



Roj: **SAP OU 535/2019 - ECLI:ES:APOU:2019:535**

Id Cendoj: **32054370022019100215**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Ourense**

Sección: **2**

Fecha: **02/09/2019**

Nº de Recurso: **438/2019**

Nº de Resolución: **221/2019**

Procedimiento: **Penal. Apelación procedimiento abreviado**

Ponente: **ANTONIO PIÑA ALONSO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2**

**OURENSE**

**SENTENCIA: 00221/2019**

-

PZA. CONCEPCION ARENAL, 1

Teléfono: 988687072/988687068

Equipo/usuario: MG

Modelo: 213100

N.I.G.: 32054 43 2 2017 0000886

**RP APELACION PROCTO. ABREVIADO 0000438 /2019**

Delito/falta: ROBO CON FUERZA CASA HABITADA / LOCAL ABIERTO PÚB.

Recurrente: Nicolas

Procurador/a: D/Dª GLORIA SANCHEZ IZQUIERDO

Abogado/a: D/Dª JORGE TEMES MONTES

Recurrido: Coro , MINISTERIO FISCAL

Procurador/a: D/Dª MARTA TRILLO GONZALEZ,

Abogado/a: D/Dª JUAN CARLOS GONZALEZ IGLESIAS,

**SENTENCIA Nº 221/2019**

=====

**ILMOS/AS SR./SRASPresidente/a:**

**D. ANTONIO PIÑA ALONSO**

**Magistrados/as**

**DÑA. ANA MARÍA DEL CARMEN BLANCO ARCE**

**D. MANUEL CID MANZANO**

=====

En OURENSE, a dos de septiembre dos mil diecinueve.



VISTO, por esta **SECCIÓN SEGUNDA** de esta Audiencia Provincial, Sala 1, en la causa arriba referenciada, Rollo de apelación núm. 438-2019, el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Sr. Sánchez Izquierdo, en representación de D. Nicolas asistido del Letrado Sr. Temes Montes, contra la Sentencia dictada en el procedimiento abreviado 134/2018 del Juzgado de lo Penal núm. 2 de Ourense; habiendo sido partes en él, como apelante el mencionado, acusado, y como apelados el MINISTERIO FISCAL, en la representación que le es propia, y D. Coro representado por el Procurador Sr. Trillo González y asistido del Letrado Sr. González Iglesias, actuando como Ponente el Magistrado **Ilmo. Sr. D. ANTONIO PIÑA ALONSO** .

## I. ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO** - En el procedimiento de referencia se dictó Sentencia con fecha 11 de febrero de 2019 , cuya **PARTE DISPOSITIVA** es del tenor literal siguiente: " **Fallo** : DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO a Coro del delito de robo con fuerza en las cosas que se le imputaba. Declaro de oficio las costas causadas en esta instancia.

Y como **HECHOS PROBADOS** expresamente se recogen los de la sentencia apelada: El pasado día 12 de febrero de 2.017, sobre las 18 horas, una mujer cuya identidad no ha podido ser determinada, accedió al domicilio de D. Nicolas , sito en el no NUM000 de la CALLE000 de esta ciudad, tras haber avisado a un cerrajero que procedió al cambio del bombillo de la cerradura, puesto que la mujer le había hecho creer que habitaba en esa vivienda y que se había olvidado las llaves. Una vez en su interior, y con ánimo de obtener un ilícito beneficio, se apoderó del dinero que el usuario de la vivienda, Nicolas guardaba en una caja de zapatillas así como en varios sobres que se encontraban en el interior del canapé, así como de un reloj marca Brettling.

No ha podido probarse que la acusada, Coro , mayor de edad y sin antecedentes penales, hubiese sido la persona que llevo a cabo esta sustracción.

**SEGUNDO** - Contra dicha Sentencia, por la representación procesal del hoy recurrente, se interpuso recurso de apelación que formalizó exponiendo las alegaciones que constan en su escrito, el cual se halla unido a las actuaciones.

**TERCERO** - Dado traslado del escrito de formalización del recurso a las partes, se presentaron escritos de impugnación por el MINISTERIO FISCAL y Coro , en base a considerar la sentencia objeto de recurso plenamente ajustada a derecho solicitando su confirmación.

**CUARTO** - Por el Órgano Judicial sentenciador se remitieron a este Tribunal los autos originales con todos los escritos presentados y, recibidos que fueron, sin la celebración de vista, se pasaron las actuaciones a la Ilmo. Magistrado- Ponente para resolución.

## II. HECHOS PROBADOS

Se aceptan los de la resolución recurrida, los cuales se tienen por reproducidos a mayor brevedad.

## III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Se aceptan los fundamentos jurídicos de la resolución recurrida.

**PRIMERO** - *Objeto del recurso.*

i. En los autos de referencia se dicta Sentencia en fecha 11 de febrero de 2019 en la cual se absuelve a Coro del delito de robo con fuerza en casa habitada que se le imputa. Se indica en la sentencia "tampoco podemos dejar de mencionar que el caso no deja de arrojar importantes incognitas, pues, efectivamente, asiste razón a la defensa al alegar que cuesta concebir que si la acusada tuviese el propósito de robarle a su expareja aproveche para hacerlo precisamente la tarde de un domingo, sabiendo como sabía perfectamente que el no trabajaba por estar cerrado el local que regenta, tanto la tarde del domingo como toda la jornada del lunes. De hecho, cuesta concebir como la persona que llevo a cabo la sustracción tuvo la tranquilidad necesaria como para llevar a cabo su plan durante un periodo de tiempo tan prolongado; no olvidemos que, según expuso el cerrajero, estuvieron casi una hora, sin miedo a que el denunciante pudiese volver a su casa, como no fuese porque realmente contaba con la posibilidad de saber que el estaba viendo el partido y no iba a volver a casa durante todo ese tiempo prolongado que fue necesario invertir para conseguir culminar el robo perpetrado. También resulta extraño que, no teniendo ya la acusada ningún tipo de relación con el denunciante desde hacía tres años, salvo en dos ocasiones contadas en que habían vuelto a quedar, como podría saber que en su casa tenía una cantidad de dinero considerable como para decidirse a llevar a cabo una sustracción de ese tipo, en la que se requería un tiempo considerable antes de conseguir acceder a la vivienda exponiéndose a ser vista por varias



personas. Por ultimo, tambien cuesta concebir que siendo la acusada cliente de la cafeteria Xestal, hubiese optado por acudir a ese lugar para llamar al cerrajero cuando seria mucho mas facil en ese caso poder ser reconocida.

Por tanto, en atencion a todo lo expuesto, y dado que solo tenemos como prueba de cargo el reconocimiento del cerrajero (con todos las objeciones que hemos venido relatando), y en el lado contrario, contamos con un informe pericial que avala lo afirmado por la acusada acerca de que estuvo en su domicilio la tarde en que ocurrieron los hechos, es por lo que, en aplicacion del principio in dubio pro reo, hemos de proclamar la absolucion de la acusada".

ii. Se interpone recurso de apelación en fecha 22 de febrero de 2019 por la representación procesal de D. Nicolas contra la sentencia referenciada alegando "Error en la valoración de la Prueba, parrafo tercero del Art. 790.2, introducido por la Ley 41/2015 de 5 de octubre . Interesamos la nulidad de la Sentencia". Señalando "La acusacion particular mantiene que la motivacion factica de la Sentencia, resulta insuficiente y falta de racionalidad; se aparta de las maximas de experiencia y omite razonamientos sobre alguna de las pruebas practicadas que tienen relevancia en el Fallo absolutorio.

La Sentencia que se recurre decide absolver a Coro aplicando el instituto juridico penal in dubio pro reo; realiza una valoración de la prueba que, desde nuestro punto de vista, resulta ilogica y se aparta de maximas de experiencia (dicho esto en estrictos terminos de defensa). Asi, contrapone al reconocimiento realizado por el testigo D. Baldomero , una serie de situaciones conjeturables concluyendo tienen valor probatorio para neutralizar la identificacion que de la acusada realizo el testigo". Y añade "El reconocimiento que realizo el cerrajero en la Comisaria de Policia, el 22.02.17, fue inequivoco, senalo la fotografia no 3 que era la correspondiente a Coro ; lo mismo el testigo Esteban quien en las diligencias policiales reconoció a Coro como aquella persona que el día 12.02.17 le pidio el telefono movil en el Bar Xistal para llamar a un cerrajero. Es cierto que este ultimo no reconoció en el Juicio Oral a Coro como la persona que previamente habia identificado en la instruccion, pero tampoco dijo que no fuese ella quien le pidio el telefono: "no puedo decir si fue o no fue".

Frente a dicho recurso muestra su oposición el Ministerio Fiscal y la representación de Coro .

**SEGUNDO** - *Error en la valoración de la prueba al amparo del art. 790.2 LECr .*

i. A la vista de la nueva redacción del art. 790.2 LECrim , es imprescindible que, en el escrito de interposición de un recurso de apelación por error en la valoración de prueba, cuando se pretenda la anulación de la sentencia, se mencione y justifique uno de los tres supuestos a que hace referencia el citado artículo, sin que sea bastante una mención genérica. Podrán, no obstante, alegarse varios de ellos, pero en todo caso deberá motivarse suficientemente su invocación.

Para poder articular este motivo de nulidad deberá justificarse alguna de estas circunstancias: 1) La insuficiencia o la falta de racionalidad en la motivación fáctica; 2) El apartamiento manifiesto de las máximas de experiencia; o 3) La omisión de todo razonamiento sobre alguna o algunas de las pruebas practicadas que pudieran tener relevancia o cuya nulidad haya sido improcedentemente declarada.

No establece el art. 790.2 LECrim un sistema de libre impugnación, sino que aparece reservado para aquellos supuestos en los cuales concurre un grave error valorativo en la construcción del juicio de inferencia, del cual se deriva una sentencia absolutoria o a la imposición de un pena de menor gravedad. Por lo tanto, nos encontramos ante la presencia de causas tasadas de invocación y ante la necesidad de motivar adecuadamente su concurrencia mediante elementos valorativos que evidencien de una manera notoria la relevancia del error en el que incurre la sentencia.

ii. El recurso interpuesto contra la sentencia de autos, invoca las tres circunstancias de enumeradas por el art. 790.2 LECr incidiendo en que nos encontramos ante el apartamiento de las máximas de experiencia, indicando así, en forma textual "La acusacion particular mantiene que la motivacion factica de la Sentencia, resulta insuficiente y falta de racionalidad; se aparta de las maximas de experiencia y omite razonamientos sobre alguna de las pruebas practicadas que tienen relevancia en el Fallo absolutorio". Para seguir indicando "realiza una valoración de la prueba que, desde nuestro punto de vista, resulta ilogica y se aparta de maximas de experiencia.

iii. El apartamiento de las máximas de la experiencia, como bien indica la Circular 1/2018 de la FGE, deberá invocarse de forma restrictiva pues, como se ha interpretado en el ámbito civil, se trata de supuestos donde el razonamiento va en contra de la evidencia de los hechos, lo que exige que éstos hablen por sí solos, siguiendo el principio res ipsa loquitur. Se trata de casos en que la aplicación de la lógica a la fuente de prueba implica inferir de modo incuestionable lo que se quiere probar.

**TERCERO** - Examen del caso. Apartamiento de máximas de experiencia.

i. La jueza de instancia valora en su sentencia y contrapone la principal prueba de cargo contra la acusada, la cual viene constituida por la declaración del cerrajero quien supuestamente a su instancia abrió la cerradura de la vivienda de la víctima, y ofrece una identificación plena de la misma. Frente a ello la acusada aporta una prueba tecnológica de análisis de la geolocalización de su teléfono móvil, y de las aplicaciones abiertas en el periodo en el que se produjo el hecho, para negar de este modo la certeza de la identificación. Ni el camarero del bar donde se produjo la llamada al cerrajero, ni los restantes testigos que por vivir en la misma planta coincidieron en algún momento con la acusada y el cerrajero, la han reconocido.

La juzgadora de instancia valora y razona con diversos argumentos si esta prueba de identificación es suficiente para estimar la existencia de prueba de cargo suficiente para entender soslayado la presunción de inocencia. Los argumentos utilizados en su exposición valorativa, no son irracionales, apoyándose en el interés que pueda tener el cerrajero en la resolución del caso, ante la deficiente actuación del mismo, quien no adoptó ninguna cautela para identificar al peticionario, añade, los errores identificativos que se pueden producir con este tipo de pruebas, y contrapone las pruebas de descargo evacuadas, en especial el informe sobre la geolocalización a través de su teléfono de la acusada.

Si tenemos en cuenta que esta última prueba de descargo no es más que una prueba de localización y utilización del teléfono móvil durante la tarde en que ocurrieron los hechos, y que en ningún caso se puede identificar con la localización física de la persona titular del celular, pues basta su localización intencional del teléfono en un determinado punto para crear una coartada de geolocalización, que no se tiene porque corresponder con la localización de la persona física si esta no porta el teléfono.

Por lo tanto, la única prueba imputatoria en autos lo constituye la declaración e identificación que realiza el cerrajero. La valoración que realiza la juzgadora no puede entenderse como un apartamiento de las normas de experiencia, pues razona, y no lo hace de forma ilógica, la posible existencia de elementos que pueden viciar ese reconocimiento. Entendemos que la actual redacción del art. 790.2 LECR no comprende la sustitución del juicio valorativo de instancia por la convicción a la que pueda llegar el Tribunal de Apelación salvo en aquellos supuestos en los que la conformación del nuevo juicio valorativo se obtenga de la concurrencia de alguno de los tres supuestos que el artículo citado comprende. Y no nos encontramos en el caso de autos ante ninguno de ellos, pues ni va contra las máximas de experiencia ni se puede considerar ilógico el razonamiento de la sentencia impugnada.

**CUARTO** - Las costas procesales devengadas han de ser declaradas de oficio al no apreciarse temeridad ni mala fe por parte del apelante.

Vistos los preceptos legales citados y demás concordantes de general y pertinente aplicación.

**IV. FALLAMOS**

Que debemos **DESESTIMAR** y **DESESTIMAMOS** el recurso de apelación num. 438-2019 interpuesto por D. Nicolas contra la sentencia que dictó el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Ourense con fecha 11 de febrero de 2019 en los autos de Procedimiento Abreviado número 134-2018, la cual **confirmamos en su integridad**, Todo ello sin efectuar declaración en cuanto a las costas.

Notifíquese la presente sentencia a las partes haciéndoles saber que La presente resolución no es firme y contra la misma, cabe interponer **RECURSO DE CASACIÓN**, que ha de prepararse mediante escrito autorizado por Abogado y Procurador, presentado ante este Tribunal dentro de los **CINCO DÍAS** siguientes al de la última notificación y que deberá contener los requisitos exigidos en el art. 856 de la L.E.Criminal.

Al notificar esta sentencia, dése cumplimiento a lo prevenido en el artículo 248-4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará certificación al Rollo de Sala y se anotará en los Registros correspondientes, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.