



Roj: **SAP T 150/2017 - ECLI:ES:APT:2017:150**

Id Cendoj: **43148370022017100066**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Tarragona**

Sección: **2**

Fecha: **24/02/2017**

Nº de Recurso: **1/2017**

Nº de Resolución: **72/2017**

Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**

Ponente: **ANGEL MARTINEZ SAEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE TARRAGONA

SECCIÓN SEGUNDA

Rollo de apelación nº 1/2017

Procedimiento Juicio Rápido 4/2016

Juzgado de lo Penal nº 3 de Tarragona

SENTENCIA nº **72/2017**

Tribunal.

Magistrados,

D. Ángel Martínez Sáez (Presidente)

D. Antonio Fernández Mata

D^a. María Joana Valldeperez Machí

En Tarragona, a 24 de febrero de 2017

Visto ante la Sección 2^a de esta Audiencia Provincial el recurso de apelación interpuesto por la representación de Feliciano , y el interpuesto por Leonardo contra la Sentencia de fecha 23 de mayo de 2016 dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 3 de Tarragona en el Juicio Rápido nº 4/2016 por un presunto delito de hurto, en el que figuran como acusados Feliciano , Leonardo y Teodulfo , siendo parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el **Magistrado D. Ángel Martínez Sáez.**

ANTECEDENTES PROCEDIMENTALES

ACEPTANDO los antecedentes de hecho de la sentencia recurrida, y

Primero.- La sentencia recurrida declaró probados los hechos siguientes:

"Único.- Apreciando en conciencia la prueba practicada en el acto del Juicio Oral, expresa y terminantemente se declara probado que los acusados, D. Feliciano , mayor de edad, con DNI NUM000 , con antecedentes penales, siendo multirreincidente por haber sido condenado en Sentencia firme de fecha 28/06/2013, firme en fecha 07/11/2013, dictada por el Juzgado de lo Penal nº 2 de Barcelona, en la causa 485/2011 por un delito de robo con fuerza en las cosas a la pena de seis meses de prisión; por Sentencia firme de fecha 14/01/2015, dictada por el Juzgado de lo Penal nº 1 de Barcelona, en la causa nº 48/2013 por un delito de robo con violencia e intimidación a la pena de un año de prisión; en Sentencia de fecha 11/11/2015, firme en fecha 26/11/2015, dictada por el Juzgado de Instrucción nº 12 de Barcelona en la causa nº 428/2015 por un delito de hurto a la pena de dos meses de multa con cuota de seis euros; y D. Leonardo , mayor de edad, con DNI NUM001 , con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, el 14/01/2016 sobre las 06:00 horas, en



el establecimiento comercial Mediamarkt, de común acuerdo y previo acuerdo, con ánimo de enriquecimiento ilícito y sin consentimiento del propietario, cogieron cada uno, un teléfono móvil de marca BQ, con precio de venta al público de 288 euros cada uno, los introdujeron en dos mochilas que llevaban el interior forrado de papel de aluminio para imposibilitar que saltara la alarma del establecimiento, sobrepasando la línea de cajas el acusado Sr. Leonardo , sin abonar el producto e intentándolo el acusado, Sr. Feliciano , sin conseguirlo, al ser interceptado por la seguridad del establecimiento. Los acusados fueron detenidos antes de salir del establecimiento. Los objetos fueron recuperados y no se reclama indemnización alguna.

Teodulfo , mayor de edad, con DNI NUM002 , con antecedentes penales se encontraba en el exterior del local, en interior de un vehículo, sin que se haya demostrado su participación en estos hechos."

Segundo.- Dicha sentencia contiene el siguiente fallo:

"Que debo condenar y condeno a Feliciano , como autor criminalmente responsable del delito de hurto, en tentativa, ya definido, con la agravante de multirreincidencia, a la pena de nueve meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y la imposición de las costas en 1/3 del presente procedimiento.

Que debo condenar y condeno a Leonardo , como autor criminalmente responsable del delito de hurto, en tentativa, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, con la pena de cuatro meses de prisión, con la inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y la imposición de las costas procesales en 1/3.

Que debo absolver y absuelvo a Teodulfo del delito por el que venía siendo acusado con toda clase de pronunciamientos favorables.

Se acuerda la destrucción de la pieza de convicción."

Tercero.- Contra la mencionada sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de Feliciano , así como por Leonardo , fundamentándolo en los motivos que constan en sus escritos de recurso.

Cuarto.- Admitido el recurso y dado traslado por diez días a las demás partes para que presentasen escritos de impugnación o adhesión, el Ministerio Fiscal los impugnó.

HECHOS PROBADOS

Único.- Único.- Apreciando en conciencia la prueba practicada en el acto del Juicio Oral, expresa y terminantemente se declara probado que los acusados, D. Feliciano , mayor de edad, con DNI NUM000 , con antecedentes penales, siendo multirreincidente por haber sido condenado en Sentencia firme de fecha 28/06/2013, firme en fecha 07/11/2013, dictada por el Juzgado de lo Penal nº 2 de Barcelona, en la causa 485/2011 por un delito de robo con fuerza en las cosas a la pena de seis meses de prisión; por Sentencia firme de fecha 14/01/2015, dictada por el Juzgado de lo Penal nº 1 de Barcelona , en la causa nº 48/2013 por un delito de robo con violencia e intimidación a la pena de un año de prisión; en Sentencia de fecha 11/11/2015, firme en fecha 26/11/2015, dictada por el Juzgado de Instrucción nº 12 de Barcelona en la causa nº 428/2015 por un delito de hurto a la pena de dos meses de multa con cuota de seis euros; y D. Leonardo , mayor de edad, con DNI NUM001 , con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, el 14/01/2016 sobre las 06:00 horas, en el establecimiento comercial Mediamarkt, de común acuerdo y previo acuerdo, con ánimo de enriquecimiento ilícito y sin consentimiento del propietario, cogieron cada uno, un teléfono móvil de marca BQ, con precio de venta al público de 288 euros cada uno, los introdujeron en dos mochilas que llevaban el interior forrado de papel de aluminio para imposibilitar que saltara la alarma del establecimiento, sobrepasando la línea de cajas el acusado Sr. Leonardo , sin abonar el producto, si bien el acusado, Sr. Feliciano , antes de pasar la línea de caja se retiró de la misma, siendo interceptados ambos por la seguridad del establecimiento. Los acusados fueron detenidos antes de salir del establecimiento. Los objetos fueron recuperados y no se reclama indemnización alguna.

Teodulfo , mayor de edad, con DNI NUM002 , con antecedentes penales se encontraba en el exterior del local, en interior de un vehículo, sin que se haya demostrado su participación en estos hechos."

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- El recurso de Feliciano plantea el error en la apreciación de la prueba, indicando que no hay ninguna prueba de que sustrajera absolutamente nada, y que tanto el guarda jurado como la policía local declararon en el plenario que el Sr. Feliciano no atravesó el arco de seguridad, que se quedó dentro de la tienda mirando otros objetos. Considera que el delito no se consuma hasta que se producen los elementos del tipo penal, en este



caso hurto que no se produce. No discute el recurrente que existan actos preparatorios, pero falta el elemento de consumación en la ejecución. A juicio del recurrente no se ha enervado la presunción de inocencia así como por otra parte considera que no se ha aplicado el principio de in dubio pro reo. Indica también el recurrente que fue al Mediamarkt tuvo intención de comprar y pagar el teléfono, pero que no pudo llegar a la caja de pago al impedírsele el guarda de seguridad. Finalmente indica que si se declarara al Sr. Feliciano culpable de estos hechos, sería por hurto del artículo 234.2 puesto que el teléfono no supera los 400 euros, sin que se tenga que calcular el precio del teléfono con el IVA.

Analizando este primer recurso, tenemos que indicar que la sentencia condenatoria se basa en la declaración del vigilante de seguridad de la empresa Mediamarkt en el sentido de que los dos acusados actuaron conjuntamente, que fueron ambos a la zona de telefonía, portando ambos el mismo tipo de bolso modificado, habiendo cogido el mismo tipo de teléfono, y a la hora de salir salió uno delante y otro detrás.

Se razona también que ambos llegaron juntos en el mismo vehículo, que fueron los dos al interior del establecimiento, realizando el mismo acto, previo acuerdo. En cuanto a la intencionalidad del Sr. Feliciano se indica por el Juzgador la existencia de prueba indiciaria que desvirtúa la presunción de inocencia. En concreto en las presentes actuaciones se ha indicado que los acusados venían de Barcelona, que fueron al Mediamarkt juntos y dentro fueron a la zona de telefonía, con un bolso cada uno, forrado el interior con aluminio, para coger un teléfono cada uno del mismo modelo y meterlo en cada bolso y luego salir por el arco de seguridad sin pagarlo, sobrepasándolo el Sr. Leonardo, pero no el Sr. Feliciano que retrocedió.

Del visionado del acto del juicio se ha podido constatar efectivamente los hechos declarados probados y los razonamientos del Juzgador en la sentencia apelada. Así en concreto observamos las declaraciones realizadas por el único acusado compareciente (compareció conducido por las fuerzas de seguridad al estar ingresado en centro penitenciario) así como las declaraciones testificales del vigilante de seguridad del centro Mediamarkt, del legal representante de dicho establecimiento, así como la declaración de los agentes de la guardia urbana de Tarragona que intervinieron en la detención de los acusados. De dicho visionado se extrae en la declaración que:

a) El Sr. Feliciano reconoce que efectivamente dicho día fue al Mediamarkt, que entró con el otro acusado, Leonardo, que efectivamente llevaban dos bolsos, que dichos bolsos estaban recubiertos de papel de plata, porque ya venían así. Reconoce que efectivamente cogieron 2 teléfonos móviles, pero que no salió por el arco de seguridad, que se le aproximó el vigilante, que enseñó el bolso y lo tenía allí, por no llevarlo en la mano, por ser la caja grande, que no buscaron las cestas. Indicó que no trabaja, que actualmente está en prisión. Que iba a pagar con dinero, que le encontraron 300 euros. Insistió que su intención era comprar el teléfono móvil, que no traspasó el arco de seguridad.

b) Por su parte el vigilante de seguridad, el referido 14/01/16 explicó que entraron dos individuos y fueron a la sección de telefonía y cogieron 2 teléfonos, introduciéndolos en las mochilas, con intención de sustraerlos; que al pararlos en la puerta uno pasó el arco y el otro ya lo estaba cruzando, en medio, y se puso a mirar las fotos de los empleados cuando vio que llegaba él (el vigilante). Que el primero iba un poco avanzado. Al ver el segundo como él se levantaba es cuando no continuó avanzando. Que llevaban aluminio con la forma del bolso. Que no pusieron impedimento en que les registraran los bolsos, pidiéndoles ambos que no llamara a la policía; que él llamó a la guardia urbana porque es su trabajo. Que se quedó con ellos hasta que llegó la guardia urbana. Que reconoce al acusado, es él. ...Los teléfonos fueron recuperados, que no sufrieron daños. Que él sigue a mucha gente, según su criterio. Que el acusado (el compareciente Feliciano) estaba pasando el arco, que se quedó en medio. Que no salieron corriendo.

c) El legal representante de la empresa, Sr. Benjamín confirmó que uno iba delante y pasó la línea de caja y que el segundo al levantarse el vigilante se paró.

d) En cuanto a los agentes de la guardia urbana con TIP NUM003 y NUM004 confirmaron que los bolsos estaban forrados con papel de plata, que la tercera persona era el conductor de un vehículo que se encontraba aparcado, que en el interior del vehículo habían otros objetos y también 2 bolsas como las de los acusados; que le dijo el conductor que se dedican a esto por Barcelona, pero estaban muy quemados.

El Ministerio Fiscal se opone al recurso interpuesto.

De la lectura de la sentencia, se constata el razonamiento, habiendo procedido el Juzgador a realizar un análisis de la prueba ante el mismo practicada, habiendo plasmado los motivos que le han llevado a dictar una sentencia condenatoria de la comisión del delito de hurto en grado de tentativa. En relación al Sr. Feliciano consideramos que se ha incurrido en error en la valoración de la prueba.



Las partes recurrentes tal como se ha indicado cuestionan los razonamientos del Juzgador a quo y proceden a dar su personal versión de cómo sucedieron los hechos, llegando a la conclusión de que se tiene que absolver a los recurrentes.

Debemos de manifestar a modo de recordatorio de la doctrina que en materia de presunción de inocencia ha sido reiteradamente expuesta por nuestro Tribunal Constitucional, debemos comenzar nuestro análisis señalando que para poder llegar a entender enervada dicha presunción de inocencia resulta preciso que en el acto de juicio se haya desarrollado una actividad probatoria de cargo, de contenido suficientemente incriminador, practicada con todas las garantías, que desvirtúe racionalmente esa presunción inicial, en cuanto que permita declarar probados unos hechos y la participación del acusado en ellos.

De esta forma, se considerará vulnerado el derecho fundamental a la presunción de inocencia cuando se condena sin pruebas, o las pruebas son insuficientes, o no son susceptibles de valoración, por su ilicitud o su irregularidad en la obtención y práctica de la prueba. También cuando la motivación de la convicción que el tribunal expresa en la sentencia es irracional o no se ajusta a las reglas de la experiencia o de la lógica.

Alega el recurrente que dado que el Sr. Feliciano no había traspasado la línea de cajas no se sabía la intención del mismo, y tenemos que recordar por otra parte que el Sr. Feliciano en su declaración plenaria indicó que tenía intención de abonar el teléfono móvil. Pues bien, en este tipo de delitos contra el patrimonio, bien sea hurtos o robos, se suele considerar que sólo se produce el mismo cuando el autor rebasa la línea de dicho control, constituida por la caja, siendo este el momento cuando se considera que existe disponibilidad sobre el objeto sustraído, y en tal sentido entre otras STS 783/2000 de 10 de mayo RJ 2000/4890, siendo ponente el Magistrado Juan Saavedra Ruiz. Consecuentemente no habiendo traspasado el Sr. Feliciano la línea de caja, no podemos condenar al mismo puesto que perfectamente podía haber procedido al pago del teléfono. El Sr. Feliciano antes de pasar la línea de caja podía desistir de su acción depredatoria, por lo que no procede su condena en tanto en cuanto aún no había atravesado la línea de caja, sin que se pueda realizar una interpretación contra reo.

En cuanto a la manifestación que el valor del teléfono es inferior a los 400 euros, tenemos que compartir dicho planteamiento puesto que lo sustraído sería tan solo 1 teléfono, siendo el valor del mismo de 288 euros por lo que estaríamos ante un delito leve de hurto del artículo 234.2 del Código Penal .

Así pues debe prosperar la alegación realizada por el apelante Sr. Feliciano por lo que procede la absolución del mismo.

Segundo.- El recurso del Sr. Leonardo plantea el error en la apreciación de la prueba, indicando que no ha quedado acreditado que el Sr. Leonardo quedara con otra persona para coger un móvil en un establecimiento y meterlo en una mochila forrada y pasar el arco de seguridad sin pagar. Se indica por el Sr. Leonardo que él nunca atravesó el arco de seguridad porque tenía que pagar el móvil en caja. Se indica que las declaraciones del vigilante no son ciertas, que no pudo contradecir por no estar en el juicio e indicando que es una prueba indiciaria y que la declaración de los agentes de la guardia urbana no pueden aportar nada puesto que no vieron nada. Indica que se tiene que aplicar el principio de in dubio pro reo. De forma subsidiaria considera que estaríamos ante un delito leve de hurto.

En relación a la resolución del recurso interpuesto por el Sr. Leonardo indicar de entrada que su no presencia en el acto del juicio lo ha sido única y exclusivamente por su propia voluntad, puesto que el mismo fue citado personalmente y no se ha manifestado motivo alguno sobre su no comparecencia y sin que la defensa del mismo hubiera alegado nada al respecto sobre la realización del acto del juicio sin la presencia del acusado legalmente citado. Así pues, la referencia del recurrente en el sentido de que no pudo contradecir la declaración del vigilante de seguridad es a todas luces irrelevante para la resolución del presente recurso de apelación.

La Sala, considera que ha quedado enervada la presunción de inocencia del Sr. Leonardo , quedando acreditada completamente la conducta por la cual ha sido condenado el Sr. Leonardo , es decir la entrada en Mediamarkt del mismo en compañía del Sr. Feliciano con un plan previo preconcebido de enriquecimiento ilícito, y procedieron a apoderarse, lógicamente sin consentimiento del propietario, de dos teléfonos móviles, que introdujeron en los bolsos que llevaban, los cuales estaban forrados con papel de aluminio, al efecto de imposibilitar que saltara la alarma. El Sr. Leonardo fue interceptado tras pasar la línea de caja del establecimiento por el vigilante de seguridad de dicho establecimiento si bien el Sr. Feliciano no llegó a pasar la línea de caja por lo que se absuelve al mismo, ya que no podemos descartar el desistimiento del mismo de la acción depredatoria.

Estos extremos se han obtenido tal como se ha indicado de la valoración de la prueba practicada en el acto del juicio oral y sobre dicho análisis nos remitimos a todo lo indicado en el fundamento jurídico primero de esta resolución, en relación al otro acusado, Sr. Feliciano inclusive en lo relativo a la petición subsidiaria de que



la calificación sea como delito leve de hurto, por lo que consecuentemente se debe de proceder a imponer la pena de un mes de multa con una cuota diaria de 3 euros.

Cabe finalmente resolver sobre la alegación relativa a la vulneración del principio de in dubio pro reo. Se debe de indicar que el principio in dubio pro reo no puede actuar como un mecanismo de fijación fáctica independizado de las reglas de la racionalidad cognitiva. Aquél no puede operar por el simple hecho de que el proceso arroje dos hipótesis de producción contradictorias. El in dubio es una regla de determinación que opera cuando el juez una vez analizado el cuadro probatorio, aplicando estándares de valoración lógico-rationales considera que en términos cognitivos no puede atribuir mayor fuerza acreditativa a alguno de los medios probatorios aportados en el proceso. Pero dicha solución de cierre, necesaria para evitar el non liquet y que permite considerar no probado el hecho de la acusación reclama, insistimos, una previa y exigente labor de decantación de datos probatorios y de valoración individualizada y sistemática de los mismos. En la sentencia recurrida no se ha producido ese no poder atribuir esa mayor fuerza acreditativa y por lo tanto no operaría el principio de in dubio pro reo.

Tercero.- De conformidad con lo dispuesto en los artículos 239 y 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se declaran las costas de oficio de esta segunda instancia.

VISTOS los preceptos citados y demás aplicables.

FALLAMOS

Que **DEBEMOS ESTIMAR y ESTIMAMOS parcialmente** el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Feliciano y Leonardo contra la Sentencia de fecha 23 de mayo de 2016 dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 3 de Tarragona en el Juicio Rápido nº 6/2016 por delito de hurto en grado de tentativa, en el que figuran como acusados los recurrentes en el sentido de Absolver de los hechos por los que se le acusaba al Sr. Feliciano y de condenar al Sr. Leonardo como autor de un delito leve de hurto a la pena de multa de un mes con una cuota diaria de 3 euros.

Se declaran las costas de oficio de la segunda instancia.

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y a las partes personadas, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de casación por infracción de ley del motivo previsto en el número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , a preparar en el plazo de cinco días.

Remítanse los autos al Juzgado de procedencia con testimonio de esta resolución, interesándose acuse de recibo.

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