

Sección nº 16 de la Audiencia Provincial de Madrid

C/ de Santiago de Compostela, 96 , Planta 8 - 28035

Teléfono: 914934586,914934588

Fax: 914934587

REC TBG

N.I.G.:

Apelación Sentencias Procedimiento Abreviado XXX/2020 RAA

Origen:Juzgado de lo Penal nº 17 de Madrid

Procedimiento Abreviado XXX/2018

Apelante: D./Dña. XXX

Procurador D./Dña. XXX

Letrado D./Dña. XXX

Apelado: D./Dña. XXXX y D./Dña. MINISTERIO FISCAL

Procurador D./Dña. XXXX

Letrado D./Dña. JESUS ANGEL LORENZO GONZALEZ

AUDIENCIA PROVINCIAL MADRID

SECCIÓN DECIMOSEXTA

RAA XXX-20

Juzgado Penal nº 17 de Madrid

Juicio Oral XXX-18

SENTENCIA N° 298/20

En Madrid, a XX de septiembre de dos mil veinte.

Vistos por esta Sección Decimosexta de la Audiencia Provincial de Madrid, en Audiencia pública y en grado de apelación, el juicio Oral XXX/18 procedente del Juzgado de lo Penal nº 17 de Madrid y seguido por un delito de apropiación indebida siendo partes en esta alzada como apelante XXX y como apelado XXX y el Ministerio Fiscal, habiendo sido designado ponente el Magistrado Sr. XXX.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el indicado Juzgado de lo Penal se dictó sentencia el XX de julio de 2019, que contiene los siguientes Hechos Probados: “ Se declara probado que XXX es el legal representante y administrador único de la entidad mercantil XXX S.L.,

entidad dedicada al transporte de viajeros por carretera, entidad que en fecha XX de diciembre de 2017 contrató a la hoy acusada XXX, mayor de edad, natural de Marruecos y sin antecedentes penales con contrato a tiempo parcial por tres meses para trabajar en la taquilla de expedición de billetes que la referida entidad tenía en la estación de Méndez Álvaro de la localidad de Madrid. La acusada afirma haber empezado a trabajar antes de esta fecha, desde el XX de septiembre de 2017, sin contrato de trabajo.

En fecha X de febrero de 2018 el referido XXX remitió burofax a XXX procediendo al despido disciplinario por la presunta apropiación de dinero por parte de esta última.

La acusada XXX ha reconocido haber retenido la cantidad de 1.519 euros correspondiente a la recaudación de la taquilla del mes de enero de 2018, al ser el método acordado con su jefe para el cobro de su salario la retención de la recaudación y posterior devolución del sobrante y por existir cantidades de salario pendientes de liquidar.

XXX reclama la cantidad total de 4.546 euros.

No ha quedado acreditado que la acusada XXX se apropiara con ánimo de enriquecimiento ilícito, de la cantidad de 4.546 euros.”

En la parte dispositiva de la sentencia se establece: “Que debo absolver y absuelvo a XXX en relación al delito de apropiación indebida del art. 253.1 y 249 del Código Penal de que venía siendo acusada, con todos los pronunciamientos favorables y declaración de las costas procesales de oficio”.

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 XX de julio de 2020 en esta Audiencia Provincial se formó el correspondiente rollo de apelación, y se señaló día para la deliberación en fecha X de septiembre de 2020, sometiéndose a deliberación en dicha fecha.

HECHOS PROBADOS

Se aceptan y dan por reproducidos íntegramente los que como tales figuran en la sentencia apelada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se encuentra este Tribunal con la problemática de tener que hacer frente a un recurso interpuesto contra una sentencia de primera instancia, absolutoria con el que se pretende una condena, por entender que el juez *a quo*, a la hora de valorar la prueba, ha incurrido en un error.

El Tribunal Constitucional tiene señalado que el recurso de apelación otorga plenas facultades al Tribunal Superior para resolver cuantas cuestiones se planteen, sean de hecho o de derecho, por tratarse de un recurso ordinario que permite un *-novum iudicium-* (SSTC 124/83, 54/85, 145/87, 194/90 y 21/93, 120/1994, 272/1994 y 157/1995). Si bien, se excluye toda posibilidad de *-reformatio in peius-*; es decir, una reforma de la situación jurídica creada en la primera instancia, que no sea consecuencia de una pretensión frente a la cual aquél en cuyo perjuicio se produce no tuvo ocasión de defenderse, salvo, claro está, que el perjuicio resulte como consecuencia de la aplicación de normas de orden público o del principio de legalidad cuya recta aplicación es siempre deber de los Jueces y Tribunales (SSTC 15/1987, 17/1989 y 47/1993). El supremo intérprete del texto constitucional tiene también igualmente declarado que nada se ha de oponer a una resolución que a partir de una discrepante valoración de la prueba, llega a una conclusión distinta a la alcanzada en primera instancia, (STC 43/1997), pues tanto “por lo que respecta a la subsunción de los hechos en la norma como por lo que se refiere a la determinación de tales hechos a través de la valoración de la prueba” el Juez *-ad quem-* se halla “en idéntica situación que el Juez *a quo*” (STC 172/1997, fundamento jurídico 4º; y asimismo, SSTC 102/1994, 120/1994, 272/1994, 157/1995, 176/1995). En consecuencia, “puede valorar las pruebas practicadas en primera instancia, así como, examinar y corregir la ponderación llevada a cabo por el Juez *a quo*” (SSTC 124/1983, 23/1985, 54/1985, 145/1987, 194/1990, 323/1993, 172/1997 y 120/1999).

Sin embargo, esta doctrina sobre el recurso de apelación ha sido matizada y, en no escasa medida, rectificada por la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 167/2002, para los supuestos de recursos de apelación contra sentencias absolutorias. En estos casos, cuando la revisión se centra en la apreciación de la prueba, es decir, si en la segunda instancia no se practican nuevas pruebas no puede el Tribunal -ad quem- revisar la valoración de las practicadas en la primera instancia, siempre que por la índole de las mismas sea exigible la inmediación y la contradicción (fundamento jurídico primero, en relación con los fundamentos jurídicos ordinales 9 a 11). Los nuevos criterios restrictivos sobre la extensión del control del recurso de apelación implantados por la mencionada sentencia del Tribunal Constitucional, se han visto reafirmados y reforzados en resoluciones posteriores del mismo Tribunal, (así, por ejemplo, las SSTC 170/2002, 197/2002, 198/2002, 200/2002, 212/2002, 230/2002, 41/2003, 68/2003, 118/2003, 189/2003, 10/2004 y 12/2004). De forma que, incluso, en los supuestos en que se trate de apreciar pruebas objetivas junto con otras de carácter personal que dependen de los principios de inmediación y de contradicción, el Tribunal Constitucional, veda la posibilidad de revocar el criterio absolutorio de la primera instancia cuando no se han practicado las pruebas personales con arreglo a tales principios ante el tribunal -ad quem- (STC 198/2002 y 230/2002).

Así las cosas, ante la nueva jurisprudencia del Tribunal Constitucional, existen distintas interpretaciones. La primera, entender que resulta factible revocar una sentencia absolutoria dictada en primera instancia practicando de nuevo en la segunda las pruebas personales que dependan de los principios de inmediación y de contradicción. Ello entraña, no obstante, graves inconvenientes, pues no existe garantía ninguna de que las pruebas reproducidas en la segunda instancia resulten más fiables, creíbles y veraces que las de la primera, máxime si se ponderan el tiempo transcurrido desde la ejecución de los hechos y los prejuicios y pre-condicionamientos con que podrían volver a declarar unos testigos que ya depusieron en el juzgado. Sin olvidar tampoco y ello es todavía más relevante, que, la repetición de pruebas, no sería legalmente posible, a tenor de las restricciones que impone el art. 790.3 de la Ley Procesal Penal.

Igualmente, cabe otra interpretación, esto es, no cabe de facto revocar en la segunda instancia las sentencias absolutorias dictadas en las causas en las que la práctica de la prueba depende en gran medida de los principios que inspiran a la jurisdicción penal, como son los de inmediación, oralidad y contradicción, limitándose así, el derecho a los recursos que puedan interponer tanto las partes perjudicadas como en su caso el Ministerio Fiscal.

Esta última interpretación citada, sería la más correcta ante la nueva jurisprudencia del Tribunal Constitucional teniendo en cuenta los límites y principios de la revisión probatoria de las sentencias absolutorias dictadas en la primera instancia.

Pues bien, de lo hasta ahora expuesto una primera conclusión resulta evidente, esto es, que sólo podrá dejarse sin efecto la apreciación de las pruebas personales practicadas en la instancia, cuando el razonamiento probatorio alcanzado por el juzgador -a quo- bien vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva, bien resulte absurda la conclusión allí alcanzada, o bien, sea irracional o incongruente el fallo con relación a los hechos allí declarados probados, o bien si se prefiere y según los casos, el fallo dictado fuese arbitrario, (STC 82/2001 y SSTS 434/2003, 530/2003, 614/2003, 401/2003, y, 12/2004, entre otras).

Asimismo, y desarrollando este último aspecto, debe citarse la STC 338/2005, de 20 de diciembre, acerca de la diferencia entre la nueva valoración de una declaración testifical efectuada en apelación por el órgano ad quem, cuando la misma “se funda o razona en la existencia de elementos añadidos o consideraciones adicionales que vienen a sustituir, sobreponiéndose a ella, la labor realizada por el órgano que enjuició los hechos con inmediación, de aquéllos otros en los que el órgano de apelación funda su criterio divergente respecto de la credibilidad de un testigo en el análisis crítico de los motivos o razones que sobre la credibilidad de ese mismo testigo ofrece la resolución judicial impugnada. Del mismo modo que respecto del binomio actividad probatoria/relato fáctico resultante, la función de este Tribunal no consiste en enjuiciar el resultado alcanzado, sino el control externo del razonamiento lógico seguido para llegar a él”

Dicho de otro modo, en los supuestos en los cuales la crítica que se contiene en la sentencia de apelación y que, consecuentemente, determina la alteración de los hechos probados, no se realiza a base de sustituir el órgano de enjuiciamiento en la valoración de los medios probatorios cuya apreciación requiere inmediación, sino que se proyecta sobre la corrección o coherencia del razonamiento empleado en la valoración de la prueba, sobre tal modo de proceder no proyecta consecuencia significativa alguna respecto de la inmediación en la práctica de tales pruebas.

En consecuencia la garantía de la inmediación no puede jugar en estos casos el papel limitador de las facultades del órgano judicial ad quem que, como proyección del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías reconocido en el art. 24.2 CE, desempeña en los supuestos primeramente referidos de sustitución o sobreposición en la valoración de medios probatorios precisados de inmediación para su análisis.

En suma el Tribunal en segunda instancia no puede sustituir la percepción del Juez de lo Penal sobre la prueba, al gozar el mismo de la innegable ventaja de la inmediación, pero sí puede analizar la argumentación de la sentencia apelada por si en la misma se apreciara un razonamiento absurdo, arbitrario, no fundamentado o ilógico. Aún así lo que radicalmente impide el Tribunal Constitucional, es que el Tribunal de apelación modificando el relato de hechos probados sin haber practicado prueba alguna en la segunda instancia, dicte una nueva sentencia esta vez condenatoria. Al Tribunal ad quem le está vetada tal posibilidad y en tal sentido se expresan de manera clara Sentencias del Tribunal Constitucional de 26 de Febrero de 2007, 15 de Enero de 2007, de 3 de Julio de 2006, que remite a otras de 5 de Abril de 2006 y 27 de Octubre de 2003, del mismo Alto Tribunal.

Esta elaborada doctrina constitucional había sido puesta en tela de juicio cuando el juicio oral celebrado en primera instancia había sido grabado en soporte informático audiovisual. 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.

No obstante , Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de Mayo de 2009 ha zanjado la cuestión y señala , de manera firme y categórica, que exista o no exista grabación del juicio en formato DVD, es inviable constitucionalmente revocar por parte del Tribunal de segunda instancia , una sentencia absolutoria del órgano judicial de primera instancia basada en prueba personal testifical, si no se han practicado nuevas diligencias de prueba ante el Tribunal revisor.

En el mismo sentido se ha consolidado y ampliado la anterior doctrina , siempre en el sentido de limitar las posibilidades de revisión de las sentencias absolutorias en segunda instancia, en Sentencias del Tribunal Constitucional 127/10; 45/11, 46/11 y del Tribunal Supremo de 15 de Noviembre de 2011, de 29 de Diciembre de 2011 y más recientemente de 19 de Julio de 2012.

SEGUNDO.- Nos hallamos ante una sentencia absolutoria basada en apreciación de la prueba, siendo así que tal prueba ha sido practicada de forma directa ante la Ilma. Sra. Magistrada-Juez que dictó la resolución que nos ocupa bajo el principio de inmediación.

En la sentencia impugnada se explican perfectamente los motivos por los cuales no se ha desvirtuado la presunción de inocencia de la acusada XXX, motivos que no son otros sino los derivados de la apreciación directa de la prueba por parte de la Ilma. Sra. Magistrada, apreciación directa de la prueba perfectamente explicada, por otra parte, en la sentencia impugnada.

La sentencia que nos ocupa desmenuza y explica hasta en los más pequeños detalles, tales como la actitud nerviosa de la acusada o las respuestas evasivas del testigo denunciante, la prueba practicada en el acto del juicio oral. Dicha prueba consistió en la declaración de la acusada, la declaración del testigo denunciante y la declaración del testigo Policía Nacional, que junto con otro compañero a cuyo testimonio se renunció, practicó la detención de la acusada.

Se especifican y comparan las versiones de denunciante y de denunciada, se analizan con detalles los motivos por los cuales resulta convincente la declaración de la denunciada (fue persistente en su versión de los hechos y se apoya además en cierta prueba documental) y las razones por las que , al contrario, no resulta nada coherente la

declaración del denunciante (respuestas evasivas, incongruencia en su testimonio,...), llegando a la conclusión, inequívoca, de que la argumentación de la acusada, que en todo momento reconoció que retuvo una cierta cantidad de dinero, tiene su lógica, su apoyo y que no ha incurrido, por falta de dolo, en el delito de apropiación indebida por el que venía siendo acusada.

Estamos ante una sentencia basada en prueba personal de manera clara, prueba personal consistente en la declaración de la acusada y la prueba testifical. Como hemos señalado en el anterior fundamento jurídico , en estos casos, le está constitucionalmente vedado al Tribunal revisor, dictar otra sentencia que no sea la confirmatoria de la resolución de primera instancia, so pena de vulnerar principios constitucionales.

En pocas palabras al Tribunal revisor le está impedido alterar la percepción de la prueba practicada por el Juez que dictó sentencia en primera instancia, cuando dicha percepción de la prueba le conduce a una sentencia absolutoria y es una prueba personal, es decir testifical o pericial, practicada directamente en el juicio en primera instancia.

Al hilo de la anterior jurisprudencia constitucional, por lo demás como hemos dicho perfectamente consolidada el artículo 792.2 de la L.E.Crim. señala: *“La sentencia de apelación no podrá condenar al encausado que resultó absuelto en primera instancia ni agravar la sentencia condenatoria que le hubiera sido impuesta por error en la apreciación de las pruebas en los términos previstos en el tercer párrafo del artículo 790.2.*

No obstante, la sentencia, absolutoria o condenatoria, podrá ser anulada y, en tal caso, se devolverán las actuaciones al órgano que dictó la resolución recurrida. La sentencia de apelación concretará si la nulidad ha de extenderse al juicio oral y si el principio de imparcialidad exige una nueva composición del órgano de primera instancia en orden al nuevo enjuiciamiento de la causa”.

Como complemento de lo anterior el propio artículo 790.2 párrafo tercero de la misma Ley de Enjuiciamiento Criminal indica: *“Cuando la acusación alegue error en la valoración de la prueba para pedir la anulación de la sentencia absolutoria o el agravamiento de la condenatoria, será preciso que se justifique la insuficiencia o la*

falta de racionalidad en la motivación fáctica, el apartamiento manifiesto de las máximas de experiencia o la omisión de todo razonamiento sobre alguna o algunas de las pruebas practicadas que pudieran tener relevancia o cuya nulidad haya sido improcedentemente declarada”.

En suma si nos hallamos ante una sentencia absolutoria basada en prueba personal, no es posible que mediante el recurso de apelación se varíe por el Tribunal revisor la apreciación de la prueba por el juzgador de primera instancia, condenando o agravando la sentencia, si no se solicita y se acuerda, la nulidad de la sentencia en sí misma, nulidad que obviamente sólo se producirá en los casos de insuficiencia o falta de racionalidad de la motivación fáctica, apartamiento manifiesto de las normas de experiencia o no valoración de alguna o algunas de las pruebas practicadas.

En el presente caso no podemos hablar de insuficiencia o falta de racionalidad de la motivación fáctica, pues el razonamiento de la Ilma. Sra. Magistrada es lógico, objetivo y basado en la propia prueba personal practicada en el acto del juicio oral, bajo el principio de inmediación. Tampoco existe apartamiento manifiesto de las normas de la experiencia, pues el razonamiento para absolver ni es incongruente, ni es absurdo, ni es extravagante, al contrario. Finalmente se ha valorado , analizado y además de manera exhaustiva todo el material probatorio manejado en el acto del juicio oral.

En definitiva la sentencia apelada razona perfectamente la conclusión absolutoria y el análisis razonado de la prueba y su conclusión consiguiente es plenamente compartida por esta Sala, por lo que procede confirmar la sentencia recurrida.

TERCERO.- 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 desestimar y desestimamos el recurso de apelación formulado por **XXXX**, contra la sentencia de fecha XX de julio de 2019 , dictada por el Juzgado

Penal nº 17 de Madrid en el Juicio Oral nº XXX-18, confirmando la mencionada resolución. No debemos hacer imposición de las costas de este recurso.

Contra esta sentencia sólo cabe recurso de casación en los estrictos términos del artículo 790.4, 847.1) b y 849.1 de la L.E.Crim. (infracción de ley sin alteración de hechos probados). 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.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.