



Roj: **SAP M 13509/2016 - ECLI:ES:APM:2016:13509**

Id Cendoj: **28079370232016100606**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **23**

Fecha: **28/10/2016**

Nº de Recurso: **1339/2016**

Nº de Resolución: **646/2016**

Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**

Ponente: **MARIA DE LOS ANGELES MONTALVA SEMPERE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJP, Madrid, núm. 21, 28-06-2016,
SAP M 13509/2016**

Sección nº 23 de la Audiencia Provincial de Madrid

C/ de Santiago de Compostela, 96 , Planta 9 - 28035

Teléfono: 914934646,914934645

Fax: 914934639

GRUPO 9

37051540

N.I.G.: 28.079.00.1-2016/0187150

251658240

Apelación Sentencias Procedimiento Abreviado 1339/2016

Origen :Juzgado de lo Penal nº 21 de Madrid

Procedimiento Abreviado 436/2014

Apelante: D. /Dña. Marina y D. /Dña. Valle

Procurador D. /Dña. MANUEL MARTINEZ DE LEJARZA UREÑA

Letrado D. /Dña. FAUSTO DEL CASTILLO FERNANDEZ y Letrado D. /Dña. ANA PATRICIA SANZ VALDIVIA

Apelado: D. /Dña. Caridad y D. /Dña. Severiano y D. /Dña. MINISTERIO FISCAL

Procurador D. /Dña. CAROLINA PEREZ-SAUQUILLO PELAYO

Letrado D. /Dña. SANTIAGO CASARES GARCIA

S E N T E N C I A N º 646/16

EN NOMBRE DE S. M EL REY

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS

Dª MARIA RIERA OCARIZ

D. CELSO RODRIGUEZ PADRON

Dª MARÍA DE LOS ÁNGELES MONTALVÁ SEMPERE.-

En Madrid, a veintiocho de octubre de 2016.-



VISTOS ante esta Audiencia Provincial en grado de apelación los Autos: Juicio Oral nº 436/2014 seguidos ante el Juzgado de lo Penal nº 21 de los MADRID, sobre Delito de ROBO CON VIOLENCIA, siendo apelantes en esta instancia las acusadas Marina y Valle representadas por el/la Procurador/a Sr/a Martínez de Lejarza Ureña con intervención del Ministerio Fiscal, designada **Ponente** la Ilma. Sra. Magistrada D^a MARÍA DE LOS ÁNGELES MONTALVÁ SEMPERE y:

ANTECEDENTES DE HECHO.-

PRIMERO.- Por el citado Juzgado se dictó Sentencia de fecha 28 de junio 2016 , cuya Parte Dispositiva dice así:

"Que debo condenar y condeno a Marina y Valle como autores de un delito intentado de robo con intimidación y violencia de menor entidad del art. 242.1 y 3 del C. Penal a la pena, a cada una de ellas, de seis meses de prisión en inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como a indemnizar, conjunta y solidariamente, a Caridad en la cantidad de 300 euros por las lesiones, a razón de 100 euros por cada día de curación impeditivo para sus ocupaciones habituales, y a indemnizar a Severiano en la cantidad de 150 euros por sus lesiones a razón de 50 euros por cada día de curación no impeditivo para sus ocupaciones habituales, así como en el valor de los daños en la cadena de su propiedad que se tasen en ejecución de sentencia y en el valor del crucifijo perdido que se tase en ejecución de sentencia, con los intereses legales hasta el día del pago y con condena al pago de las costas del juicio correspondientes.

Asimismo, debo absolver y absuelvo a Marina y a Valle en relación con las dos faltas de lesiones del art. 617.1 del C.Penal de que venían siendo acusadas, al retirar el Ministerio Fiscal la petición de responsabilidad penal, en virtud de la Disposición Transitoria IV de la LO 1/2015 .

Procede el levantamiento del depósito que pesaba sobre los efectos sustraídos con entrega definitiva a su propietaria"

SEGUNDO .-Interpuesto recurso de apelación por las acusadas, alegan como motivos los expuestos en su escrito de apelación presentado ante el Juzgado de lo Penal nº 21 de los de Madrid, escrito que se da íntegramente por reproducido.

TERCERO .- Tramitado el presente recurso de apelación, con arreglo a derecho, se señaló fecha para su votación y fallo: 24 de octubre de 2016 y tras su deliberación quedó el recurso pendiente de resolución.

HECHOS PROBADOS.-

Se aceptan y dan por reproducidos los expresados en la Sentencia apelada siendo los siguientes:

"Se declara probado que las acusadas Marina , mayor de edad y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia y Valle , mayor de edad y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, puestas previamente de acuerdo y actuando con un ánimo de enriquecimiento ilícito, se personaron en el establecimiento "Primarck" sito en la calle Calderilla s/n de la localidad de Madrid, y aprovechando un descuido de los empleados, se apoderaron de diversos efectos que introdujeron en una bolsa, abandonando el establecimiento sin abonar las prendas. Caridad , vigilante de seguridad del local, que las había observado por el sistema de cámaras de seguridad, les dio el alto, solicitándoles el ticket de compra, ante lo cual ambas acusadas empezaron a correr con los objetos sustraídos hasta llegar al parking del establecimiento, donde Marina abrió el vehículo de su propiedad a fin de intentar huir con los efectos sustraídos. En ese momento fueron alcanzadas por la vigilante Caridad , a la que ambas empezaron a insultar y amenazar de muerte, para proceder seguidamente Marina a dar patadas y propinar puñetazos a la referida Caridad , permaneciendo Valle impassible ante la agresión por parte de su acompañante.

Seguidamente acudieron al parking dos vigilantes del Centro comercial en que se ubicaba en parking, intentando detener la agresión de que estaba siendo objeto Caridad por parte de Marina , iniciando en ese momento Marina un forcejeo con Severiano , al que propinó un golpe en la mandíbula, arrancándole en el forcejeo un colgante del cuello, rompiéndose la cadena y perdiéndose el crucifijo que llevaba. Asimismo, le causó daños en el uniforme de trabajo.

La agresión cesó al personarse en el lugar la policía nacional, que procedió a la detención de las acusadas, recuperando los efectos sustraídos, que fueron tasados en la cantidad de 190 euros y devueltos a su propietaria en calidad de depósito.

Como consecuencia de los hechos Caridad sufrió lesiones consistentes en contusión en zona frontal, habiendo precisado para su curación la primera asistencia facultativa, curando en tres días, todos ellos impeditivos para sus ocupaciones habituales.



Severiano sufrió lesiones consistentes en contusión en la hemicara izquierda, curando en tres días, ninguno de ellos impeditivo para sus ocupaciones habituales, habiendo precisado únicamente la primera asistencia facultativa para su curación.

Los daños causados en el uniforme de trabajo de Severiano y en la cadena de su propiedad y el crucifijo perdido no han sido tasados".

FUNDAMENTOS DE DERECHO.-

PRIMERO .- Apelan sendas acusadas y en apoyo de sus pretensiones, resumidamente, alegan los siguientes motivos: 1/ *Solicitan su libre absolución por falta de tipicidad por cuanto no puede aplicarse la redacción vigente del artículo 237 dado que los hechos son de fecha 26 de julio de 2012.* 2/ *Error en la apreciación de la prueba y vulneración del principio de presunción de inocencia. Respecto de la acusada Valle ha quedado acreditado que no ejerció violencia o intimidación cuando sustrajo un artículo de ropa sin abonar, resultando que el delito de robo con violencia o intimidación exige una actuación directa. Si se le absuelve del delito de robo al no ejercer acusación subsidiaria para que fuera condenada por delito de hurto, no cabe mantener la responsabilidad civil solidaria con la otra acusada. Y respecto de esta: Marina , la descripción de los hechos solo permite apreciar un supuesto de lo que se conoce como violencia sobrevenida, no estando la agresión orientada a consumir la sustracción sino a conseguir en s caso, marcharse del lugar. Sin que quepa transmutar el hurto en robo con violencia dado que cuando la acusada Marina , ejecuta los actos violentos ya no prosigue con la intención de sustraer las prendas pues a continuación se frustró con la presencia y oposición de la víctima (Vigilante de Seguridad) que la llevó a desistir de su acción. Por todo ello el delito intentado ha de ser tipificado de hurto y no de robo con violencia por lo que ha de aplicarse el tipo penal del artículo 234.1 CP , en relación con los artículos 16.2 y 62 CP . También cabe que se anule su condena y sea absuelta por lo que no cabría mantener las correspondientes responsabilidades civiles.*

SEGUNDO .- Se plantea una cuestión netamente jurídica, aun cuando la petición es confusa, pues pese a combatir la calificación y argumentar que se trataría de un delito leve de hurto, se solicita la libre absolución de las acusadas bien por falta de tipicidad, bien por invocación del principio acusatorio, obviando la recurrente que se trataría en todo caso de delitos homogéneos. En ese sentido, la Jurisprudencia entiende que no se produce vulneración del principio acusatorio cuanto el delito por el que se acusa y aquél por el que se condena son homogéneos; y, para apreciar homogeneidad, el Tribunal Supremo viene estableciendo unas pautas que no derivan de la comprobación de las descripciones típicas; no derivan de la mera comparación en abstracto de los rasgos estructurales de dos tipos penales para verificar su simetría en el plano formal, sino de valorar si el acusado ha tenido o no ocasión de defenderse adecuadamente de la acusación. Además, la homogeneidad está destinada a cumplir un papel eminentemente procesal que consiste en la comprobación de si en el caso concreto pudo el acusado defenderse desde la perspectiva de una condena con apoyo en el precepto que, en realidad, habría debido invocarse al solicitar la condena, y ello se determina atendiendo, además de a la descripción del hecho objeto de acusación, a si los tipos penales que son objeto de acusación y condena están incluidos en el mismo título del C. Penal, si su estructura es semejante y si el bien jurídico que los tipos de que se trate protegen, es o no idéntico, examinando el ánimo tendencial. Vamos a analizarlo.

TERCERO .- Queda incólume el relato fáctico, según el cual, las acusadas, *puestas previamente de acuerdo* y actuando con ánimo de enriquecimiento ilícito, estando en el establecimiento dedicado a venta de ropa: "Primarck" y aprovechando el descuido de sus empleados, se apoderaron de prendas y otros objetos, que introdujeron en una bolsa, tras lo cual abandonan la tienda sin pagar. Una de las vigilantes de seguridad, que ya las había visto a través de las cámaras de seguridad, les dio el alto y les pidió el ticket de compra, tras lo cual, emprenden huida, logrando llegar hasta el parking del establecimiento, donde la coacusada logró abrir la puerta de su vehículo para intentar marcharse con los objetos sustraídos, sin que la vigilante dejara de perseguirlas, llegando a alcanzarlas, momento en que ambas la insultan y amenazan para seguidamente Marina , emprenderla a patadas y puñetazos con ella, permaneciendo impasible la coacusada Valle . Tras acudir al parking otros dos vigilantes de seguridad la acusada Marina también agrede a otro de ellos, a quien además causa daños en su uniforme, cesando los hechos al personarse en el lugar la policía nacional que procede a detenerlas.

Este es el resumen de la relación histórica. Veamos su calificación jurídica: se les condena como autoras de un delito intentado de robo con violencia e intimidación de menor entidad ex artículo 242.1 y 3 del CP , calificación que se va a mantener. En efecto, nuestro Alto Tribunal (STS de 19 Nov.2004 , entre otras) señala que, la violencia o intimidación cualificativa del robo, no es necesario que se conecte de manera inmediata y sin solución de continuidad con el apoderamiento, sino que es suficiente con que se presente tanto antes, como durante o después de la aprehensión de la cosa... Basta con que el apoderamiento tenga lugar en el contexto de una

situación de fuerza física, ejercida sobre la persona que finalmente resulta despojada de sus bienes, atendido que no se pone en marcha una actuación inocua o aséptica para apoderarse de lo ajeno.

Además y como así resalta un sector de la doctrina, en tanto el apoderamiento no se haya consumado, cabe que lo que simplemente era un hurto se transforme en robo con violencia. Por eso y por ejemplo, en los casos de huida del carterista después de haber cometido un hurto, éste se puede convertir todavía en robo con violencia si el carterista hace uso de un arma, en ese caso, el hecho se transforma automáticamente en robo con violencia, pues el apoderamiento aún no se había consumado, entendiéndose por tal la disponibilidad de la cosa mueble y no su simple apoderamiento.

Se puede decir, por tanto, que para dar lugar a un robo con violencia o intimidación en las personas no es preciso que la violencia o intimidación se emplee en el momento de la sustracción, sino que basta con que esté presente (en la relación de medio a fin ya descrita) en cualquier momento previo a la consumación del delito o, como se dice en el Acuerdo del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2000, «cuando la violencia se ejerce durante el proceso de apoderamiento de los bienes sustraídos».

Lo hasta aquí razonado es aplicable a la resolución del recurso interpuesto si consta plenamente acreditado con prueba cuya valoración no va a rectificar la sala que, las recurrentes se apoderan de prendas y objetos del establecimiento antedicho, y cuando la vigilante de seguridad las descubre y las sigue, resulta agredida por la acusada Marina .

De entre la jurisprudencia menor y para supuesto equiparable: Sentencia dictada en rec. 396 / 13, por la Audiencia Provincial de Albacete, Sección 2^a.

El motivo fenece.

CUARTO .- Respecto de la coacusada, Valle , su participación deriva del concierto de voluntades de los autores como reitera nuestro Tribunal Supremo (SSTS 1139/2005 de 11 de Nov ., 1460/2004 de 9 de Dic , entre otras muchas), cabe hablar de "acuerdo previo" ("pactum scaeleris y reparto de papeles) cuando los autores se han puesto de acuerdo para la comisión del hecho, y participan en función de un plan convenido, con independencia del alcance objetivo de su respectiva participación. Pero también cabe hacerlo cuando, *dándose la posibilidad de interrumpir a voluntad el desarrollo de los hechos, se sigue actuando y dejando actuar a los demás* . De este modo, cuando todos realizan coetáneamente los hechos que determinan la aplicación de un tipo penal concreto, alcanzará a todos ellos sus efectos...Cada coautor no responde por lo que ha realizado individualmente sino cada uno, por el conjunto de lo ejecutado por él y de lo ejecutado por los demás, es decir, por la totalidad, pudiendo hablarse de un *condominio funcional del hecho*, acreditándose que existió un acuerdo previo y posterior del que deben responder todos los acusados.

Por todo ello, existe suficiente prueba como para enervar el derecho constitucional a la presunción de inocencia que recordemos, se traduce en el derecho de todo acusado a ser absuelto si no se ha practicado una mínima prueba de cargo acreditativa de los hechos motivadores de la acusación y de la intervención en los mismos del inculpado, existiendo en el caso actualmente revisado prueba que supera y con creces, ese "mínimo" exigible.

QUINTO .- El recurso se desestima con imposición a los apelantes de las costas causadas en la alzada.

Vistos los anteriores preceptos legales y demás de general y pertinente aplicación:

FALLAMOS:

DESESTIMAMOS el Recurso de Apelación formulado por la representación procesal de las acusadas Marina y Valle contra la Sentencia de fecha 28 de junio de 2016, dictada por el Juzgado de lo Penal nº 21 de los de Madrid , Autos: Juicio Oral nº 436/14 y en consecuencia: **CONFIRMAMOS** la misma en su integridad con declaración de oficio de las costas causadas en la alzada.

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y a las demás partes procesales, en la forma prevenida en el artículo 248.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

Contra la presente no cabe recurso ordinario alguno.

Así por ésta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación al Rollo de su razón, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E /

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior resolución a . Doy fe.