

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA
SECCIÓN SÉPTIMA**

**Rollo de Apelación núm. 159/2020-E
Procedimiento Abreviado núm. 294/2019
Juzgado de lo Penal núm. 2 de Barcelona**

SENTENCIA nº 159/2020

és còpia

Ilmos. Sres Magistrados:

Don José Grau Gassó
Doña Ana Rodríguez Santamaría
Doña Gemma Garcés Sesé

En Barcelona, a 2 de noviembre de 2020

Visto en grado de apelación, ante la Sección Séptima de esta Audiencia Provincial de Barcelona, el presente rollo penal 159/2020-E, formado para sustanciar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de fecha 5 de junio de 2020 dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Barcelona en el Procedimiento Abreviado núm. 294/2019 seguido por un delito continuado de estafa frente al acusado [REDACTED] representado por la Procuradora Dña. Rosa M^a Carreras Cano y asistido por el Letrado D. Eloi Castellarnau Fort y frente al acusado [REDACTED] representado por la Procuradora Dña. Lucía Conde Fernández y asistido por la Letrada [REDACTED] siendo parte apelante los acusados y parte apelada el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente la Magistrada Dña. Gemma Garcés Sesé, quien expresa el parecer del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte dispositiva de la Sentencia apelada es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que debo condenar y condeno a [REDACTED] y [REDACTED] como autores responsables de un delito continuado de estafa, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 1 año y 9 meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Así como al pago de las costas procesales causadas por mitad. Debiendo indemnizar, conjunta y solidariamente, al banco Santander, en la suma de 1388.94 euros."

SEGUNDO.- Contra la expresada sentencia la representación procesal de los acusados formularon recurso de apelación que, tras su admisión a trámite, fueron impugnados por el Ministerio Fiscal. Recibidas que fueron las actuaciones en esta Sección Séptima de esta Audiencia Provincial el 7 de octubre, señalando para la deliberación el 16 de octubre, quedando las actuaciones pendientes de resolución.

IL·LUSTRE COL·LEGI PRO·CURADORS DE BARCELONA	
RECEPCIÓ	NOTIFICACIÓ
-5 -11- 20 / -6 -11- 20	
Article 151.2	L.E.C. 1/2000

TERCERO.- En el presente procedimiento se han observado y cumplido las prescripciones legales.

HECHOS PROBADOS

ÚNICO.- Se admiten y se dan por reproducidos en esta alzada los hechos probados de la sentencia recurrida.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Ambos apelantes impugnan la sentencia de instancia alegando error en la valoración de la prueba con vulneración del principio de presunción de inocencia e infracción de ley por indebida aplicación de los arts. 248.2 c) y 28 del Código Penal por entender que no se ha practicado prueba suficiente que permita acreditar la autoría de los recurrentes en el uso fraudulento de la tarjeta de la que era titular el Sr. [REDACTED]. De forma subsidiaria, invocan aplicación indebida del art. 74 del Código Penal, impugnando asimismo la condena de la responsabilidad civil en cuanto a su cuantía.

El Ministerio Fiscal impugnó el recurso, interesando la confirmación de la resolución recurrida.

SEGUNDO.- En atención a los motivos alegados por los apelantes, conviene recordar que, tal como establece la jurisprudencia, el Juez de instancia es soberano a la hora de examinar, ponderar y valorar el resultado de la prueba ante él practicada, porque a él le corresponde la valoración de todas las pruebas de conformidad con lo dispuesto en el art. 741 de la LECrim, al disponer de la insustituible inmediación que otorga el haber presenciado todas las pruebas. Lo exigible es que practicada la prueba con estricta observancia de la legalidad vigente, el órgano judicial forme su íntima convicción conforme a las normas de la lógica y de las máximas de la experiencia, afirmando la realidad de los hechos y la participación del recurrente en los mismos, mediante un razonamiento que no quepa reputar de irracional, ilógico o arbitrario. Consecuencia de lo anterior, es que la facultad revisora del Tribunal de apelación queda reducida a la comprobación de la adecuación de la valoración del órgano judicial de instancia a las reglas de la lógica y de la racionalidad, pues si los resultados alcanzados por el mismo no se corresponden con lo efectivamente acreditado en las actuaciones se incide en los aludidos vicios.

En relación al principio de presunción de inocencia, la STC de 10 de febrero de 2003 establece que, además de constituir un principio o criterio informador del ordenamiento procesal, es ante todo un derecho fundamental en cuya virtud una persona acusada de una infracción no puede ser considerada culpable hasta que así se declare en sentencia condenatoria, siendo sólo admisible y lícita esta condena cuando haya mediado actividad probatoria que, practicada con la observancia de las garantías procesales y libremente valorada por los Tribunales penales, pueda entenderse de cargo y, como regla general, la única prueba que pueda desvirtuar la presunción de inocencia es la efectuada en el juicio oral bajo los principios de contradicción, publicidad e inmediación. Por tanto, cuando se invoca el mencionado derecho constitucional, el examen debe ceñirse a la supervisión de que ha existido prueba de cargo, la comprobación de que la actividad probatoria se ha practicado con todas las garantías y que el órgano de

entendemos que si existe prueba indirecta que ha sido correctamente valorada por la Magistrada de Instancia. Sobre la prueba indiciaria, la STC 128/2011 ha establecido que a falta de prueba directa de cargo, también la prueba indiciaria puede sustentar un pronunciamiento condenatorio, sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia, siempre que: 1) el hecho o los hechos bases (o indicios) han de estar plenamente probados; 2) los hechos constitutivos del delito deben deducirse precisamente de estos hechos bases completamente probados; 3) se pueda controlar la razonabilidad de la inferencia, para lo que es preciso, en primer lugar, que el órgano judicial exteriorice los hechos que están acreditados, o indicios, y, sobre todo que explique el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia; y, finalmente, que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común o, *"en una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a los criterios colectivos vigentes"*. Y concluye advirtiendo que, en el ámbito del amparo constitucional, sólo se considera vulnerado el derecho a la presunción de inocencia...cuando *"la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada"*.

Y en el presente caso, son varios los indicios que acreditan de forma plena que ambos recurrentes utilizaron fraudulentamente la tarjeta de crédito en los distintos establecimientos, indicios que son indicados en la sentencia impugnada, detallando la Magistrada de instancia el proceso por el que llega al pronunciamiento condenatorio de ambos acusados; así, una de las recargas de teléfono móvil que fueron pagadas con la tarjeta citada, se realizó en el teléfono móvil del que era titular o usuario el Sr. [REDACTED] o la esposa del mismo y prueba de ello es que en sede policial, haciendo uso del derecho que le asistía en calidad de detenido, indicó a los agentes aquel mismo número para poner en conocimiento de su mujer la detención, constando asimismo como teléfono de contacto ofrecido en su declaración policial y judicial. Por tanto, no existe duda que el día de los hechos, 22 de enero, ambos recurrentes estaban en posesión de la tarjeta del Sr. [REDACTED] y de su utilización en los dos establecimientos citados. A partir de tales hechos acreditados, en la sentencia impugnada se concluye que los recurrentes también hicieron uso de aquella tarjeta en el resto de establecimientos así como en la adquisición de los productos de la empresa Glovo y ello atendiendo a la relación de proximidad espacio-temporal entre las distintas operaciones ya que todas ellas se realizan el mismo día, de forma sucesiva y en poco más de 9 horas, en establecimientos muy próximos entre sí y a escasos metros del domicilio de los recurrentes, por lo que, el juicio de inferencia realizado por la Juzgadora no es ni arbitrario ni ilógico puesto que la posesión de la tarjeta por aquellos, unido a la proximidad de espacio y tiempo entre las distintas compras fraudulentas permite concluir de forma racional y lógica que fueron los recurrentes los autores de todas las operaciones, resultando del todo improbable que fueran terceras personas las que realizaran el resto de operaciones, sin que tal conclusión pueda quedar desvirtuada por el hecho de no corresponder a ninguno de ellos los datos de contacto ofrecidos a las empresa Glovo para realizar el pedido y recibir la mercancía, pero no podemos pasar por alto que la dirección se correspondía con el mismo edificio en el que residían ambos recurrentes, modificando únicamente el dato relativo al piso, por tanto, aunque no ofrecieran una dirección exacta probablemente para evitar ser descubiertos, pero era prácticamente coincidente asegurándose de este modo la efectiva recepción de lo adquirido.

En definitiva, los diversos indicios apreciados por la Magistrada de instancia son suficientes para concluir de forma lógica y racional que los acusados, de común acuerdo, utilizaron de forma ilegítima la tarjeta bancaria del Sr. Jiménez, sin autorización ni consentimiento de éste, para realizar cargos en beneficio propio y en perjuicio de su titular por importe total 1.388,94 euros según consta en la documental que obra en las actuaciones, por lo que la sentencia aplica correctamente el tipo del art. 248.2c) en relación con el art. 28 del Código Penal, sin constatar error alguno en la valoración de prueba, resultando lógica y racional la conclusión alcanzada en la sentencia, lo que lleva a desestimar el primer motivo del recurso.

CUARTO.- Como segundo motivo, ambos recurrentes alegan indebida aplicación del art. 74 del Código Penal.

El motivo debe ser estimado. En principio ninguna duda ofrece la continuidad en el delito de estafa dadas las múltiples defraudaciones cometidas por los recurrentes siguiendo un mismo modus operandi, sin embargo, ninguno de los importes de cada una de las defraudaciones, individualmente consideradas supera los 400 euros, umbral entre el delito leve de estafa y el delito menos grave de estafa. Ello se dice, porque si bien el importe total al que ascendieron las adquisiciones fraudulentas realizadas en el establecimiento [REDACTED] excede de dicho límite, lo cierto es que, tal como ya hemos avanzado, se producen en momentos y franjas horarias distintas, por lo que no puede computarse como una única defraudación. Por tanto, teniendo en cuenta que cada una de las defraudaciones individualmente consideradas no excede de 400 euros, pero que el importe total sí que lo supera, las diversas estafas cometidas deberán ser consideradas como una sola en aplicación de lo dispuesto en el art. 74.2 del Código Penal, por lo que no podrán ser castigadas con la penalidad correspondiente al delito continuado de estafa, como tampoco como delitos leves de estafa, sino como un delito menos grave de estafa pues de lo contrario se estaría utilizando el mismo elemento dos veces (determinación del tipo delictivo y la penalidad de la continuidad delictiva) para agravar la punibilidad de la conducta.

La estimación del anterior motivo conlleva necesariamente la modificación de la pena impuesta que, en este caso, tratándose del tipo básico del art. 248.1 y 2 c) y 249 del Código Penal que prevé una pena en abstracto de 6 meses a 3 años de prisión, dado que no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, entendemos ajustada la imposición de la pena en su mínimo legal, esto es 6 meses de prisión.

QUINTO.- Por último, no puede acogerse la impugnación relativa a la cuantía de la responsabilidad civil a la vista del importe total de las operaciones fraudulentas realizadas por los recurrentes, que asciende a la suma de 1.388,94 euros fijada correctamente en la sentencia impugnada.

SEXTO.- Se declaran las costas de esta apelación de oficio.

VISTOS los preceptos legales de general y pertinente aplicación.

FALLO

ESTIMANDO PARCIALMENTE los recursos de apelación presentados por la Procuradora Dña. Lucia Conde Fernández, en nombre y representación del acusado D. [REDACTED] y por la Procuradora Dña. Rosa María Carreras Cano, en nombre y representación del acusado D. [REDACTED] contra la sentencia dictada el 5 de junio de 2020 por el Juzgado de lo Penal nº 2 de Barcelona en el Procedimiento Abreviado nº 294/2019, REVOCAMOS EN PARTE dicha resolución en el sentido de dejar sin efecto la condena por el delito continuado de estafa, y condenar a ambos acusados como autores de un delito menos grave de estafa, a la pena, para cada uno de ellos, de 6 meses de prisión, manteniendo el resto de pronunciamientos contenidos en la sentencia apelada; declarando las costas de esta apelación de oficio

Notifíquese esta resolución a las partes del recurso, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de casación por infracción de ley en aplicación de lo dispuesto en el art. 849.1 de la LECrim. Firme que sea la presente resolución, dedúzcase testimonio de la presente resolución y remítase juntamente con los autos principales al Juzgado de procedencia para que en él se lleve a cabo lo acordado.

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

PUBLICACIÓN.- Barcelona, en la misma fecha. En este día, y una vez firmada por todos los Magistrados que la han dictado, se da a la anterior sentencia la publicidad ordenada por la Constitución y las Leyes. DOY FE