



Roj: **SAP M 2987/2017 - ECLI: ES:APM:2017:2987**

Id Cendoj: **28079370152017100122**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **15**

Fecha: **06/03/2017**

Nº de Recurso: **1716/2016**

Nº de Resolución: **150/2017**

Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**

Ponente: **MARIA DEL CARMEN HERRERO PEREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sección nº 15 de la Audiencia Provincial de Madrid

C/ de Santiago de Compostela, 96 , Planta 7 - 28035

Teléfono: 914934582,914933800

Fax: 914934584

GRUPO DE TRABAJO 5A

37051540

N.I.G.: 28.079.00.1-2016/0233901

Apelación Sentencias Procedimiento Abreviado 1716/2016

Origen :Juzgado de lo Penal nº 03 de Móstoles

Procedimiento Abreviado 601/2010

Apelante: D./Dña. Benito y D./Dña. Camilo

Procurador D./Dña. HELENA MARIA MENESES VALERO

Letrado D./Dña. MARIA ELENA FLETES DE LA CAL

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

Procurador D./Dña. JUAN BOSCO HORNEDO MUGUIRO

Letrado D./Dña. ISMAEL FRANCO RIVAS

SENTENCIA N°150/2017

MAGISTRADOS

D CARLOS FRAILE COLOMA

D LUIS CARLOS PELLUZ ROBLES

Dª CARMEN HERRERO PÉREZ (PONENTE)

En Madrid, a 6 de marzo de 2017

Visto en segunda instancia por esta Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial, el recurso de apelación contra la sentencia de 7 de febrero de 2013 dictada por el Juzgado de lo Penal nº 3 de Móstoles en el procedimiento abreviado nº 601/10, seguido contra don Benito y don Camilo .

Habiendo sido partes en la sustanciación del recurso, como apelantes los acusados defendidos por la letrada doña Elena Fletes; siendo ponente la Ilma. Sra. Doña CARMEN HERRERO PÉREZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Penal dictó sentencia en la causa indicada cuyo relato fáctico y parte dispositiva dicen:

HECHOS PROBADOS.- COPIAR

FALLO.- COPIAR

SEGUNDO.- Contra dicha resolución los acusados interpusieron recurso de apelación.

TERCERO.- Admitido el recurso y efectuados los correspondientes traslados, siendo impugnado por el Ministerio Fiscal y la representación de Clemente , se elevó el procedimiento original a este Tribunal, donde se formó el oportuno rollo de Sala, señalándose el día de hoy para su deliberación.

HECHOS PROBADOS

Se aceptan los contenidos en la sentencia impugnada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el recurso que se somete a la consideración de este Tribunal, se invoca como primer motivo de impugnación de la sentencia condenatoria la existencia de un error en la valoración de la prueba con la consiguiente vulneración del principio in dubio pro reo.

Consideran que Clemente , **vigilante de seguridad**, realmente fue un acusado más, aunque luego fuese absuelto, y su versión, en contra de lo que se dice en la sentencia, no ha sido corroborada por los testigos. Alegan que incurrió en contradicciones y que, sorprendentemente, el Juez a quo no las da importancia.

Manifiesta que el testigo Juan se contradice con la versión ofrecida por el otro testigo, Lucas , y la sentencia no razona porque otorga mayor valoración al testimonio del primero que al del segundo.

Pues bien, para la resolución de esta queja debe recordarse que la valoración de la prueba corresponde al Tribunal que ha presenciado el juicio y ante el que se han practicado las pruebas (artículo 741 de la LECRIM) quien disfruta de las ventajas de la inmediación y oralidad y percibe directamente la forma en que se prestan los testimonios y las reacciones y expresiones de todos los que comparecen ante él.

Corresponde, por tanto a este Tribunal dar mayor credibilidad a unas declaraciones sobre otras o decidir sobre la radical oposición entre las manifestaciones de denunciante y denunciados (SSTs de 26 de marzo de 1.986 , 27 de octubre y 3 de noviembre de 1.995).

El Juez o Tribunal debe realizar la valoración de la prueba de forma conjunta y en conciencia, lo que no equivale a un criterio íntimo e inabordable sino a un razonamiento sujeto a pautas objetivas de control. Para hacer compatible el principio de libre valoración y el de presunción de inocencia, que ampara a todo acusado (artículo 24 de la CE) es preciso que el Juez motive su decisión (SSTC de 17 de diciembre de 1.985 , 23 de junio de 1.986 , 13 de mayo de 1.987 y 2 de julio de 1.990 , entre otras) que sólo podrá ser rectificada cuando concurra alguno de los supuestos siguientes: 1) que se aprecie manifiesto y patente error en la apreciación de la prueba; 2) que el relato fáctico sea incompleto, incongruente o contradictorio y 3) que sea desvirtuado por nuevos elementos de prueba practicados en segunda instancia.

En el presente caso no apreciamos el error valorativo invocado en el recurso.

Los recurrentes pretenden que debido a las pequeñas diferencias en las manifestaciones de los testigos de detalle sobre circunstancias no determinantes se concluya en el rechazo de tales testimonios, sin tomar en consideración los aspectos positivos y determinantes de los mismos.

Es cierto también que el Sr. Clemente , tal y como señala el Juez a quo, se contradice con sus previas manifestaciones con relación a si ambos acusados entran al establecimiento o si solamente fue uno de ellos, pero en el resto de su declaración coincide en lo esencial tanto con el testigo Sr. Juan , como con el Sr. Lucas .

En todo caso, lo que no ofrece duda es que el acusado Camilo se apodera de varios productos del supermercado y cuando el Sr. Clemente le intenta parar al salir del establecimiento cogiéndole del brazo y se le cayó una botella, la recogió e intentaba irse, el otro acusado, que estaba fuera, acude en apoyo de su hermano y se abalanzan contra el **vigilante** y se enzarzan con él. Uno de ellos llevaba una navaja. El **vigilante** le dio un golpe con una porra en actitud defensiva. Logran huir hacia la parte posterior del establecimiento. Cuando llegó la Policía, respondiendo a la llamada que habían recibido, según declaró el agente nº NUM000 , fueron a esa zona y allí se encontraban los dos. Uno tenía una herida y el otro llevaba una bolsa con los productos.

No les dieron ninguna explicación coherente ni llevaban el tique de compra. Se les trasladó al Hospital, se les **cacheó** y uno de ellos portaba una navaja pequeña.

El hecho de que existan versiones contrapuestas, en este caso entre los acusados y los testigos, no significa que el Juez no pueda dar mayor crédito a una de ellas. Según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre la que cabe citar a título de ejemplo la STS de 18 de diciembre de 1997, se reconoce al juzgador la facultad de valorar las diferentes declaraciones prestadas en la causa, cuando se advierta contradicciones entre ellas, con objeto de reconocer mayor veracidad a unas u otras en función de todas las circunstancias concurrentes, teniendo especialmente en cuenta, a tal fin, cuantos datos de interés haya percibido en el juicio oral, donde todo ello ha debido ser sometido a contradicción, bajo la inmediación del Tribunal.

También es criterio reiterado que la existencia de versiones contradictorias no tiene que conducir necesariamente al resultado absolutorio, resultado éste que sí se impone cuando no puede afirmarse como verdadera una de ellas, porque en tal caso es consecuencia obligada, por imperativo de la presunción de inocencia, el haber de aceptar la más beneficiosa para el acusado, o, al menos, el no poder aceptar la que es perjudicial, cuando ambas se encuentran en un mismo plano de verosimilitud.

El Juez a quo ha estimado que la declaración de los acusados carece de verosimilitud y que resultaba entre ellos contradictoria, discrepando incluso sobre el origen de la bolsa. Sin embargo estima que las declaraciones de los testigos son coherentes y las dota de credibilidad pues no existe razón alguna, ni móvil espurio, que pueda llevarnos a pensar que quieren perjudicarles. Criterio que se comparte por este Tribunal.

SEGUNDO.- En segundo término se alega la infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia por entender que la calificación del delito como robo, requiere que la violencia o la intimidación aparezcan antes de consumarse la infracción contra el patrimonio y que los actos de agresión física o amenazas estén relacionados causalmente con la acción depredatoria, pero no cuando estos actos se ejecutan exclusivamente para la huida.

Pues bien, este motivo debe ser igualmente desestimado.

A diferencia de la fuerza en las cosas, o de la intimidación, la violencia que cualifica el delito de robo no ha de tener carácter instrumental respecto del apoderamiento, por lo que no es preciso que esté en relación de medio a fin para vencer la oposición de la víctima y conseguir el apoderamiento, aun cuando tampoco ha de computarse a efectos típicos cualquier episodio que se presente coincidiendo cronológicamente con el hecho depredatorio.

La violencia puede emplearse para vencer la resistencia de la víctima y pueden también aparecer en cualquier momento del desarrollo ejecutivo de la acción, antes de la consumación del delito. Comoquiera que la violencia no está en relación de medio a fin respecto del apoderamiento, sino que basta que concurra mientras permanezca abierto el hecho contra la propiedad es posible que lo que comienza siendo un hurto se transmute en robo violento si hace aparición la violencia antes de la consumación del hecho (SSTS 23 de Marzo, 16 de Septiembre y 13 de Octubre de 1998, entre otras).

En el presente caso la violencia se utilizó antes de consumir el hecho, mientras se producía la huida y para hacerla efectiva. La violencia no fue independiente del desarrollo de la acción de apoderamiento y estuvo directamente encaminada a poder finalizar con éxito la huida del lugar, por lo que debe tomarse en consideración para calificar penalmente la conducta del autor. Por lo tanto, el motivo de queja debe ser desestimado y la sentencia ha de ser confirmada en tanto que los hechos no constituyen un delito de hurto, sino un delito de robo violento, calificado correctamente en la sentencia de primera instancia.

TERCERO.- Por último, con carácter subsidiario, solicita que, ante la escasa entidad de los hechos, se aplique el apartado cuarto del artículo 242 y se proceda a la rebaja en un grado de la pena.

La Jurisprudencia ha caracterizado la regla especial del art. 242.4 CP como medio para la individualización de la pena de los delitos de robo con intimidación o violencia sobre las personas permitiendo una consideración de todas las circunstancias del hecho para atenuar la pena ordinaria del delito en los casos en los que la entidad del medio comisivo sea de **menor** importancia (STS de 30/5/00). En esta línea se ha señalado que la atenuación pretendida tiene que basarse en la **menor** entidad de la violencia o intimidación ejercidas, valorando además las restantes circunstancias del hecho, lo que significa su compatibilidad potencial con atenuantes de naturaleza personal. Además, ha señalado que se trata de un criterio de valoración objetiva (STS 545/2001, de 3 de Abril, entre otras) que pueden ponderarse a través de los siguientes parámetros:

1º. **Menor** entidad de la violencia o intimidación, criterio principal, sin duda alguna, como se deduce de la expresión "además" que encabeza la referencia al otro criterio, y que por otro lado tiene una mayor concreción

y hace referencia, de los dos bienes jurídicos protegidos en esta clase de robos (personas y patrimonio), al más relevante de ellos: la libertad e integridad de la persona.

2º. Además, las restantes circunstancias del hecho, elemento de **menor** importancia que el primero, como ya se ha dicho, pero imprescindible para la aplicación del precepto, de modo que la sola consideración de la entidad de la violencia o intimidación no permite aplicar la rebaja en grado aquí previsto. Hay que examinar las otras circunstancias del hecho, indeterminadas en la propia norma y, por tanto, de muy variada condición: a) El lugar donde se roba: no es lo mismo hacerlo en la calle a un transeúnte que en un establecimiento comercial, y tampoco puede equipararse el robo en una pequeña tienda al que se comete contra una entidad bancaria. b) Con relación al sujeto activo, habrá de considerar si se trata de una persona o si hubo un grupo de coautores, así como, en su caso, la forma de actuación de ese grupo y si se hallaba más o menos organizado. c) Asimismo podrá considerarse el número de las personas atracadas y su condición en orden a su situación económica o a las mayores o **menores** posibilidades de defenderse. d) La experiencia nos dice que de todas estas "restantes circunstancias del hecho", la que con mayor frecuencia se nos presenta para decidir si se aplica o no esta norma jurídica, es el valor de lo sustraído, de modo que ha de excluirse esta aplicación cuando tal valor alcanza cierta cuantía que, desde luego, no cabe determinar en una cifra concreta, pues habrá de variar según esas otras circunstancias antes indicadas o cualesquiera otras que pudieran conferir al hecho mayor o **menor** antijuricidad. Quizás, sin pretender un encorsetamiento del arbitrio del Tribunal, pueda atenderse, como criterio de gravedad, a la cifra de 50.000 ptas. que el legislador señala como línea divisoria, en ciertos delitos contra el patrimonio. Así, las cantidades próximas a esa cifra o superiores a ella, no deberían reputarse amparadas por la norma privilegiada.

Todos estos criterios habrán de tenerse en cuenta conjuntamente, a fin de poder valorar de modo global la gravedad objetiva de lo ocurrido, para determinar en definitiva si la pena a imponer, pudiéndose en caso de **menor** gravedad imponer la pena inferior en grado a la correspondiente al tipo delictivo.

A la hora de aplicar estos criterios al caso presente, en primer lugar hay que entender que el hecho de abalanzarse o abordar a la víctima dos personas, golpeándole y llevando una navaja, no puede encuadrarse en modo alguno, por todas estas circunstancias, en el concepto de **menor** entidad que hemos venido describiendo.

En atención a todo lo expuesto, el recurso debe ser desestimado, así como también la solicitud de celebración de vista toda vez que este Tribunal no la considera necesaria para la correcta formación de una convicción fundada al contar con el soporte grabado que ha sido visionado en su integridad.

CUARTO.- El apelante Camilo ha sido condenado por una falta de maltrato de obra del artículo 617.2 del CP .

La Disposición Transitoria 3ª de la LO 1/2015 señala que "en las sentencias dictadas conforme a la legislación que se deroga y que no sean firmes por estar pendientes de recurso, se observarán, una vez transcurrido el período de vacatio, las siguientes reglas: a) Si se trata de un recurso de apelación, las partes podrán invocar y el juez o tribunal aplicará de oficio los preceptos de la nueva Ley, cuando resulten más favorables al reo".

A tal fin, procede absolver a don Camilo de la falta de maltrato tipificada en el artículo 617.2 del Código Penal anterior a la reforma, puesto que ha sido despenalizada como tal falta al haberse derogado el Libro III de la LO 10/95, de 23 de noviembre. Ha sido elevada a delito leve del artículo 147. 3 del C.P , pero su apartado 4 establece respecto del mismo que "sólo será perseguible mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal".

Respecto de los procesos iniciados antes de la entrada en vigor de la LO 1/15 por hechos que resultan por millares penalizados o sometidos al régimen de denuncia previa, y que lleven aparejada una posible responsabilidad civil, la Disposición transitoria cuarta- 2 establece que "continuarán hasta su normal terminación, salvo que el legitimado para ello manifestar expresamente no querer ejercitar las acciones civiles que le asistan, en cuyo caso se procederá al archivo de lo actuado, con el visto del Ministerio Fiscal.

Añadiendo dicha disposición transitoria "Sin continuare la tramitación, el juez limitara el contenido del fallo al pronunciamiento sobre responsabilidades civiles y costas".

De acuerdo con ello procede, en aplicación de la reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015, absolver al recurrente de la falta de maltrato de obra por la que ha sido condenado en la instancia. No ha habido pronunciamiento alguno en la sentencia sobre la responsabilidad civil derivada de la misma.

FALLAMOS

ESTIMANDO parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación de los acusados don Benito y Camilo contra la sentencia de 7 de febrero de 2013 dictada por el Juzgado de lo Penal nº 3 de



Móstoles en el procedimiento abreviado nº 601/10, debemos REVOCAR PARCIALMENTE dicha resolución por aplicación retroactiva de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, de modificación del Código Penal, absolviendo al recurrente don Camilo de la falta de maltrato de obra, con declaración de oficio de las costas procesales de primera instancia en este aspecto y DEBEMOS CONFIRMAR la sentencia recurrida en todos los demás extremos.

Contra esta sentencia no cabe recurso ordinario alguno.

Así por esta nuestra sentencia juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos mandamos y firmamos

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior resolución a 6 de marzo de 2017. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ