



Roj: **SAP B 13160/2017 - ECLI:ES:APB:2017:13160**

Id Cendoj: **08019370062017100766**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **6**

Fecha: **15/11/2017**

Nº de Recurso: **205/2017**

Nº de Resolución: **799/2017**

Procedimiento: **Penal. Apelación procedimiento abreviado**

Ponente: **JOSE LUIS RAMIREZ ORTIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL

BARCELONA

SECCIÓN SEXTA

ROLLO APELACIÓN Nº 205/2017

PROCEDIMIENTO ABREVIADO 35/2017

JUZGADO DE LO PENAL Nº 3 MANRESA

S E N T E N C I A

Tribunal

D^a. ANGELS VIVAS LARRUY

D. MANUEL ÁLVAREZ RIVERO

D. JOSÉ LUIS RAMÍREZ ORTIZ

En Barcelona, a 15 de noviembre de 2017.

La Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Barcelona, constituida por los miembros del Tribunal al margen referenciados, ha visto, en grado de apelación, el presente rollo dimanante del Procedimiento Abreviado seguido por el Juzgado de lo Penal número 3 de Manresa al nº arriba indicado, por presunto delito de HURTO, en el que comparecen como

Acusación pública: el Ministerio Fiscal.

Acusados: D. Genaro y D. Jaime , representados por la procuradora D^a. M^a Teresa Coll Rosines y defendidos por la abogada D^a. M^a Isabel Sanchez Ortego

Dicho procedimiento está pendiente ante esta Audiencia en virtud de los recursos de apelación interpuestos por ambos acusados contra la Sentencia dictada en primera instancia en fecha 5 de mayo de 2017 .

Ha sido Ponente el Magistrado D. JOSÉ LUIS RAMÍREZ ORTIZ, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- La parte dispositiva de la Sentencia apelada es del tenor literal siguiente:

" Que **DEBO CONDENAR Y CONDENO** a los acusados, **Genaro y Jaime** , como criminalmente responsables en concepto de autores del **delito de hurto** precedentemente definido, con la atenuante de reparación del daño, a la pena cada uno de **6 meses de prisión** , con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como al pago de las costas procesales.



En concepto de responsabilidad civil Genaro y Jaime debiera indemnizar de forma conjunta y solidaria a Olegario en la suma de 493,79 euros, cantidad que ya consta consignada en la cuenta del juzgado ".

SEGUNDO .- Contra la anterior sentencia el acusado interpuso recurso de apelación, que fue admitido a trámite, dándose traslado al Ministerio Fiscal, y siendo elevado a esta Sección de la Audiencia Provincial para su resolución. Por diligencia de ordenación, se designó ponente fijando fecha para la deliberación y fallo.

HECHOS PROBADOS

La declaración de hechos probados de la sentencia apelada tiene el siguiente tenor:

" PRIMERO.- Son acusados Genaro , mayor de edad y con antecedentes penales cancelables, y Jaime , mayor de edad y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia.

SEGUNDO .- El día 13 de marzo de 2015, sobre las 8.00 horas, los acusados entraron en la ferretería CIFEC sita en la calle Balmes, 12.14 de Monistrol de Montserrat, propiedad de Olegario , y con intención de obtener un ilícito beneficio económico, cogieron varios productos de la tienda y se los llevaron sin pagar por ellos.

TERCERO .- Los productos sustraídos tienen un valor de venta al público de 493,79 euros, por los que el propietario reclama.

CUARTO .- Los acusados han consignado en fecha 17 de marzo de 2017 la cantidad de 493,79 euros.

QUINTO .- El acusado Jaime percibe una pensión de vejez sovi de 408,10 euros mensuales; y el acusado Genaro percibe una pensión de jubilación procedente de incapacidad permanente total de 504,20 euros mensuales, siendo perceptor además de otras prestaciones públicas ".

SE ACEPTA la declaración de hechos probados contenida en la sentencia apelada con la salvedad del hecho probado cuarto que queda redactado del modo que sigue:

"TERCERO.- " No ha quedado acreditado que el valor de los productos sustraídos exceda de 400 euros. Los acusados se llevaron, al menos, 15 martillos ".

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

SE ACEPTAN los de la sentencia apelada con las salvedades que se harán a continuación.

PRIMERO.- 1.1. Los recursos de ambos apelantes se basan en motivos comunes. En primer lugar, denuncian la vulneración del derecho a la presunción de inocencia al haberse sustentado el juicio de culpabilidad en las **grabaciones** de las cámaras de seguridad de la ferretería en la que se produjeron los hechos, siendo así que dichas **grabaciones** no son fiables por haberse obtenido y reproducido sin las debidas garantías.

1.2. La juzgadora de instancia rechazó la alegación, formulada en el acto del juicio, sobre la base de las siguientes razones:

" Refiere la defensa que esa grabación no tiene validez por cuando no es original, sino que es una copia que hicieron los mossos de la que les entrego el denunciante; que los hechos ocurrieron el día 13 y el dvd con las imágenes no fue presentado al juzgado hasta 50 días después pudiendo durante ese tiempo haber sido manipulado; que no se han aportado las grabaciones integras sino únicamente una hora, pudiendo haber sido cortadas; y que no hay pericial alguna que acredite que las imágenes son del día 13 y no de otro día. Al respecto señalar que el momento para alegar la vulneración de algún derecho o la nulidad de alguna actuación no es en trámite de informe sino en todo caso al inicio del plenario y como cuestión previa, posibilitando así la audiencia de la otra u otras partes y la práctica de prueba en su caso. No hizo mención alguna la defensa a esa nulidad o vulneración de derechos cuando se le dio trámite al respecto al inicio del plenario, y tampoco realizó manifestación alguna en el momento de la práctica de la prueba documental, que no había impugnado en ningún momento, sino al contrario, el fiscal considero que podía darse por reproducida y fue la defensa la que estimó necesario el visionado de las grabaciones, siendo paradójico que pida el visionado y después manifieste que es una prueba no válida. Sentado lo anterior señalar que las imágenes fueron aportadas en soporte original a los mossos por el denunciante, que ellos manifiestan que hacen una copia y le devuelven el soporte, y que esa copia es remitida al juzgado. Consta en la grabación la fecha y hora de la misma, siendo esta el 13 de marzo de 2015 a partir de las 8 horas, sin que exista indicio alguno que lleve a pensar que los mossos han modificado o alterado las grabaciones; tampoco existe indicio alguno que lleve a pensar que han sido cortadas por cuanto consta el reloj en las mismas y se han visionado exactamente en las cuatro cámaras los casi cinco en que los acusados estuvieron en la tienda. Se ignora a que se refiere la parte cuando dice que se ha aportado solo una hora y no la grabación entera, ya que si que se ha aportado la grabación entera de los cinco minutos que pasaron



en la tienda. Y en cuanto a la falta de pericial que informe sobre la autenticidad de la **grabación** lo cierto es que no habiéndose impugnado la misma en toda la causa carece de sentido tal pericial, y en todo caso si la parte pensaba impugnarla debía ser ella misma la que presentara o propusiera prueba al respecto, cosa que no ha hecho en ningún momento".

1.3. Los apelantes precisan que ellos no interesan la nulidad de la prueba por no tratarse de prueba ilícita, vetada por el artículo 11.1 LOPJ, por lo que no existe ninguna carga impugnativa concreta que pese sobre ellos obligándoles a cuestionar la fiabilidad del medio probatorio con anterioridad a la fase de informes.

1.4. Para centrar la cuestión, conviene exponer la doctrina de la Sala II sobre la materia (por todas, STS 67/2014, de 28 de enero). De la misma, se desprenden las siguientes notas:

a) Resuelta la cuestión sobre la legitimidad de la filmación, como es el caso, deben activarse las medidas de control judicial oportunas para garantizar la autenticidad del material videográfico.

b) Con ello, lo que se pretende es evitar alteraciones, trucajes o montajes fraudulentos o simples confusiones.

c) A tal fin, es aconsejable la inmediata entrega a la autoridad judicial del original de la **grabación**.

d) Cuando la película haya sido filmada por una persona, será precisa la comparecencia en el juicio oral del operador que obtuvo las imágenes en tanto que el cámara tuvo una percepción directa de los hechos en el mismo momento en que ocurrían, y sus manifestaciones en el plenario deben ser sometidas a la exigible contradicción procesal.

Este último requisito no será exigible, naturalmente, en el caso de que la cinta videográfica no haya sido filmada por una persona, sino por las cámaras de seguridad de las entidades que, por prescripción legal, o por iniciativa propia, disponen de esos medios técnicos que graban de manera automática las incidencias que suceden en su campo de acción. En tal caso es necesario extremar el rigor de las medidas de control de la filmación así obtenida, en tanto que en este supuesto, la prueba vendrá constituida exclusivamente por las imágenes que contenga la película, sin posibilidad de ser complementadas y confirmadas por la declaración personal del inexistente operador.

e) En todo caso, " la eficacia probatoria de la filmación videográfica está subordinada a la visualización en el acto del juicio oral, para que tengan realidad los principios procesales de contradicción, igualdad, intermediación y publicidad " (STS de 17 de julio de 1.998), exigiendo la doctrina jurisprudencial que el material videográfico haya sido visionado en el plenario con todas las garantías procesales.

1.5. De todos modos, no todas las anteriores exigencias devienen absolutamente indispensables a modo de condiciones necesarias para la valoración del medio probatorio. Así, la propia Sala II ha matizado en la sentencia de nº 1154/2010 que aunque es preferible que las **grabaciones** videográficas sean puestas cuanto antes a disposición de la autoridad judicial, el transcurso del tiempo no es un elemento que prive de valor de forma absoluta a tales **grabaciones**. La razón de la celeridad en la aportación se explica, cuando el autor de las **grabaciones** es la policía, por la obligación que le cumple de informar al juez, en los términos marcados por la Ley, de la integridad de los resultados de su investigación preliminar. De otro lado, y aunque es claro que las **grabaciones** realizadas por terceros solo se aportarán tras conocer su existencia y reclamarlas, después de valorar su posible trascendencia respecto de los hechos investigados, la inmediata aportación se encamina a disminuir las posibilidades de manipulación del material, de manera que el retraso en la entrega pudiera conducir a hacer recomendable una mayor verificación de su autenticidad mediante su confrontación con otras pruebas y, en su caso, de ser así solicitado o de oficio en caso de que existan dudas razonables por parte del Juez instructor, mediante los exámenes técnicos que permitan garantizar la ausencia de alteraciones significativas.

1.6. En definitiva, de lo que se trata es de conjurar el riesgo de manipulación y asegurar la autenticidad del material probatorio.

1.7. De ello se infiere que, si por las circunstancias de obtención de las **grabaciones**, por las de su incorporación a la causa, o por su contenido (vgr: sucesión de imágenes tomadas por un sistema mecánico sin intervención humana), no hubiera base razonable para dudar de la autenticidad de las filmaciones, la prueba, aun cuando se hubiera incorporado a la causa tardíamente y mediante la aportación de copia, podría tener la consideración de prueba de cargo.

Y ello, con la salvedad de que hubiera habido una **impugnación** sobre dicho extremo en forma, en cuyo caso cabría extender la doctrina expuesta en la STS **300/2015** respecto de la fiabilidad de los archivos digitales. En definitiva, en caso de haberse producido tal **impugnación**, se desplazaría la carga de la prueba hacia la parte que pretende aprovechar su idoneidad probatoria. En tal caso, sería indispensable la práctica de una pericia para descartar posibles manipulaciones.



1.8. En el caso que nos ocupa, tal **impugnación** no se ha producido. Los apelantes se limitaron a cuestionar la fiabilidad de la prueba en fase de informes. Pero, además, el cuestionamiento se sustentó en exclusiva en tres datos: la demora en la aportación (7 días después de los hechos la víctima entregó la **grabación** en comisaría y 38 días después los Mossos remitieron la misma al Juzgado), la aportación por copia (el original fue entregado por los responsables del establecimiento a la policía, que realizó una copia que, a su vez, entregó en el juzgado) y la falta de aportación de la **grabación** íntegra (sólo se aportó la filmación de lo sucedido entre las 8.00 y las 9.00 del día de los hechos).

1.9. A la vista de las precedentes consideraciones, procede el rechazo del motivo impugnatorio:

a) Ni ha existido una gran demora en la aportación de la **grabación** (el plazo de entrega en comisaría es razonable, teniendo en cuenta que la víctima descubrió los hechos días después de que sucedieran; y la entrega al instructor se demoró por la necesidad de extraer fotoprinters al objeto de localizar a uno de los autores), ni este solo hecho denota manipulación o alteración, tratándose de una filmación obtenida exclusivamente por medios mecánicos.

b) Lo mismo cabe decir respecto de la falta de aportación del soporte original ante el instructor. La víctima entregó en comisaría un pen drive con las imágenes obtenidas por el sistema de **grabación**. Los agentes hicieron una copia de ese pen drive y la incorporaron a un CD que fue el que se reprodujo en el acto de la vista. Ciertamente, en puridad, lo correcto hubiera sido que los propios órganos públicos encargados de la investigación hubieran vertido "in situ" la información desde el sistema de **grabación** instalado en el local. Pero, en el caso enjuiciado, no existe el menor indicio de alteración o manipulación. En otros términos, en modo alguno es dable siquiera adivinar en qué medida de haberse hecho así habría aumentado la fiabilidad del medio probatorio. Y esto entronca con lo que, acto seguido, se dirá.

c) La afirmación de que no se aportó la **grabación** íntegra es claramente sofista. Los hechos tienen lugar por la mañana, dentro del establecimiento, entre las 08.01 y las 08.05. Se aporta la **grabación** íntegra de lo sucedido entre las 08.00 y las 09.00. Los apelantes no aportan el menor dato que justifique la necesidad o conveniencia de haber aportado las **grabaciones** de todo el día. En suma, nos encontramos ante una **grabación** proveniente de cuatro cámaras de **video** instaladas en el local, que graban automáticamente, sin selección por parte de operador alguno, y que incorporan, también de modo automático, la fecha y hora de las **grabaciones**. En nuestra opinión, no existen dudas sobre la fiabilidad epistémica del medio probatorio cuestionado.

SEGUNDO.- 2.1. Acto seguido, se sostiene que las imágenes que aparecen en las **grabaciones** carecen de la calidad suficiente para afirmar que las personas que en ellas hurtan diversos objetos son los acusados.

2.2. El motivo debe ser también rechazado. Ciertamente, no se practicó diligencia de identificación visual mediante reconocimiento judicial en rueda. Sin embargo, las **grabaciones** son de una elevada calidad, y permiten observar los rasgos fisonómicos de las personas que se apoderan de diversos artículos con meridiana claridad y realizaron el hecho conjuntamente con arreglo a un plan predeterminado, como se observa tras la reproducción de las reiteradas **grabaciones**.

Por otra parte, los apelantes son personas próximas a los 70 años de edad, con unos rasgos físicos característicos (v.gr: achaques de la edad que determinan modos de desplazarse en el espacio poco ágiles), coincidentes con los de las personas que aparecen en dichas **grabaciones**.

Uno de los acusados, el Sr. Genaro , además, fue sorprendido días después, en el mismo establecimiento, reiterando los hechos, e identificado por uno de los testigos como la persona que aparece en la **grabación**. Por estos hechos posteriores, Genaro fue condenado en firme como autor de una falta de hurto.

Si a todo ello, se suma que la juzgadora expresó no tener duda alguna, debido a la calidad de las imágenes, sobre la correspondencia entre las personas de la **grabación** y los acusados, no hay motivo para tildar de irrazonable, arbitraria o desconocedora de la presunción de inocencia la valoración probatoria llevada a efecto.

TERCERO.- 3.1. Por último, se cuestiona la suficiencia de la prueba para afirmar la hipótesis acusatoria respecto del objeto material del delito. 3.2. Según la sentencia de instancia, los acusados se apoderaron de los objetos consignados en la factura proforma que obra al folio 10, cuyo precio de venta al público es de 493,70 euros. A tal fin, se razona lo siguiente: " *A la denuncia presentada se adjunto factura proforma de los productos sustraídos. Ha referido el propietario que hizo comprobación del estoc (sic) y que los productos que obran en el tiquet son los que faltaban constando en el mismo el precio de venta al público. El art 365 de la LECRIM dispone que cuando para la calificación del delito o de sus circunstancias fuere necesario estimar el valor de la cosa que hubiera sido su objeto o el importe del perjuicio causado el juez oira al dueño o perjudicado y acordara despues el reconocimiento pericial. El mismo precepto refiere que la valoración de las mercancías sustraídas en establecimientos comerciales se fijara atendiendo a su precio de venta al público. En el presente caso el perjudicado ha presentado factura proforma del precio de los productos, precio que no ha sido impugnado por la*



defensa, sino que lo que ha cuestionado es que se llevaran los 47 elementos que obran en la relación. Por tanto la valoración no cuestionada debe darse por válida. Y en cuanto a si se llevaron o no los 47 elementos que obran en la relación han referido el propietario y su hijo que vieron que faltaba material, que comprobaron la **grabación**, vieron de donde se llevaban cosas los acusados y comprobaron el estoc (sic), resultando que efectivamente faltaban productos de los lugares de donde se ve que los acusados los sustraen. Realizaron relación de lo que faltaba y el valor de venta resultando el total de 493,79 euros. Se observa de la factura aportada que el valor es de 408,09 euros mas el 21% de IVA, sumando el total de 493,79 euros.

La defensa refiere que es imposible que se llevaran 47 efectos en cinco minutos, pero del visionado de las imágenes se observa como se apoderan de multiples productos de forma rápida, escondiendo entre sus ropas varios martillos y otros efectos incluso de dimensiones importantes que bien podrían corresponderse con el nivel de aluminio o el cuchillo que consta en la relación. Uno de los testigos ha referido incluso que habían repuesto de forma integra algún producto y cuando hicieron la comprobación no había ninguno en los estantes, sin que constara que se hubieran vendido, hecho que se comprueba también con el visionado en que uno de los acusados coge de forma consecutiva hasta cinco productos del mismo estante. A ello debe añadirse que ninguno de los acusados ha dicho en el plenario que se hubiera llevado menos efectos o efectos distintos de los que constan en la factura proforma y que han referido los testigos".

3.3. Lo cierto, sin embargo, una vez examinada la prueba practicada en el plenario, es lo siguiente:

a) El procedimiento de verificación de los objetos efectivamente sustraídos no excluye la posibilidad de error. De hecho, el cotejo de los productos existentes en las estanterías del establecimiento con los vendidos no tuvo lugar el mismo día de los hechos, sino 6 días después, pues la denuncia se interpuso en el séptimo día. De hecho, los testigos no fueron claros sobre este extremo, si bien el Sr . Genaro acabó reconociendo que incluyeron en la factura lo que vieron que faltaba a día 19 de marzo (los hechos acontecieron el día 13 de marzo). En esta tesitura, no es implausible que durante esos 6 días pudieran haberse producido otros hurtos o extravíos.

b) La visualización de la **grabación** evidencia, efectivamente como indica la jueza de instancia, cómo los acusados se apoderan de múltiples productos de forma muy rápida, escondiendo entre sus ropas, vgr. al menos 15 martillos (primera **grabación** CH1, pues uno de los acusados repite 5 veces el gesto de coger paquetes de tres martillos). Ahora bien, no es posible hacer corresponder de forma inequívoca la relación de objetos que obra en la factura (folio 10) con los que se observa que los apelantes cogen. Adviértase, a tales efectos, que sólo el peso de los 21 martillos excedería de los 5 kilogramos, al que habría que adicionar el de otro martillo pilón, cuyo peso no consta, 6 alicates, dos llaves combinadas, un cuchillo forjado, dos espátulas y un nivel de aluminio de 40 cm, siendo así que los acusados no llevaban bolsas, sino que los objetos de los que se apropiaron los escondieron dentro de las chaquetas que vestían.

Surge así una duda razonable, que la prueba no ha permitido disipar, sobre los concretos objetos de los que se apoderaron, lo que impide afirmar que su valor excediera de los 400 euros.

En estas condiciones, no cabe la subsunción en el tipo del delito menos grave de hurto, sino en el supuesto del delito leve de hurto del artículo 234.2 CP del Código Penal . Así las cosas, habiéndose apreciado una atenuante en la instancia, procede imponer la pena en la extensión de 40 días, superando el umbral mínimo por la ejecución conjunta del hecho, que, en el caso concreto, incrementó notablemente las posibilidades de lesión del bien jurídico merced a la sincronización en la ejecución material del plan.

En cuanto a las cuotas respectivas, procede imponerlas en la cuantía de 2 euros diarios, dados los exiguos ingresos que, como jubilados, perciben los apelantes.

Finalmente, por lo que respecta a la responsabilidad civil, la misma sólo puede extenderse al valor de los objetos identificados como sustraídos. Así las cosas, lo único que puede afirmarse es que los apelantes sustrajeron, al menos, 15 martillos (son los objetos que se visualizan con claridad en la **grabación**; los demás no son distinguibles, al menos para la Sala). En esta tesitura, procede la condena, conjunta y solidaria, a indemnizar a la víctima en el valor que se determine, en ejecución de sentencia, como precio de venta al público de los 15 martillos que se visualizan en la referida **grabación**, operación que no podemos llevar a cabo en esta alzada porque desconocemos la concreta tipología de los martillos que se observan en la referida **grabación**.

TERCERO.- Conforme a los artículos 239 y 240 de la Lecrim , y por lo que respecta a las costas procesales causadas, procede declararlas de oficio.

VISTOS los artículos mencionados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS



ESTIMAR EN PARTE el recurso de apelación interpuesto por ambos acusados contra la sentencia de fecha 5 de mayo de 2017 dictada por el Juzgado de lo Penal nº 3 de Manresa, REVOCANDO dicha resolución, absolviendo a los acusados del delito menos grave de hurto por el que fueron condenados en la instancia y condenándolos como criminalmente responsables en concepto de autores de un delito leve de hurto, concurriendo la circunstancia atenuante de reparación del daño, a las penas para cada uno de ellos de 45 días de multa con sendas cuotas diarias de 2 euros, con la responsabilidad personal subsidiaria prevista en el artículo 53 CP para el caso de impago o insolvencia. Por vía de responsabilidad civil, ambos acusados deberán indemnizar, de forma conjunta y solidaria, a D. Olegario en la cantidad que se determine en ejecución de sentencia como precio de venta al público de los 15 martillos que se visualizan en la **grabación** a la que se refiere el cuerpo de esta sentencia.

Declaramos de oficio las costas causadas en esta alzada. En cuanto a las de la primera instancia, los acusados deberán abonar por partes iguales las que hubieran correspondido por el enjuiciamiento del asunto por los trámites del Juicio por Delitos Leves.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso ordinario alguno. Devuélvanse los Autos originales al Juzgado de su procedencia.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación al rollo de su razón, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN. - La anterior Sentencia ha sido leída y publicada en el mismo día de su fecha por el Sr. Magistrado Ponente, celebrando audiencia pública, de lo que yo doy fe.