cuestiona tanto los hechos base en que se funda la prueba indiciaria hayan resultado probados, como la razonabilidad del juicio de inferencia.

Alega que la única prueba practicada ha sido la declaración de los perjudicados que, en el caso de autos, carece de eficacia probatoria dadas las contradicciones claras y patentes en las que las mismas incurrieron.

Así, en cuanto al reconocimiento de la acusada por el testigo Victoriano, se dice en el recurso que: " la mujer que entró en su casa iba con un gorro negro y con mascarilla en todo momento y que solo podría reconocerla por la voz. Para después el mismo hombre, declarar en el plenario, y después de un año sin haberla visto a la mujer que entró en su casa desde entonces, que la reconoce sin ningún género de dudas, cuando la tuvo a su vista". Y, por lo que se refiere al testimonio de Natividad nos dice el recurrente que relataba unos hechos que modificaba a cada pregunta que le formulaba y que admitió que no se acuerda muy bien de las cosas.



Por último, la parte recurrente niega que haya resultado acreditada la preexistencia de los objetos y dinero que se dicen fueron sustraídos.

SEGUNDO.- Así planteado el objeto del recurso, nuestra jurisprudencia ha declarado las contradicciones, retractaciones o correcciones en los testimonios prestados no invalidan la fuerza probatoria del testimonio, sino que constituyen un tema de valoración o apreciación probatoria, pudiendo el tribunal de instancia confrontar unas y otras versiones, y formar un juicio de conciencia en función de las máximas ordinarias de experiencia, sobre su respectiva veracidad, atendiendo a su coherencia o incoherencia interna, razones expresadas para justificar su retractación, etc, conforme a lo prevenido en el artículo 741 de la LECrim.

De otro lado, como puede fácilmente comprenderse, resulta totalmente inevitable que al comparar las declaraciones que presta un denunciante o un denunciado en la fase policial con las que hace después en la vista oral del juicio, afloran algunas diferencias, omisiones y contradicciones. En primer lugar, porque el sujeto que declara no retiene en la memoria las mismas imágenes, datos concretos y palabras en un primer momento, a las pocas fechas de haber sucedido los hechos, que cuando han ya transcurrido varios meses. En segundo lugar, un mismo hecho no es nunca relatado o expuesto con las mismas palabras en dos ocasiones distintas por una misma persona, incluso aunque transcurra escaso margen de tiempo entre la primera y la segunda declaración. Y, por último, también resulta obvio que la persona que transcribe la declaración en el acta no plasma literalmente todo su contenido, sino que trastoca, modifica y varía de forma involuntaria e inconsciente los vocablos, las expresiones y los propios giros lingüísticos utilizados por el testigo, alteración muy difícil de evitar en muchos supuestos, pero que acaba afectando ineluctablemente al contenido del testimonio prestado.

Partiendo, pues, de esa premisa empírica incuestionable, no cabe desvirtuar de plano un testimonio por la circunstancia de que no coincida literalmente con otro anterior prestado por el mismo sujeto en la causa, ya que de ser así parece claro que la eficacia de la prueba de cargo se volatilizaría en la mayoría de los casos. Y tampoco resulta determinante que dentro de un mismo testimonio aparezca alguna contradicción o incongruencia sobre extremos accesorios. Debe el juzgador ponderar si la discrepancia o la incoherencia que aflora afectan a hechos o datos nucleares o si sólo conciernen a circunstancias fácticas periféricas o secundarias, pues en este último caso no puede considerarse que la prueba testifical quede mermada en su virtualidad verificadora.

La doctrina expuesta es suficiente para salvar las pretendidas deficiencias que pudieran presentar las declaraciones de los testigos.

Descendiendo al caso enjuiciado y por lo que se refiere al testimonio de Victoriano, omite la parte recurrente que en comisaría de policía el testigo reconoció fotográficamente a la acusada en dependencias policiales entre las fotografías correspondientes a diferentes mujeres y que en el acto del juicio oral se ratificó en dicho reconocimiento y precisó que durante los hechos se le cayó a la acusada la mascarilla. Es cierto que en sede policial manifestó que la acusada llevaba la mascarilla puesta en todo momento, sin embargo, de un lado, este dato de no impide que reconociera a la acusada, pues es evidente que la mascarilla no cubre la totalidad del rostro. De otro lado, el testigo en su declaración ante el juez de instrucción y con posterioridad en el acto del juicio afirmó que vio completamente el rostro de la acusada porque en un momento determinado se le cayó la mascarilla. Dato en el que insistió en el acto del juicio oral.

Y, con relación a Natividad, hay que convenir con el recurrente que durante el interrogatorio la testigo incurrió en diversas contradicciones, pero fue firme respecto del hecho esencial, la participación determinante de la acusada en la sustracción del móvil que portaba.

En definitiva, nos encontramos mera contradicciones o imprecisiones de los testigos que carecen de trascendencia suficiente para invalidar el testimonio incriminatorio.

En otro orden de consideraciones, los testimonios incriminatorios revistan las **garantías** de certeza para ser considerados verídicos, atendidas la firmeza, verosimilitud y ausencia de motivos de incredibilidad subjetiva

TERECRO.- Se cuestiona también en el recurso que existencia o propiedad de los bienes que denuncian les sustrajo la acusada.

La crítica carece de fundamento.

Es correcto sustentar la acreditación de la preexistencia de los objetos sustraídos en la declaración del perjudicado o un testigo. En el Procedimiento Abreviado, que en el que nos encontramos, el artículo 762 regla 9ª de la LECrim dispone que "La información prevenida en el art. 364 solo se verificará cuando a juicio del instructor hubiere duda acerca de la preexistencia de la cosa objeto de la sustracción o defraudación". Y, el artículo 364 señala a su vez que " En los delitos de robo, hurto, estafa, y en cualquier otro en que deba hacerse constar la preexistencia de las cosas robadas, hurtadas o estafadas, si no hubiere testigos presenciales del hecho, se



recibirá información sobre los antecedentes del que se pesen e como agraviado, y sobre todas las circunstancias que ofrecieren indicios de hallarse éste poseyendo aquéllas al tiempo en que resulte cometido el delito". Es decir, del juego de ambos preceptos se desprende que el perjudicado en los delitos contra la propiedad, como es el de hurto imputado, y dentro del Procedimiento Abreviado, no deberá de acreditar la preexistencia de los objetos que se dicen sustraídos, bastando con su propia declaración complementada con las diligencias probatorias que pudieran recogerse. En definitiva, se trata de una cuestión de credibilidad de los testimonios de la víctima o testigo.

Y, como se dijo el testimonio de los testigos perjudicados reúne todos los requisitos necesarios para ser considerado veraz.

CUARTO.- Analizados los hechos probados, su valoración conjunta permite inferir el hecho delictivo, siguiendo el criterio del juzgador de instancia, que se acomoda a las reglas de la lógica y de la experiencia.

En un caso, la acusada acompañada de su hija menor se introdujo en el domicilio de Victoriano , amparándose en motivos falsos y superando la oposición de este a su presencia, dada su avanzada edad, para acto seguido moverse con plena libertad por las dependencias de la vivienda, pese a las reticencias de su morador. Todo ello en coincidencia temporal con la desaparición de los objetos que según declara le fueron sustraídos por la acusada.

En el caso de Natividad , la acusada en compañía de una hija menor, y pese a no conocerla se acercó a ella y le ofreció llevarla en su vehículo a su domicilio, a lo que Natividad accedió. Una vez en la puerta de la casa, la acusada ayuda a anciana a descender del turismo. Cuando Natividad se queda sola se percató que le falta el móvil que portaba. Suceso que volvió a repetirse escasos días después. Natividad es persona de avanzada edad que por sus padecimientos físicos tiene limitadas sus funciones físicas.

Lo expuesto permite deducir que fue la acusada la quien sustrajo a Victoriano y a Natividad los objetos que les faltan.

QUINTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 123 del Código Penal y 240 de la LECrim., procede declarar de oficio las costas de esta alzada.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que desestimando como desestimamos el Recurso de Apelación interpuesto por el Procurador de los Tribunales D José Luis Ybancos Torres, en nombre y representación de Constantino , contra la sentencia de fecha 21-02- 2022, pronunciada por el Ilmo. Sr. Magistrado del Juzgado de lo Penal nº 1 de esta Ciudad, debemos confirmar y confirmamos dicha sentencia, con declaración de oficio de las costas procesales causadas en esta alzada.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de Casación, exclusivamente por el motivo del artículo 849.1º de la LECrim, recurso que habrá de prepararse solicitando, dentro del término de 5 días contados desde la última notificación de esta resolución, el testimonio a que se refiere el artículo 855 de la misma Ley.

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.