



Sección nº 16 de la Audiencia Provincial de Madrid

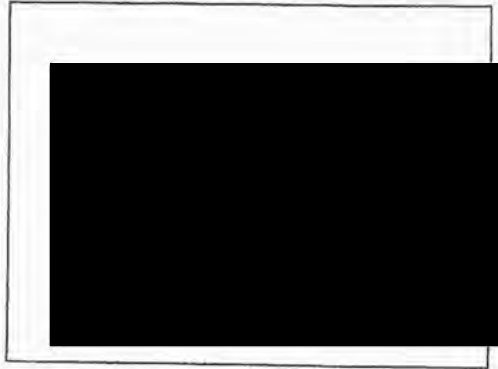
C/ Santiago de Compostela [redacted]

Teléfono: [redacted]

Fax [redacted] 7

REC AMCL

N.I.G. [redacted]



Apelación Sentencias Procedimiento Abreviado [redacted]

AUDIENCIA PROVINCIAL MADRID

SECCION DECIMOSEXTA

Apelación [redacted]

Juzgado Penal nº 11 de Madrid

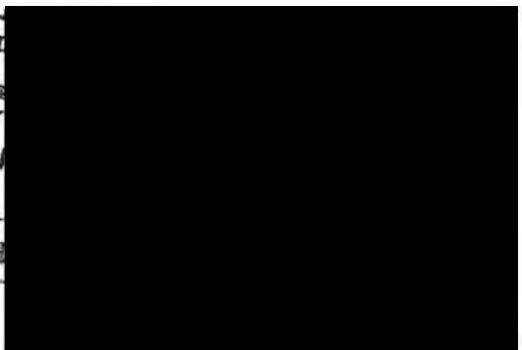
Juicio Rápido [redacted]

SENTENCIA N° [redacted]

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

ILTMOS. SRES. DE LA SECCION DECIMOSEXTA

- D. [redacted]
- D. [redacted]
- D. [redacted]



En Madrid, a Veintiocho de abril de dos mil catorce.

Vistos por esta Sección Decimosexta de la Audiencia Provincial de Madrid, en Audiencia pública y en grado de apelación, el juicio Rápido [redacted] procedente del

Sección nº 16 de la Audiencia Provincial de Madrid - Apelación Sentencias Procedimiento Abreviado [redacted]



1 de 8

Juzgado de lo Penal nº 11 de Madrid y seguido por un delito de Hurto, siendo partes en esta alzada como apelante el Ministerio Fiscal y como apelados [REDACTED]

[REDACTED] habiendo sido designado ponente el Magistrado Sr. [REDACTED]

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el indicado Juzgado de lo Penal se dictó sentencia el 4 de Noviembre de 2013, que contiene los siguientes Hechos Probados: “ Se dirige la acusación contra [REDACTED] titular del DNI [REDACTED] mayor de edad, sin antecedentes penales, [REDACTED] nacional de Perú, titular del permiso de residencia [REDACTED] mayor de edad, sin antecedentes penales, en situación regular en territorio español, y [REDACTED] nacional de Bolivia, titular del permiso de residencia [REDACTED] mayor de edad, en situación regular en territorio español , con antecedentes penales computables a efecto de reincidencia, por cuanto condenada por un delito de hurto en virtud de sentencia firme del Juzgado de Instrucción Nº 50 de Madrid de fecha 8 de noviembre de 2010 a la pena de 13 meses de prisión, cuya suspensión durante un periodo de dos años se acordó en virtud de resolución de 6 de octubre de 2011”.

En la parte dispositiva de la sentencia se establece: “Que debo condenar y condeno a [REDACTED] como autores cada uno de ellos de una falta continuada de hurto, ya definida, a la pena de CUARENTA Y CINCO DIAS con una cuota diaria de diez euros con responsabilidad personal legal subsidiaria en caso de impago, así como las costas este procedimiento ”.

SEGUNDO.- Notificada la sentencia, se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por el citado apelante, que fue admitido en ambos efectos y del que se confirió traslado por diez días a las demás partes para que pudieran adherirse o impugnarlo.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones el día 6 de febrero de 2014 en esta Audiencia Provincial se formó el correspondiente rollo de apelación, y se señaló día para la deliberación.

HECHOS PROBADOS

Se aceptan y dan por reproducidos íntegramente los que como tales figuran en la sentencia apelada salvo el inciso, del Fundamento de Derecho Segundo donde se dice “...como es el caso en el que el valor de los artículos, sin siquiera descontándose el IVA, no superó la citada cantidad de cuatrocientos Euros, sustituyéndose el citado inciso por lo siguiente: “... En el caso presente, el precio de venta al público de tales efectos sustraídos ascendía la suma de 622,35 €, los cuales fueron recuperados y devueltos a sus legítimos propietarios”.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Nos encontramos ante una sentencia condenatoria dictada por el Juzgado de lo Penal número 11 de Madrid, en cuya virtud se condena a [REDACTED] y [REDACTED] como autores responsables de una falta continuada de hurto del artículo 623 del C. Penal a la pena de multa de 45 días con cuota diaria de 10 € a cada uno con, responsabilidad personal subsidiaria, caso de impago y abono de costas. Contra dicha sentencia interpone recurso de apelación el Ministerio Fiscal al considerar que la misma incurre en un error en la apreciación de la prueba, pues el valor de los efectos sustraídos es superior a los 400 €.

La primera cuestión que hemos de dilucidar es la posibilidad o no de revocar una sentencia absolutoria en parte, basada en prueba personal. Aun siendo dudoso, en este caso, que estemos auténticamente ante una prueba personal, pues el extremo de hallarnos ante unos efectos de más o menos 400 €, no se infiere de una declaración testifical o pericial, sino de una interpretación jurídica del contenido del artículo 365 de Sección nº 16 de la Audiencia Provincial de Madrid - Apelación Sentencias Procedimiento Abreviado [REDACTED]

la L.E.Crim., la existencia de grabación del juicio en formato DVD, permite, en todo caso, revocar una sentencia absolutoria de primera instancia.

En estos supuestos el Tribunal de apelación tiene ocasión de apreciar por sí mismo y prácticamente en las mismas condiciones que el Juez a quo, la prueba practicada. Esos elementos personales más o menos objetivos, que eran apreciados por el Juez a quo gracias al principio de inmediación y que impedían una nueva valoración y diferente por parte del Tribunal de segunda instancia, pueden ser apreciados por la Sala de apelación y también bajo el principio de inmediación.

Hay quien sostiene, no obstante, que las condiciones del Tribunal ad quem no son las mismas que las del Juez a quo, pues la calidad de la percepción directa del testigo o perito no es exactamente la misma que la calidad de dicha percepción a través de la grabación y también que el Tribunal ad quem no puede efectuar preguntas a los testigos y peritos.

Como contraargumento a dicha objeción cabe señalar que en supuestos de testigo que declara por video conferencia (artículo 731 bis de la L.E.Crim.) , extremo previsto en la legislación vigente y que nadie ha cuestionado, la percepción del Juez a quo es igualmente a través de una cámara y no directamente. Por otra parte en supuestos de prueba anticipada por presumible ausencia de un testigo al acto del juicio (artículo 777.2 de la L.E.Crim. en relación al artículo 730 del mismo texto legal) igualmente el Juez a quo no cuenta con el testimonio directo de un testigo, sino con la grabación de sus manifestaciones, también sin posibilidad de efectuar preguntas o aclaraciones y nadie pone en duda el acierto del legislador a la hora de regular esta cuestión, ni su eficacia probatoria.

Finalmente la Junta de Magistrados de las Secciones Penales de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 26 de Mayo de 2006 (Acuerdo número 19) , acordó por mayoría muy cualificada, la posibilidad de revisar la pertinencia de la solución absolutoria de una sentencia de primera instancia basada en prueba personal, si se contaba con grabación audiovisual del acto del juicio oral, en la medida en que el Tribunal revisor se encuentra en las mismas condiciones que el de enjuiciamiento en primera instancia. Dicho criterio es compartido por esta Sala.

SEGUNDO.- Sentada tal cuestión, el Ministerio Fiscal sostiene que el concepto de precio de venta al público del artículo 365 de la L.E.Crim. incluye el IVA, frente al criterio expresado por el Juez a quo quien señala que de dicho concepto debe excluirse el IVA. De tal diferencia de criterio resulta, en el presente caso, que nos hallemos ante una falta continuada de hurto del artículo 623 del C. Penal por no superar el importe de lo sustraído 400 € o ante un delito de hurto del artículo 234 del C. Penal al superar dicho importe.

En efecto el artículo 365 de la L.E.Crim. en virtud de reforma operada mediante la Ley Orgánica 15/03 estableció en su último párrafo que la valoración de las mercancías sustraídas en establecimientos comerciales se fijará atendiendo a su precio de venta al público. Justamente tal modificación legislativa sale al paso de la diferente apreciación de tal concepto de valor de las mercancías por parte de Jueces y Tribunales, pues en unos casos dicho valor se calculaba sobre la base del precio de coste, en otros casos no se incluían el IVA u otros impuestos.

El legislador pretende zanjar tales incertidumbres y de manera más o menos criticable, establece un criterio común y es del de atender al “precio de venta al público”. El concepto de precio de venta al público admite pocas interpretaciones y consiste justamente en el precio que dicho bien tiene en el establecimiento de donde se sustrae, en suma lo que un cliente pagaría por el mismo. Obviamente en dicho precio se incluye el IVA pues caso contrario así lo habría expresado el legislador. Todo producto que se vende lleva unos impuestos, en este caso el IVA y dicho impuesto se incluye en el precio de venta al público.

Parte de la jurisprudencia menor, representada en Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 4.5.06, hace hincapié en la presunta inconstitucionalidad del artículo 365 de la L.E.Crim. Sostiene dicha sentencia que dicho precepto altera elementos integrantes del tipo penal, siendo así que conforme señalan los artículos 25, 81 y 17 de la Constitución Española la fijación de los tipos penales se halla reservada a Ley Orgánica.

Pues bien este Tribunal no comparte dicho criterio ya que la modificación efectuada en la L.E.Crim. de dicho artículo 365 se llevó a cabo mediante Ley Orgánica, precisamente la 15/2003, luego se cumple la exigencia del artículo 81 de la Constitución Española. En segundo lugar de considerarse inconstitucional tal precepto no puede el Juez o Tribunal por sí mismo dejar de aplicar la norma, si esta tiene rango de Ley como

es el caso, sino que ha de acudir al mecanismo de la cuestión de inconstitucionalidad previsto en el artículo 35 de la LOTC, que exige suspender la decisión y plantear dicha cuestión al Tribunal Constitucional a fin de que decida. En tercer lugar multitud de tipos penales en nuestra legislación (los llamados tipos penales en blanco) se integran sobre la base de su remisión a otras leyes, en general de carácter administrativo, que no tienen la consideración de leyes orgánicas y no por ello se vulneran principios constitucionales. Véanse Sentencias de esta misma sección de la Audiencia Provincial de fechas 11.11.04 , 14.3.08,....

En suma será discutible o no la previsión del legislador prevista en el artículo 365 de la L.E.Crim., pero ni es inconstitucional, ni es posible su inaplicación directamente por Jueces y Tribunales, por lo que el principio de legalidad obliga a su aplicación, siendo procedente estimar el recurso de apelación interpuesto por Ministerio Fiscal, revocando la sentencia de instancia.

Finalmente el Tribunal Constitucional, ha zanjado la cuestión en Auto del Pleno de dicho Tribunal de fecha 26 de Febrero de 2008, en el que se señala que: "por otra parte, favorece la Seguridad Jurídica, dicha valoración de lo sustraído, en función del precio de venta al público, pues dicho precio aparece visible en todos los productos, de tal modo que, quien los sustrae, conoce perfectamente su importe sin necesidad de ulteriores cálculos.

TERCERO.- Siendo así que se ha considerado acreditado que el valor de los efectos sustraídos supera los 400 €, pues sumadas las cuantías de los precios de los artículos sustraídos por los acusados, o que cooperaron en la sustracción, ascendía a la suma de 622,35, cuestión que no ha sido rebatida en ningún momento.

Por lo que se refiere al recurso de [REDACTED] ha de señalarse que, en la parte dispositiva del fallo de la sentencia que recurre el Ministerio Fiscal, se condena los tres acusados, como autores de una falta continuada, y no una falta concreta, y si bien, en la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida, se afirma que el empleado del Establecimiento "[REDACTED]", [REDACTED] afirma que, solo entraron los hombres, y no la mujer, por lo que, ésta mal pudo participar en tal hurto, sin precisar si llegó a participar, o simplemente, conforme a la teoría del reparto de papeles o del acuerdo previo, fue no participó de forma directa, pero si, si se debe considerar como coautora, y en el fallo no se distingue la participación de cada uno de los tres acusados, condenando a los tres por la falta continuada sin diferenciar participación de todos ellos

Sección nº 16 de la Audiencia Provincial de Madrid - Apelación Sentencias Procedimiento Abreviado [REDACTED]

en los tres hurtos, por lo que, también a esta condenada debe aplicársele la misma interpretación que se hace para los otros dos condenados, ahora, apelantes.

por lo ya expuesto, [REDACTED] y [REDACTED], son autores responsables de un delito continuado de hurto, en grado de tentativa previsto y penado en el artículo 234 del C. Penal, en relación a los artículos 16 y 62 del mismo texto legal.

El grado de ejecución es el de tentativa por lo que se impondrá pena inferior en un grado, artículo 62 del C. Penal. Ello es así pues nos hallamos ante un grado de ejecución que no puede considerarse embrionario, ya que los acusados llegaron a salir de los establecimientos, salvo en el último de ellos, portando las prendas que se les intervinieron..

La pena prevista para el delito consumado es de 6 a 18 meses de prisión. Si debemos imponer inferior en un grado, artículo 71 del C. Penal, la pena básica será de 3 meses a 5 meses y 29 días de prisión. Dentro de ello y atendiendo a la falta de antecedentes penales de los acusados, [REDACTED], [REDACTED] Rodríguez, y con antecedentes penales la acusada [REDACTED], y al importe de lo sustraído, procede imponer a los dos primeros la pena mínima (artículo 66.1.6ª del C. Penal) y por ello la pena a imponer será la de 3 meses de prisión a cada uno, y a la acusada [REDACTED] la pena de .Cuatro meses y quince días de prisión

CUARTO.- No concurren circunstancias que justifiquen la imposición de las costas de este recurso.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que debemos estimar y estimamos el Recurso de Apelación formulado por el Ministerio Fiscal, contra la sentencia de fecha 4 de Noviembre de 2013, dictada por el Juzgado Penal nº 11 de Madrid en el Juicio Rápido nº [REDACTED], revocando la

Sección nº 16 de la Audiencia Provincial de Madrid - Apelación Sentencias Procedimiento Abreviado [REDACTED]

mencionada resolución en el sentido de condenar a [REDACTED] y [REDACTED] como autores responsables de un delito continuada de hurto en grado de tentativa a la pena de 3 meses de prisión a cada uno de los dos primeros y a la pena de Cuatro meses y quince días de prisión, a [REDACTED], inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y costas por terceras partes. No debemos hacer imposición de las costas de este recurso.

3 meses

Contra esta sentencia no cabe recurso alguno. Notifíquese esta resolución a las partes.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio al Rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.