



Roj: **SAP O 1243/2019** - ECLI: **ES:APO:2019:1243**

Id Cendoj: **33024370082019100095**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Gijón**

Sección: **8**

Fecha: **10/04/2019**

Nº de Recurso: **230/2018**

Nº de Resolución: **89/2019**

Procedimiento: **Penal. Apelación procedimiento abreviado**

Ponente: **SANTIAGO VEIGA MARTINEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION OCTAVA

GIJON

SENTENCIA: 00089/2019

AUDIENCIA PROVINCIAL DE ASTURIAS

SECCIÓN OCTAVA -SEDE EN GIJÓN-

PLAZA DECANO EDUARDO IBASETA, NUMERO 1, 2ª PLANTA.- GIJON

Teléfono: 985197268/70/71

Equipo/usuario: MCA

Modelo: SE0200

N.I.G.: 33024 43 2 2017 0009794

RP APELACION PROCTO. ABREVIADO 0000230 /2018

Delito/falta: **HURTO** (CONDUCTAS VARIAS)

Recurrente: Gregorio , Valentina

Procurador/a: D/Dª PEDRO PABLO OTERO FANEGO, PEDRO PABLO OTERO FANEGO

Abogado/a: D/Dª SILVIA CORDOBA MORENO, SILVIA CORDOBA MORENO

Recurrido: MINISTERIO FISCAL

Procurador/a: D/Dª

Abogado/a: D/Dª

SENTENCIA N° _89/2019

PRESIDENTE:

ILMA. SRA. D. ALICIA MARTÍNEZ SERRANO

MAGISTRADOS:

ILMO. SR. D. SANTIAGO VEIGA MARTINEZ

ILMA. SRA. Dª Mª PAZ FERNÁNDEZ RIVERA GONZÁLEZ

En Gijón, a diez de abril de dos mil diecinueve.

VISTA , en grado de apelación, por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Asturias, compuesta por los Magistrados que constan al margen, la causa procedimiento abreviado 227/2018 del Juzgado de lo Penal nº uno de Gijón sobre **delito de hurto** que dio lugar al **Rollo de Apelación nº 230/2018** de esta Sala, entre

partes, como **apelante Gregorio Y Valentina**, representados por el Procurador D. Pedro Pablo Otero Fanego y defendidos por la Letrada Dña. Silvia Córdoba Moreno, y como **apelado, el Ministerio Fiscal**, siendo **Ponente el Ilmo. Sr. D. SANTIAGO VEIGA MARTINEZ**, y fundados en los siguientes:

ANTECEDENTE S DE HECHO

PRIMERO. - El Juzgado de lo Penal nº uno de Gijón dictó sentencia en la referida causa en fecha 19 de septiembre de 2018 cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"FALLO: Que debo condenar y condeno a Gregorio y a Valentina como autores criminalmente responsables de un delito continuado de hurto, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias, a la pena de dieciocho meses de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena a Gregorio ; a la pena de catorce meses de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante la condena a Valentina ; a que indemnicen conjunta y solidariamente al Centro Comercial Carrefour en 888 euros y además el acusado Gregorio en 179 euros al referido centro, y al pago, por mitad, de las costas".

SEGUNDO. - Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de Gregorio Y Valentina, dándose traslado a las demás partes personadas, y remitido el asunto a esta Sección Octava, se registró como Rollo de Apelación nº 230/2018 pasando para resolver al Ponente, que expresa el parecer de la Sala.

TERCER O. - Se aceptan los antecedentes de hecho de la sentencia apelada, y con ellos la declaración de hechos probados.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Se aceptan los de la sentencia apelada que damos por reproducidos.

SEGUNDO. - Pretenden los recurrentes que se revoque la sentencia de instancia y en su lugar se dicte otra por la que se les absuelva del delito de hurto por el que fueron condenados, alegando, vulneración del principio de presunción de inocencia, infracción, por inaplicación, del artículo 20.5 del Código Penal y vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y del principio de proporcionalidad, en relación con la determinación de la pena impuesta.

TERCERO. - El primer motivo no puede prosperar pues no se aprecia vacío probatorio que obligue a respetar la eficacia del derecho constitucional que el recurrente entiende infringido. Antes al contrario, como resulta de la simple lectura de la sentencia impugnada, se ha practicado prueba, consistente en la documental y testifical que, sometida a los principios que la vertebran, se revela válida y suficiente desde las exigencias derivadas del principio de presunción de inocencia, y que evidencia la realidad del ilícito y participación de los acusados que fueron reconocidos por el testigo, vigilante de seguridad, que presencié los hechos, por medio de las cámaras de grabación, observando cómo "un hombre coge una consola, la introduce en una cesta, da varias vueltas por la tienda y deja abandonada la cesta en la zona de probadores" y cómo seguidamente sale una señora, de la misma zona, "con un bolso grande y abandona el Centro sin pasar por la línea de caja", repitiéndose la misma dinámica comisiva, según resulta del resto de la prueba testifical practicada, y en particular de la manifestación del testigo, también vigilante de seguridad, que ratificó la denuncia referida a la sustracción de una cámara de fotos, que al revisar la grabaciones, "observan la falta de una cámara, que ven quien la coge y a quien se la da; que el acusado coge la cámara, la mete en una cesta, camina por los lineales y después la abandona y se marcha, luego la señora coge la cesta donde se ve la caja de la cámara, después aparece la cesta vacía y la señora abandona el centro con un bolso hinchado; la señora entra en probadores; que la alarma de la cámara se halló en la zona de probadores", según el fundamento derecho segundo de la sentencia que concluye en un pronunciamiento de condenada, como lógico corolario de la prueba practicada que, además de suficiente, se revela válida, en orden a desvirtuar el principio de presunción de inocencia, sin que, en contra de lo que sostiene el recurrente, la falta de reproducción de las grabaciones en el acto del juicio, que no consta que la parte haya interesado, deba determinar su exclusión del acervo probatorio.

En este sentido, en respuesta a la queja del recurrente, conviene recordar la doctrina de la Sala Segunda, que referida al documento fonográfico resulta de aplicación a la reproducción de la prueba documental que nos ocupa, señalando que (STS 669/2017 de 11 de octubre), en efecto, "las grabaciones telefónicas tienen la consideración de prueba documental (documento fonográfico) por lo que pueden incorporarse al proceso como prueba documental, aunque la utilización de tal medio probatorio en el juicio pueda hacerse, claro está, de maneras distintas. Ahora bien, el hecho de que las grabaciones puedan reproducirse en el acto del juicio oral y

someterse a contradicción- bien de modo directo, mediante la audición de las cintas, bien indirectamente con la lectura de las transcripciones-, no significa, como pretende la recurrente, que la prueba documental fonográfica carezca de valor probatorio en los supuestos en los que haya sido incorporada como prueba documental y haya sido dada por reproducida sin que nadie pidiese la audición de las cintas o la lectura de su transcripción en la vista oral. Y ya en la citada STC 128/88 llegamos a idéntica conclusión bajo el argumento de que no habiéndose impugnado en todo o en parte la transcripción de las cintas y habiéndose dadas por reproducidas, no se le pueden negar valor probatorio a tales transcripciones. No habiéndose pedido ni en el juicio oral ni en la apelación la audición de las cintas no puede el querellado quejarse de indefensión. Es cierto que él no tiene que probar su inocencia, pero también lo es que si, conocedor de más unas pruebas correctamente aportadas y de cuyo contenido puede derivarse un resultado probatorio perjudicial para él, no se defiende de ellas por falta de diligencia o por haber elegido una determinada estrategia procesal, no puede quejarse de indefensión que, en este caso, ciertamente no se ha producido".

CUARTO.- Se alega, en un segundo motivo del recurso, "inaplicación indebida de la circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal de reparación del daño del artículo 20.5 del Código Penal ". El motivo del recurso, corrigiendo la cita del precepto (que no es el artículo 20.5 sino el artículo 21.5), no puede prosperar pues la circunstancia modificativa no es apreciable cuando la consignación no es más que una consecuencia del requerimiento cursado por el Juzgado (Auto TS 21 de enero de 2006), como en este caso ocurre, constando en autos la simple verificación del requerimiento hecho al acusado para que prestase fianza en la cantidad de 1.184 euros, tras decretarse la apertura del juicio oral.

Finalmente, tampoco puede ser compartida la queja del apelante, que alega vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, "porque el juzgador no habría aplicado una atenuante", pues tal vulneración, que podría tener lugar ante una eventual falta de motivación o incongruencia, difícilmente pudo darse en este caso, dado que el apelante no interesó la aplicación de la atenuante que ahora invoca, según resulta de la impugnación al recurso formulada por el Ministerio Fiscal. Tampoco se aprecia la invocada infracción del derecho constitucional, existiendo congruencia entre la pretensión punitiva formulada por el Ministerio Fiscal, única parte acusadora, y la pena aplicada por el Juez, que resulta ajustada a la legalidad, (artículos 234 , 66 y 74 del Código Penal), por lo que no resulta justificada su revisión en esta alzada.

Vistos los artículos 790 a 792 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

FALLAMOS:

QUE, desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de **Gregorio Y Valentina** contra la sentencia recaída en el procedimiento abreviado 338/18 del Juzgado de lo Penal nº tres de Gijón **debemos confirmar y confirmamos** dicha sentencia en su integridad. Se declaran de oficio las costas de esta apelación.

Devuélvanse los autos a su procedencia con testimonio de la presente, que se *no* tificará con instrucción de lo dispuesto en el artículo 248.4 de la L.O.P.J .

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al Rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN . - La anterior sentencia fue leída y publicada por el Ilmo. Magistrado Ponente, en audiencia pública y a mi presencia, de lo que doy fe. En Gijón, a diez de abril de dos mil diecinueve.