



Roj: **SAP OU 437/2005 - ECLI: ES:APOU:2005:437**

Id Cendoj: **32054370012005100190**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Ourense**

Sección: **1**

Fecha: **25/05/2005**

Nº de Recurso: **84/2005**

Nº de Resolución: **38/2005**

Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**

Ponente: **JOSE ARCOS ALVAREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

La Audiencia Provincial de Ourense, constituida por los Ilmos. Sres. D. Fernando Alañón Olmedo, Presidente, D<sup>a</sup>. Ángela Irene Domínguez Viguera Fernández y D. **José Arcos Álvarez**, Magistrados, ha pronunciado, en nombre de SM. El Rey, la siguiente

### **SENTENCIA NÚM. 38**

En Ourense, a veinticinco de mayo de dos mil cinco.

Visto el recurso de apelación núm. 84/05 que dimana del procedimiento abreviado 14/03 del Juzgado de Instrucción 3 de Ourense, seguido en el Juzgado de lo Penal 2 de Ourense con el núm. 180/03 por el delito robo con intimidación y violencia en grado de tentativa. Son partes, como apelantes, Francisco , Alfredo y Luis Francisco , representados por los procuradores Sres. Soto Pérez, Saco Rodríguez y Domínguez Fortes y defendidos por los letrados Sres. Pazos Campos, Losada Diéguez y Pazos Huete, y, como apelado, el Ministerio Fiscal.

Es ponente el magistrado D. **José Arcos Álvarez**.

### **I - ANTECEDENTES DE HECHO**

Primero. El Juzgado de lo Penal 2 de Ourense dictó, en el procedimiento abreviado antes expresado, sentencia en fecha 20 de diciembre de 2004 declarando los siguientes hechos probados: "Sobre las 2 horas del 1-5-02 en la calle Primavera, Juan Francisco y Jose Francisco fueron abordados por los acusados Luis Francisco , mayor de edad y con antecedentes penales que deben reputarse cancelados, Miguel mayor de edad y sin antecedentes penales, Francisco mayor de edad y con antecedentes penales al haber sido condenado por sentencia firme el 28.2.2002 por el Juzgado de lo Penal nº 2 de Ourense a la pena de siete meses de prisión por un delito de robo con fuerza, y Alfredo mayor de edad y sin antecedentes penales, los cuales, de común acuerdo, les rodearon y les dijeron "Dadme el dinero, todo lo que lleveis encima, tenemos una navaja". Unos de los acusados Francisco le propinó una patada a Jose Francisco y al soltarlo, éste salió corriendo para pedir ayuda, encontrándose con dos policías locales los cuales se dirigieron al lugar de los hechos y observaron como el inculpado Alfredo tenía cogido del brazo a Juan Francisco . Los restantes acusados al detectar la presencia policial abandonaron el lugar. No aparece acredita que Miguel , mayor de edad y sin antecedentes penales tuviese participación en la comisión del robo precedente". Y el siguiente "FALLO: Que debo condenar y condeno a los acusados Francisco , Luis Francisco y Alfredo como autores criminalmente responsables de un delito de robo intentado con violencia e intimidación ya definido con la concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia en Francisco y de toxicomanía de Luis Francisco a la pena de dos años de prisión a Francisco y un año de prisión a Luis Francisco y Alfredo con inhabilitación especial para el sufragio pasivo por esos períodos y al pago conjunto de las 3/4 partes procesales. Absuelvo a Miguel del delito imputado declarando de oficio la 4ª parte restante de las costas procesales.- Le será de abono para el cumplimiento de dicha condena el tiempo que ha estado privado de libertad por esta causa."



Segundo. Publicada y notificada en forma la sentencia, interpuso recurso de apelación la representación procesal de Francisco , Alfredo y Luis Francisco , el cual se admitió en ambos efectos, con remisión de las actuaciones a esta Audiencia.

## II - HECHOS PROBADOS

Se aceptan los declarados probados en la resolución recurrida que se dan aquí por reproducidos.

## III - FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. Frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal nº 2 de Ourense, en fecha 20 de diciembre de 2004, en autos de procedimiento abreviado nº 180/03 , en la que son condenados Francisco , Luis Francisco y Alfredo como autores criminalmente responsables de un delito de robo intentado con violencia o intimidación tipificado en el art. 242 del CP , en relación con los arts. 16 y 62 del mismo Texto legal , con la concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia ( art. 22.8 del CP ) en Francisco y la circunstancia atenuante de toxicomanía ( art. 21.2ª del CP ) en Luis Francisco , a las penas de dos años de prisión a aquél y de un año de prisión a éste y a Alfredo , con inhabilitación especial para el sufragio pasivo por esos periodos y al pago de las correspondientes costas, se alzan los tres acusados.

La sentencia objeto de apelación basa su contenido condenatorio en la declaración de las víctimas del referido delito y en la de los agentes que intervinieron el día de los hechos (en la madrugada del 1 de enero de 2002), también deponentes en el acto del juicio oral.

Francisco trata de atacar la resolución impugnada alegando dos motivos, el primero de ellos referido a que no se le puede aplicar la agravante de reincidencia (por entender que en la hoja histórico penal existen errores que impiden considerar probados los datos consignados en dicha documental) y, como segundo alegato, esgrime la falta de credibilidad de las declaraciones de los denunciados, en suma, error en la valoración de las pruebas. También Alfredo apoya su escrito de recurso, como único motivo impugnatorio, en la existencia de un supuesto error en la valoración probatoria efectuada por el Juzgador "a quo" al igual que también lo aduce el tercero de los condenados, Luis Francisco , que, a mayores, invoca indebida aplicación de la pena de prisión.

Por su parte el representante del Ministerio Fiscal interesa la confirmación de la resolución recurrida por entenderla ajustada a Derecho.

SEGUNDO. Por todos los apelantes se viene a denunciar un supuesto error del Juzgador en la valoración de la prueba.

De acuerdo con la doctrina jurisprudencial sobre el error de la prueba, una vez producida la actividad probatoria de cargo ante el Juzgador en términos de corrección procesal, su valoración corresponde al mismo, conforme al art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ; por ello, la credibilidad de cuantos manifiestan en el acto del juicio oral es función jurisdiccional que sólo al Juez compete, siempre que el proceso valorativo se motive o razone adecuadamente en la sentencia y únicamente podrá ser rectificado si el hecho resulta ficticio por no existir el correspondiente soporte probatorio, vulnerándose entonces incluso la presunción de inocencia, o si un ponderado y detenido examen de las actuaciones pone de relieve un manifiesto y claro error del Juzgador de tal magnitud y diaphanidad que hace necesaria, con criterios objetivos y sin el riesgo de incurrir en discutibles y subjetivas interpretaciones del material probatorio existente en los autos, una modificación de la realidad fáctica establecida en la resolución apelada (por todas, sentencias del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1994, 6 de mayo de 1994, 21 de julio de 1994, 15 de octubre de 1994, 7 de noviembre de 1994, 22 de septiembre de 1995, 27 de septiembre de 1995, 4 de julio de 1996, 12 de marzo de 1997 ).

TERCERO. También no está demás recordar la reiterada jurisprudencia que pregona la aptitud de la prueba testifical para desvirtuar el principio de presunción de inocencia, a la cual se equiparan las declaraciones de la víctima del ilícito por el que recae la condena, siempre que concurren en su declaración tres requisitos: a) ausencia de incredulidad subjetiva; b) verosimilitud del testimonio; c) persistencia en la incriminación y la concurrencia de datos corroboradores ( sentencias del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1999, 2 de junio de 1999, 24 de abril de 2000, 26 de junio de 2000, 15 de junio de 2000 y 6 de febrero de 2001 ).

CUARTO. En aplicación de la doctrina precedente, hay que referirse, en primer lugar, al alegato de Richard acerca de la indebida aplicación de la circunstancia agravante de reincidencia, ya que entiende que los errores existentes en la hoja histórico penal impiden considerar probados los datos consignados en dicha documental.

En el folio 46 de los autos se hace constar que Francisco fue condenado en sentencia de fecha 19 de febrero de 2002, firme el 28 de febrero de 2002 , en la causa 331/2000, sentencia dictada por el mismo Juzgado



que conoció de los hechos de los que este rollo trae su causa, es decir, por el Juzgado de lo Penal nº 2 de Ourense. También se consigna en dicha certificación del Registro Central de Penados y Rebeldes que la fecha de comisión del delito fue el 21 de abril de 2004. Es en este último dato donde encontramos el error, error según el cual, y en opinión de la parte recurrente, negaría validez a la totalidad del documento. Tal y como ya se señala en la sentencia de instancia, la fecha de comisión del delito nunca puede, por lógica, ser posterior al de la sentencia en la que se es condenado precisamente por la comisión de tales hechos delictivos. El hecho de que existe un error en la citada fecha de comisión del delito, se puede extraer del número de la causa que es del año 2000, tratándose posiblemente de una sentencia de conformidad por la fecha de firmeza de la misma.

Por otra parte, todos los recurrentes tratan de desacreditar las declaraciones de las víctimas del presente delito intentado, tachándolas de contradictorias e increíbles (en especial de Jose Francisco ) y promoviendo el triunfo de la versión de los hechos según las interesadas interpretaciones de los hechos que originaron las presentes actuaciones. De la declaración mantenida por Jose Francisco en el acto del juicio oral (folio 305 de los autos) no se deriva ninguna contradicción con la mantenida ante la policía (folio 2) ni la sostenida en la fase de instrucción, afirmándose y ratificándose en la anterior declaración policial (folio 22), habiendo sido reconocidos los acusados expresamente por el testigo deponente en el acto del juicio oral (al folio 305 de lo actuado). En esencia el relato inculpativo es el mismo a lo largo de todo el proceso tal y como se recoge en la declaración de hechos probados de la sentencia recurrida que esta Sala comparte y que para evitar reiteraciones innecesarias no vuelve a consignar. Además no hay que olvidar que también los policías locales (con nº NUM000 y NUM001 ) depusieron en el acto del juicio oral ratificando el atestado que viene a ser un dato corroborador de la declaración de la víctima.

Pues bien, a la vista de las actuaciones, no se aprecia ese manifiesto error del Juzgador quien desde su privilegiada situación tuvo ocasión de valorar las declaraciones de todos cuantos comparecieron y las conclusiones obtenidas reflejadas en sentencia no resultan irracionales, contrarias a la lógica o a las reglas de experiencia. De esta forma, el Juzgador de instancia dio mayor credibilidad a unos testimonios, los de las víctimas, respecto a los de los acusados porque, en virtud del principio de inmediación, vio y oyó a los testigos y pudo formar su convicción, ponderando las declaraciones de unos y otros, concediendo verosimilitud superior a los primeros, función exclusiva del Juzgador, no acreditando los recurrentes sus afirmaciones de relaciones de conflictividad entre denunciante y acusados que son fruto de la defensa de su legítima posición procesal pero que no desvirtúan la objetiva convicción alcanzada por el Juzgador "a quo". Por lo dicho decae el invocado motivo de la supuesta equivocación en la actividad valorativa de las pruebas llevada a cabo por el Juzgador de instancia.

QUINTO. Como última cuestión a examinar, y en relación con la pretensión supletoria de rebaja punitiva planteada por Luis Francisco , por entender que ha habido una indebida aplicación de la pena privativa de libertad, hay que señalar lo que sigue.

Se defiende por el recurrente que a la pena de un año de prisión, de la que hay que partir por tratarse de un delito intentado de robo con intimidación o violencia, tipificado en el art. 242 en relación con los arts. 16 y 62, todos ellos del CP , ha de operar preceptivamente la atenuante que se declara en sentencia concurrente respecto de Luis Francisco , atenuante de toxicomanía (al amparo del art. 21. 2ª del CP ), que determina que no se pueda imponer pena de prisión superior a 6 meses.

El art. 66.1 del CP , precepto en el que se establecen una serie de reglas que los Jueces y Tribunales deben observar en la aplicación de las penas, cuando se trate de delitos dolosos, y a los efectos que aquí nos interesan, en su regla 1ª se dispone que "cuando concurra sólo una circunstancia atenuante, aplicarán la pena en la mitad inferior de la que fije la ley para el delito." En la regla 2ª del mismo art. 66.1 del CP , se establece que "cuando concurran dos o más circunstancias atenuantes, o una o varias muy cualificadas, y no concurra agravante alguna, aplicarán la pena inferior en uno o dos grados a la establecida por la ley, atendidos el número y la entidad de dichas circunstancias atenuantes".

Así, en el caso de que se trata, estamos ante una única atenuante, no muy cualificada, de toxicomanía con encaje en el art. 21. 2ª del CP , atenuante que no puede llevar aparejada la aplicación de la regla 2ª del art. 66.1 del CP , aplicación de la pena inferior en uno o dos grados a la establecida por la ley, como sostiene el apelante, y sí la regla prevista en el art. 66.1.1ª del CP regla ya aplicada por el Juzgador de instancia por lo que no existe la invocada aplicación indebida de la pena de prisión por encontrarse el año de prisión dentro del marco punitivo de la mitad inferior de la pena que la ley fija para el delito, en este caso intentado del art. 242 del CP . Por ello decae este motivo de impugnación planteado por la representación procesal del Sr. Luis Francisco .

SEXTO. En materia de costas, por la intrascendencia en el presente supuesto, no se hace expresa declaración respecto de las de la segunda instancia.

Por lo expuesto, la Sección Primera de la Audiencia Provincial pronuncia el siguiente



**FALLO:**

Se desestima el recurso de apelación interpuesto por las representaciones procesales de D. Francisco , D. Luis Francisco y D. Alfredo , contra la sentencia dictada, el 20 de diciembre de 2004 y en autos de procedimiento abreviado 180/03, rollo de apelación 84/05, por el Juzgado de lo Penal nº 2 de Ourense , resolución que se confirma, sin hacer declaración en cuanto a las costas de esta alzada.

En la notificación de esta resolución obsérvese lo dispuesto en el art. 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial . Devuélvanse los autos al Juzgado de procedencia, con testimonio de esta sentencia para su conocimiento y cumplimiento, interesándose acuse de recibo.

Así por esta mi sentencia, de la que se unirá certificación al rollo de apelación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ