



Roj: **SAP M 18584/2022 - ECLI:ES:APM:2022:18584**

Id Cendoj: **28079370152022100653**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **15**

Fecha: **22/12/2022**

Nº de Recurso: **635/2022**

Nº de Resolución: **671/2022**

Procedimiento: **Recurso de apelación. Procedimiento abreviado**

Ponente: **MARIA DEL PILAR CASADO RUBIO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJP, Móstoles, núm. 6, 11-11-2021 (proc. 214/2020),  
SAP M 18584/2022**

#### **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 3 FB

audienciaprovincial\_Sec15@madrid.org

37051540

N.I.G.: 28.058.00.1-2018/0011484

#### **Apelación Sentencias Procedimiento Abreviado 635/2022**

**Origen:**Juzgado de lo Penal nº 06 de Móstoles

Procedimiento Abreviado 214/2020

Apelante: D./Dña. Victorino

**Procurador D./Dña. FERNANDO GARCIA DE LA CRUZ ROMERAL**

**Letrado D./Dña. MARTA JIMENEZ DEL CERRO**

**Apelado: MINISTERIO FISCAL**

**SENTENCIA N° 671/2022**

**AUDIENCIA PROVINCIAL**

**Ilmos. Sres. de la Sección 15ª**

D/ª. ANA REVUELTA IGLESIAS (Presidenta)

D/ª. LUIS CARLOS PELLUZ ROBLES

D/ª. MARÍA DEL PILAR CASADO RUBIO (Ponente)

En Madrid, a 22 de diciembre de 2022.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**



**PRIMERO.** Por el Juzgado de lo Penal de referencia, se dictó sentencia, de fecha 11 de noviembre de 2021, en la que se declara probado que:

" Victorino , mayor de edad y ejecutoriamente condenado en virtud de sentencia dictada por el Juzgado Penal nº 2 de Valladolid, firme el 22/04/2015, por un delito de robo con fuerza, a la pena de 7 meses de prisión que fue sustituida por pena de 14 meses multa que extinguió el 8 de abril de 2016 y por sentencia dictada por el Juzgado Penal nº 10 de Madrid, firme el 9/02/2016 por un delito de robo con violencia a la pena 1 año de prisión que fue sustituida por multa, pena que fue extinguida el 17/05/2018

El acusado, actuando por si solo o con la ayuda de personas que no han sido identificadas, y con la intención de obtener un lucro ilícito, decidió sustraer los efectos y el dinero de una joyería denominada, EMILIA NAVARRO, situada en la Avenida Europa número 2 local 11 de Fuenlabrada y ello mediante realización de butrones en los locales colindantes para acceder a este establecimiento. Con la finalidad de impedir ser detectado, el acusado u otra persona actuando de acuerdo con él, se puso en contacto con la empresa de seguridad contratada por la joyería, SECURITAS, informando de que la joyería iba a hacer unas obras y por ese motivo si saltaba la alarma debían contactar con el teléfono que él mismo les facilitó.

El acusado, siguiendo su plan, en la mañana del día 28 de octubre de 2018, aprovechando que era domingo y la joyería se encontraba cerrada al público, accedió al local número 9 de la Avenida Europa de Fuenlabrada, que se encontraba vacío, tras fracturar el bombín y el cerrojo FAC de su puerta trasera. Una vez dentro, el acusado, valiéndose de diversas herramientas como un mazo y una radial, realizó un agujero tipo butrón de aproximadamente 60 x 40 cm en una de sus paredes que daba acceso al local número 10 en el que había un establecimiento de venta de cocinas denominado COCINALUX. Una vez en este local, el acusado comenzó a realizar una nuevo orificio en la pared que lindaba con la joyería EMILIA NAVARRO, con la finalidad de acceder a su interior, sin conseguir finalmente su propósito debido a la intervención de agentes de la Policía Nacional que fueron alertados por una persona que había oído ruidos procedentes de estos locales.

Los policías sorprendieron al acusado cuando se encontraba en la puerta por la que había accedido al primero de los locales y le dieron el alto, haciendo caso omiso el acusado que huyó por diversas calles hasta que finalmente los policías consiguieron darle alcance, hallando en su poder dos guantes de color blanco manchados con polvo de color rojizo".

Siendo su Fallo del tenor literal siguiente:

"Que debo condenar y condeno a Victorino como autor criminalmente responsable de un delito intentado de robo con fuerza en las cosas en local abierto al público fuera de horas de apertura del art. 237, 238. 2º y 5º y 241, 1 prf 2º CP y 16 y 62 del Código Penal en grado de tentativa, concurriendo agravante de reincidencia , a la pena de prisión de NUEVE meses y UN día e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Que debo condenar y condeno a Victorino a que indemnice a la Cia. de Seguros Zurich en la cantidad de 364,10 por los daños causados en el establecimiento Cocinalux más intereses del art. 576 LEC".

**SEGUNDO.** Contra dicha sentencia se interpuso en tiempo y forma, por la representación procesal de Victorino , recurso de apelación basado en los motivos que se recogen en esta resolución.

**TERCERO.** Remitidos los autos a la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial, fue incoado el correspondiente rollo por diligencia ordenación de fecha 4 de mayo de 2022.

Ha sido ponente la Ilma. Sra. Magistrada Dª María del Pilar Casado Rubio.

## HECHOS PROBADOS

SE ACEPTAN los que constan relatados en la sentencia recurrida añadiendo a los mismos un último párrafo indicando que Victorino presenta una trayectoria de consumo de sustancias psicoactivas de larga duración que ha supuesto su dependencia por el uso de cocaína y alcohol que afectaba levemente a sus capacidades intelectivas y volitivas en el momento de los hechos.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** El recurso de apelación interpuesto por Victorino se fundamenta en que existiría error en la apreciación de la prueba porque del juicio no quedaría acreditado la autoría de los hechos pues entiende que en las declaraciones prestadas por los Agentes de la Policía y de los testigos se evidencian ambigüedades y vaguedades, así como contradicciones a la hora de responder a las preguntas realizadas en el plenario. Así



mismo, expone que las pruebas practicadas no son de cargo como para acreditar la culpabilidad del mismo que no sería prueba suficiente para enervar el principio de presunción de inocencia.

El segundo motivo de apelación es por error en la valoración de la prueba por no apreciarse que era consumidor de cocaína en el momento de los hechos pues así se derivaría del informe del SAJIAD que se ha extendido a lo largo del tiempo y ha desarrollado un trastorno del comportamiento.

**SEGUNDO.** Como hemos declarado en resoluciones precedentes, en la valoración, por el Juez "a quo", de las pruebas practicadas en el acto del juicio oral, juega papel decisivo la inmediación, de la que no dispone este Tribunal. En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1996 ha establecido, en consonancia con la del Tribunal Constitucional de 21 de diciembre de 1989, que la oralidad, la publicidad, la contradicción y sobre todo la inmediación, representan las ventajas del proceso celebrado a presencia de los jueces que ven y oyen lo que ya después otros ojos y oídos no percibirán. Se trata de valorar en la vista los gestos, las actitudes, las turbaciones y las sorpresas de cuantos intervienen en el plenario, todo lo cual permite a aquellos fundar su íntima convicción acerca de la veracidad o mendacidad de las respectivas declaraciones, de manera que así se constituyen en "dueños de la valoración", sin que el Tribunal "ad quem" pueda interferirse en tal proceso valorativo, salvo que se aprecie un error notorio en dicha valoración.

Error que, ya lo avanzamos, no se da en el presente caso en relación con la valoración de la prueba respecto al ilícito cometido.

En cuanto a la invocada vulneración del principio de presunción de inocencia, declara la Sala Segunda que "*la Sentencia del Tribunal Supremo 754/2016, de 13 de octubre, recuerda que el control del respeto al derecho a la presunción de inocencia -tal y como decíamos en las Sentencias del Tribunal Supremo 444/2011, de 4 de mayo; 954/2009, de 30 de septiembre y 49/2008, de 25 de febrero- autoriza a esta Sala a valorar, de una parte, la existencia de prueba de cargo adecuada, de otra, su suficiencia. Pues bien, la prueba es adecuada cuando ha sido obtenida con respeto a los principios estructurales que informan el desarrollo de la actividad probatoria ante los órganos jurisdiccionales. Y la prueba es bastante cuando su contenido es netamente incriminatorio. Además, la Sala de instancia ha de construir el juicio de autoría con arreglo a un discurso argumental lógico, coherente, expresivo del grado de certeza exigido para fundamentar cualquier condena en el ámbito de la jurisdicción penal. Está también fuera de dudas -y así lo recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo 1199/2006, de 11 de diciembre- que el control de racionalidad de la inferencia no implica la sustitución del criterio valorativo del Tribunal sentenciador por el del Tribunal casacional. El juicio de inferencia del Tribunal a quo sólo puede ser impugnado si fuese contrario a las reglas de la lógica o a las máximas de la experiencia*" (ATS 341/19, de 14 de febrero).

En el presente supuesto, el Juzgador de instancia ha contado con material probatorio suficiente para destruir tal presunción, puesto que ha tomado en consideración las declaraciones personales practicadas en el plenario, obviamente, con todas las garantías de oralidad, inmediación y contradicción, propias del juicio oral. La interpretación de la práctica de dichas pruebas ha sido correcta y además explicada en la propia resolución apelada. Por tanto hay actividad probatoria más que suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia pues han declarado los Agentes del Cuerpo Nacional de policía con carné profesional NUM000, NUM001, NUM002 y NUM003, quienes son avisados por la testigo presencial los hechos D<sup>a</sup>. Julia quien también declaró como escucha los golpes en el local, también los propietarios de los establecimientos quienes confirman los daños causados, corroborados documentalmente.

**TERCERO.** Alega el apelante que no participó en los hechos por los que ha sido condenado, y discrepan de la valoración de la prueba practicada. La construcción del recurso de apelación penal como una oportunidad de revisión plena, sitúa al órgano judicial revisor en la misma posición en que se encontró el que decidió en primera instancia.

Sin embargo, cuando la prueba tiene marcado carácter personal, como ocurre en el presente caso, importa mucho, para una correcta ponderación de su persuasividad, conocer la íntegra literalidad de lo manifestado y, además, percibir directamente el modo en que se expresa, puesto que el denominado lenguaje no verbal forma parte muy importante del mensaje comunicativo y es un factor especialmente relevante a tener en cuenta al formular el juicio de fiabilidad.

En el recurso se indica que los testigos han incurrido en contradicciones y ambigüedades, sin concretarse ni cuál de ellos ni en qué habrían consistido las mismas, sin que pueda valorarse por este Tribunal sino se concreta el error cometido respecto a un testigo concreto.

La valoración que hace el Juez de Instancia de la prueba practicada, plasmada en la resolución recurrida, es razonable, coherente, argumentada, y no existe ninguna razón para dar en esta vía distinta validez probatoria que efectuada por el Juez de lo Penal, cuya interpretación es perfectamente compatible con la declaración de hechos probados que resulta de los hechos acreditados, que se infieren de las declaraciones practicadas



en el plenario, como razonadamente se argumenta en la resolución recurrida, por lo que el sustento fáctico argumentado por el recurrente constituye un infructuoso intento de enervar el valor probatorio de que goza la interpretación del material probatorio practicado en el plenario.

**CUARTO.-** Por lo que se refiere a la toxicomanía del mismo, efectivamente consta a los folios 409 a 420 documentación tanto del centro penitenciario como del SAJIAD que evidencian su drogodependencia de larga duración, siendo el informe del SAJIAD, no impugnado por ninguna de las partes de fecha de 1 de agosto de 2019.

Por lo que se refiere a la drogadicción, la jurisprudencia ha considerado que produce efectos exculpatórios cuando se anula totalmente la capacidad de culpabilidad, lo que puede acontecer bien cuando el drogodependiente actúa bajo la influencia directa del alucinógeno que anula de manera absoluta el psiquismo del agente, bien cuando el drogodependiente actúa bajo la influencia de la droga dentro del ámbito del síndrome de abstinencia, en el que el entendimiento y el querer desaparecen a impulsos de una conducta incontrolada, peligrosa y desproporcionada, nacida del trauma físico y psíquico que en el organismo humano produce la brusca interrupción del consumo o la brusca interrupción del tratamiento deshabitador a que se encontrare sometido ( Sentencia de 22 de septiembre de 1999).

La eximente incompleta, precisa de una profunda perturbación que, sin anularlas, disminuya sensiblemente aquella capacidad culpabilística aun conservando la apreciación sobre la antijuridicidad del hecho que ejecuta. No cabe duda de que también en la eximente incompleta, la influencia de la droga, en un plano técnicamente jurídico, puede manifestarse directamente por la ingestión inmediata de la misma, o indirectamente porque el hábito generado con su consumo lleve a la ansiedad, a la irritabilidad o a la vehemencia incontrolada como manifestaciones de una personalidad conflictiva ( art. 21.1ª CP).

Respecto a la atenuante del art. 21.2 CP, se configura la misma por la incidencia de la adicción en la motivación de la conducta criminal en cuanto es realizada a causa de aquella. El beneficio de la atenuación sólo tiene aplicación cuando exista una relación entre el delito cometido y la carencia de drogas que padece el sujeto.

Esta adicción grave debe condicionar su conocimiento de la ilicitud (conciencia) o su capacidad de actuar conforme a ese conocimiento (voluntad).

Por último, cuando la incidencia en la adicción sobre el conocimiento y la voluntad del agente es más bien escasa, sea porque se trata de sustancias de efectos menos devastadores, sea por la menor antigüedad o intensidad de la adicción, más bien mero abuso de la sustancia lo procedente es la aplicación de la atenuante analógica, art. 21.7 CP.

Es asimismo doctrina reiterada de esa Sala SS. 27.9.99 y 5.5.98, que el consumo de sustancias estupefacientes, aunque sea habitual, no permite por sí solo la aplicación de una atenuación, no se puede, pues solicitar la modificación de la responsabilidad criminal por el simple hábito de consumo de drogas, ni basta con ser drogadicto en una u otra escala, de uno u otro orden para pretender la aplicación de circunstancias atenuantes, porque la exclusión total o parcial o la simple atenuación de estos toxicómanos, ha de resolverse en función de la imputabilidad, o sea de la evidencia de la influencia de la droga en las facultades intelectivas y volitivas del Sujeto. En consecuencia, los supuestos de adicción a las drogas que puedan ser calificados como menos graves o leves no constituyen atenuación, ya que la adición grave es el supuesto límite para la atenuación de la pena por la dependencia de drogas.

Es decir, para poder apreciarse la drogadicción sea como una circunstancia atenuante, sea como eximente, aún incompleta, es imprescindible que conste acreditada la concreta e individualizada situación del sujeto en el momento comisivo, tanto en lo concerniente a la adición a las drogas tóxicas o sustancias estupefacientes como al periodo de dependencia y singularizada alteración en el momento de los hechos y la influencia que de ello pueda declararse, sobre las facultades intelectivas y volitivas, sin que la simple y genérica expresión narradora de que el acusado era adicto a las drogas, sin mayores especificaciones y detalles pueda autorizar o configurar circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal en ninguna de sus variadas manifestaciones SSTS 16.10.00, 6.2, 6.3 y 25.4.01, 19.6 y 12.7.02).

La citada doctrina no es sino afirmación del reiterado criterio jurisprudencial de que las circunstancias modificativas de la responsabilidad han de estar acreditadas como el hecho típico de que dependen ( SSTS 15.9.98, 17.9.98, 19.12.98, 29.11.99, 23.4.2001, STS. 2.2.200, que cita STS. 6.10.98, en igual línea SSTS. 21.1.2002, 2.7.2002, 4.11.2002 y 20.5.2003, que añaden que no es aplicable respecto de las circunstancias modificativas el principio "in dubio pro reo") ( STS 1029/2010, de 1 de diciembre).

En el caso presente, la prueba practicada si permite considerar acreditado que Victorino tenía afectadas o alteradas sus facultades cognitivas y volitivas en el momento de los hechos, pues en el informe del SAJIAD, y por tanto objetivo e imparcial de dos meses antes del mismo ya se indica que tiene una toxicomanía de



larga duración y que ello le genera dependencia a la cocaína y alcohol a la fecha en que se realiza dicho informe tenía 38 años y su historial de consumo se inicia con catorce o quince años y se agrava a los veintiséis o veintisiete con el fallecimiento de sus padres, concluyendo en el mismo que "El peritado presenta una trayectoria de consumo de sustancias psicoactivas que ha supuesto el desarrollo de un trastorno mental y del comportamiento (dependencia) por el uso de cocaína y alcohol, esta adición conlleva la atenuación de la pena del artículo 21.7 en relación con el 21.2 y 20.2 del Código Penal conforme a la jurisprudencia aplicada y por ello se debe estimar el recurso en este sentido.

**QUINTO.-** La concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia y la atenuante de drogadicción analógica conlleva respecto a la aplicación de las penas y de conformidad con lo previsto en el artículo 66.1 regla séptima del Código Penal, que ambas se compensen por lo que en lugar imponerse en su mitad superior (en el mínimo legal como realiza la sentencia) debe establecerse en su mitad inferior seis meses y un día al ser tentativa.

Por todo ello se estima parcialmente el recurso interpuesto declarando de oficio las costas de esta alzada.

## FALLO

SE ESTIMA PARCIALMENTE el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Victorino , contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado - Juez del Juzgado de lo Penal núm. 6 de MÓSTOLES con fecha 11 de noviembre de 2021 en el procedimiento abreviado 214/2020, APRECIÁNDOSE la circunstancia modificativa de la responsabilidad, junto con la reincidencia ya aplicada, de la atenuante analógica del artículo 21.7 en relación con el 21.2 y 20.2 del Código Penal y en consecuencia se impone una pena de SEIS MESES Y UN DÍA, declarando de oficio las costas causadas en esta alzada.

Notifíquese a las partes la presente sentencia, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de casación por infracción de ley del motivo previsto en el nº 1 del art. 849 de la LECRIM. Líbrese testimonio de esta sentencia y remítase juntamente con los autos principales al Juzgado de procedencia para que se lleve a efecto lo acordado.

Así por ésta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, 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.