

JUZGADO DE LO PENAL Nº 5 DE SEVILLA

JO 60/2014

SENTENCIA Nº 125/2014

En Sevilla a 26 de marzo de 2014

Se ha visto Juicio Oral y Público por Doña María José Cuenca Bonilla , Magistrado-Juez, del Juzgado de lo Penal número cinco de Sevilla , diligencias de Procedimiento Abreviado 143/2013 procedente del Juzgado de Instrucción nº 5 de Sevilla por delito de robo con intimidación, falta de lesiones, delito de daños y delito contra la seguridad del tráfico contra **DON JOSE FERNANDO ORTEGA MOHEDANO, , con D.N.I. XXXX nacido el día 17.06.93**, hijo de xxx y xxx , sin antecedentes penales , representado por el Procurador Don Pedro Ruiz Torres y defendido por la Letrada Doña Esperanza Lozano Contreras **DON ISAAC FERNÁNDEZ COLINA, con D.N.I. nºxxxxx, nacido el día 12.10.90** , hijo de xxx y de xxxx , con antecedentes penales representado por el Procurador Don Ismael Belhadj-Ben Gómez ,y defendido por la Letrada Doña Mónica Gallardo Bejarano **DON FRANCISCO SANTOS COLOMERA , con D.N.I. nº xxxx, nacido el día 19.07.94**, hijo de xxxx y xxxx, con antecedentes penales, representado pro la Procuradora Doña Inmaculada Ruiz Lasida y defendido por la Letrada Doña Francisca Vera Luque, **DON ELOY ROMERO TRAVERSO , con D.N.I. nº xxxxx, nacido el día 21.09.86** , hijo de xxxx y xxx, sin antecedentes penales representado por la Procuradora Doña Inmaculada Ruiz Lasida y defendido por la Letrada Doña Alicia Carrasco Jimenez **DON JOSE ANGEL SANVICENTE AGUILAR, con D.N.I. nº xxxxx nacido el día 03.02.91**, hijo de xxxx y xxxx, con antecedentes penales representado por el Procurador Don Francisco Javier Velasco Calderón y defendido por el Letrado Don Pablo Domínguez Romero y **DON IVAN NÚÑEZ BORREGO , con D.N.I. nº xxxx nacido el día 27.1.94**,

hijo de xxxx y xxxx , sin antecedentes penales, representado por la Procuradora Doña Macarena Peña Camino y defendido por el Letrado Don José Luis Alcaraz Sánchez-Cañaveral, siendo parte el Ministerio Fiscal e interviniendo como acusación particular Don Jonathan Vázquez Antúnez representado por la Procuradora Doña Teresa Blanco Bonilla y defendido por el Letrado Don Manuel Manzaneque García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Registrada que fue la presente causa y tras la admisión de las pruebas propuestas por las partes que se consideraron pertinentes, se señaló día para la celebración de vista oral a los fines de resolver cuestiones previas que tuvo lugar en la Sala de Audiencias de este Juzgado el día 19 de febrero de 2014

SEGUNDO.- Citadas las partes a la continuación de la vista oral el día 14 de marzo, se practicó la prueba propuesta y admitida tras lo cual El Ministerio Fiscal calificó los hechos como constitutivos de un **delito de robo con violencia del artículo 242.1 CP**, del que estimó responsables a Francisco Santos Colomera , Jose Fernando Ortega Mohedano, Isaac Fernández Colina y Eloy Romero Traverso , concurriendo la agravante de abuso de superioridad del artículo 22.2 CP respecto de los cuatro acusados, la atenuante de reparación del daños del artículo 21.5 C.P. respecto de Francisco Santos Colomera , Jose Fernando Ortega Mohedano, Isaac Fernández Colina y la atenuante de analógica de colaboración con la Justicia del artículo 21.7 en relación con el 21.4 CP respecto de Jose Fernando Ortega Mohedano , solicitando para éste último la pena de dos años y seis meses de prisión , para Isaac Fernández Colina y Francisco Santos Colomera, la pena de tres años de prisión y para Eloy Romero Traverso la pena de tres años y seis meses de prisión ; **una falta de lesiones del artículo 617.1 CP**, de la que estimó responsables a Francisco Santos Colomera , Jose Fernando Ortega Mohedano, Isaac Fernández Colina y Eloy Romero Traverso , solicitando la pena de dos meses de multa a razón de seis euros día , con aplicación de los dispuesto en el artículo 54 CP en caso de impago; **un delito de daños del artículo 263 CP** del que estimó responsables a José Fernando Ortega Mohedano, Isaac Fernández Colina e Iván Núñez Borrego, concurriendo la atenuante de

reparación del daño respecto de los tres acusados, la atenuante analógica de colaboración con la justicia respecto de Jose Fernando Ortega y la agravante de reincidencia respecto del acusado Isaac Fernández Colina ,solicitando para Jose Ortega Mohedano la pena de seis meses de prisión, y para Isaac Fernández Colina e Iván Núñez Borrego la pena de un año de prisión y un **delito contra la seguridad del tráfico del artículo 384 CP** del que estimó responsable a **Jose Fernando Ortega Mohedano** concurriendo la atenuante analógica de colaboración con la justicia como atenuante analógica solicitando la pena de 12 meses de multa con cuota diaria de seis euros .

Asimismo interesó la prohibición a Francisco Santos Colomera , Jose Fernando Ortega Mohedano, Isaac Fernández Colina y Eloy Romero Traverso , de acercarse a José Jonathan Vázquez Antúnez a una distancia inferior a 200 metros y de comunicar con él por cualquier medio durante cuatro años.

En concepto de responsabilidad civil interesó que Francisco Santos Colomera , Jose Fernando Ortega Mohedano, Isaac Fernández Colina y Eloy Romero Traverso indemnizaran a José Jonathan Vazquez Antúnez en la cantidad de 500 euros por las lesiones y en 919,15 euros por los objetos y dinero sustraídos y a la compañía Balumba en la cantidad de 8600 euros . De esta última cantidad responde también Iván Núñez Borrego .

La acusación particular calificó los hechos como constitutivos de un **delito de robo con violencia del artículo 242.1 CP**, del que estimó responsables a Francisco Santos Colomera , Jose Fernando Ortega Mohedano, Isaac Fernández Colina y Eloy Romero Traverso , a título de autores y a Jose Angel Sanvicente Aguilar a título de encubridor, concurriendo la agravante de abuso de superioridad del artículo 22.2 CP , la atenuante de reparación del daño del artículo 21.5 CP y la atenuante de confesión del artículo 21.4 CP, respecto de Francisco Santos Colomera , Jose Fernando Ortega Mohedano, Isaac Fernández Colina y Jose Angel Sanvicente Aguilar ,solicitando para Francisco Santos Colomera , Jose Fernando Ortega Mohedano, Isaac Fernández Colina la pena de dos años de prisión , para Eloy Romero Traverso la pena de dos años y seis meses de prisión , y para Jose Angel Sanvicente Aguilar la pena de 8 meses de prisión ,una **falta de lesiones del artículo 617.1 CP**, del que estimó responsables a Francisco Santos Colomera , Jose Fernando Ortega Mohedano, Isaac Fernández Colina y Eloy Romero Traverso , a título de autores y a Jose Angel Sanvicente Aguilar a título de encubridor solicitando la pena de 30 días de multa a razón de cuatro euros día, con aplicación de lo dispuesto en el artículo 54 CP en caso de impago para Francisco Santos Colomera , Jose Fernando Ortega Mohedano, Isaac Fernández Colina, un mes de multa con cuota diaria de seis euros para Eloy Romero Traverso y diez días de multa a razón de cuatro euros diarios para Jose Angel Sanvicente Aguilar, **un delito de daños del artículo 263 CP** del que estimó responsables a Jose Fernando Ortega Mohedano, Isaac Fernández Colina e Iván Núñez Borrego concurriendo la atenuante de reparación del daño ,solicitando para Jose Ortega Mohedano ,Isaac Fernández Colina e Iván Núñez Borrego la pena de 45 días de trabajos en beneficio de la comunidad y un **delito contra la seguridad del tráfico del artículo 384 CP** del que estimó responsable a **Jose**

Fernando Ortega Mohedano concurriendo la atenuante de confesión, solicitando la pena de 45 días de trabajos en beneficio de la comunidad .

Asimismo interesó la prohibición a Francisco Santos Colomera , Jose Fernando Ortega Mohedano, Isaac Fernández Colina Eloy Romero Traverso , y Jose Angel Sanvicente Aguilar de acercarse a Jose Jonathan Vázquez Antúnez a una distancia inferior a 500. En concepto de responsabilidad civil solicitó que se tuviera por satisfecha la responsabilidad civil por parte de los acusados.

El actor civil, compañía Balumba se adhirió a la calificación del Ministerio Fiscal.

Por la defensa de Don Eloy Romero Traverso se solicitó la absolución de su defendido .

La letrada de Don José Fernando Ortega Mohedano interesó la condena de su defendido como autor de un delito de robo con violencia previsto en el artículo 242.1 C P, una falta de lesiones del artículo 617.1 CP ,y un delito contra la seguridad vial del artículo 384 CP , concurriendo la atenuante analógica de confesión y colaboración con la justicia del artículo 21.4 CP en relación con el artículo 21.7 CP, (que para el delito contra la seguridad vial operaría como muy cualificada) , la atenuante muy cualificada de reparación del daño prevista en el artículo 21.5 CP , y la atenuante de drogadicción del artículo 21.2 CP , interesando la pena de nueve meses de prisión por el delito de robo con violencia y la pena de 20 días de trabajos en beneficio de la comunidad por el delito contra la seguridad vial.

Por la Letrada de Don Isaac Fernández Colina se solicitó la condena de su defendido como autor de un delito de robo con violencia del artículo 242.1 CP y una falta de lesiones del artículo 617 CP, concurriendo las circunstancias atenuantes de drogadicción prevista en el artículo 21.2 CP, de reparación del daño prevista en el artículo 21.4 CP y de confesión del artículo 21.4 CP ,a la pena de un año de prisión por el delito de robo con violencia y la multa de un mes con cuota diaria de tres euros por la falta de lesiones.

Por la letrada de Don Francisco Sánchez Colomera se solicitó la condena de su defendido como autor de un delito de robo con violencia del artículo 242.1 CP y una falta de lesiones del artículo 617 CP concurriendo la atenuante de drogadicción prevista en el artículo 21.2 CP , la de reparación del daño del artículo 21.5 CP y la analógica de confesión , al a pena de seis meses de prisión .

La defensa de José Angel Sanvicente Aguilar interesó la absolución de su defendido .

La defensa de Iván Núñez Borrego se adhirió a la calificación de la Acusación particular.

TERCERO.- En la tramitación del presente procedimiento, se han observado las prescripciones legales.

HECHOS PROBADOS

Sobre las 5.50 horas del día 2 de noviembre de 2013 Francisco Santos Colomera , Jose Fernando Ortega Mohedano, Isaac Fernández Colina, Jose Angel Sanvicente Aguilar y Eloy Romero Traverso , estaban en el Club nocturno Rey 2000 sito en Castilleja de la Cuesta (Sevilla) celebrando la festividad de Halloween habiendo consumido alcohol y drogas .

José Jonathan Vázquez Antúnez , quien se encontraba en el mismo local desde las 23.00 horas y había consumido alcohol, en un momento de la noche empezó a llamar la atención y a molestar a los clientes del local , por lo que el encargado del mismo dijo al camarero que no le sirviera más alcohol.

José Jonathan derramó la bebida que Francisco Santos Colomera consumía y ambos tuvieron un enfrentamiento en el que Francisco dio un puñetazo a José Jonathan en el rostro . José Jonathan arrojó el vaso que llevaba a Francisco y huyó corriendo. José Jonathan fue perseguido por Francisco Santos , Jose Fernando Ortega Mohedano , e Isaac Fernández Colina ; uno o dos de ellos corriendo y los otros usando un vehículo Nissam Primera . Uno de ellos, que le perseguía corriendo, le lanzó una piedra que le golpeó en la mano izquierda.

Le alcanzaron los tres en la calle Camilo José Cela y comenzaron a agredirle propinándole golpes y empujones y una vez en el suelo Francisco Santos dijo "quitadle el móvil, el dinero y todo lo que lleve"y José Fernando le registró los bolsillos del pantalón y le quitó dos teléfonos móviles ,uno marca HTC wildfire propiedad de la víctima y otro marca Sansung Galaxi propiedad de su padre, la cartera con documentación personal , 15 euros ,y un llavero con las llaves del domicilio y del vehículo Audi A3 6589-FNC propiedad de Jose Luis Vázquez Espinosa, marchándose a continuación hacia el local Rey 2000 donde recogieron a una tercera persona que había venido con ellos y no participó en los hechos descritos, yéndose en el vehículo Nissam todos menos los acusados José Fernando e Isaac que utilizando las llaves sustraídas se hicieron con el Audi A3 de José Jonathan Vázquez Antúnez .

Como consecuencia de la agresión Jose Jonathan Vázquez Antúnez tuvo lesiones consistentes en herida inciso contusa en mano izquierda ,hematomas múltiples en piernas, hematoma retro-auricular derecho y hematoma en codo izquierdo, lesiones de las que tardó en curar siete días dos de los cuales fueron

impeditivos par el ejercicio de su actividad habitual, habiendo precisado medidas asistenciales de índole sintomática .

El 5 de noviembre de 2013 José Fernando Ortega Mohedano conducía el vehículo Audi 6589FNC, pese a carecer de licencia o permiso que le habilite para ello por no haberlo obtenido nunca, acompañado de Isaac Fernández Colina y de Iván Núñez Borrego, cuando el vehículo se salió de la vía por su margen derecho y volcó. Sus ocupantes resultaron ilesos y usando un bidón de gasolina prendieron fuego al vehículo que quedó calcinado, así como las pertenencias que la víctima tenía depositadas en el maletero, consistentes en tres raquetas de padel y vestimenta deportiva de competición.

José Luis Vázquez Espinosa ha sido indemnizado por la compañía aseguradora Balumba por el valor del vehículo de su propiedad Audi 6589FNC en 8.600 euros.

El teléfono Samsung Galaxy S2 ha sido tasado en 229 euros y el resto de objetos pertenecientes a Jonathan tanto los personales como los que llevaba en el vehículo han sido tasados en 904,15 euros.

José Jonathan Vazquez Antúnez ha sido indemnizado en la cantidad de 10.000 euros.

José Fernando Ortega reconoció los hechos desde la primera declaración ante la Guardia Civil aportando datos a la investigación que facilitaron la actuación de la justicia.

José Fernando Ortega Mohedano, e Ivan Núñez Borrego carecen de antecedentes penales .

Isaac Fernández Colina ha sido ejecutoriamente condenado en sentencias firmes de fecha 25 de octubre de 2011 y 14 de noviembre de 2011 por sendos delitos de daños .

Francisco Santos Colomera ha sido ejecutoriamente condenado en sentencia firme de fecha 1 de agosto de 2012 por delito de conducción si permiso .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El principio de presunción de inocencia, en cuanto verdadero derecho fundamental basado en una previsión normativa de rango superior (artículo 24.2 C.E ., vinculante por todos los poderes públicos y en particular para el judicial, ha sido objeto de una abundantísima jurisprudencia que ha desarrollado su alcance y contenido, pudiendo, en síntesis, afirmarse que para desvirtuar dicha presunción " iuris tantum", favorable a la inculpabilidad del reo, es necesario:

a) La existencia en la causa de una mínima actividad probatoria practicada con todas las garantías de intermediación, publicidad y contradicción inherentes al proceso penal, lo que exige que la misma se produzca normalmente en el acto del juicio oral.

b) Que además dicha prueba, lícitamente obtenida y practicada con plenas garantías formales, sea materialmente de cargo, esto es, que ofrezca un contenido inculpatario o incriminador, directo o indirecto, suficiente y adecuado para que del mismo se desprenda la realidad de los actos imputados y la participación del acusado estando referida a hechos, datos o circunstancias vinculadas a la estructura típica de la figura delictiva o de los que racionalmente pueda inferirse la participación del reo. Debiendo afirmarse la preferencia de las pruebas practicadas en el plenario sobre las sumariales, pues aun cuando ello no significa que tales actuaciones procesales carezcan de toda eficacia en orden a formar la convicción del Juzgador, esto ha de ser siempre por remisión de la prueba practicada en el juicio oral y en relación con la misma, puesto que es en este acto, cuando puede la acusación presentar las pruebas en condiciones que garanticen el derecho de la defensa a intervenir en ellas y a contradecirlas, con la única excepción de los supuestos de prueba preconstituida y anticipada.

El valor probatorio que deba dársele a la declaración de un procesado, habrá de ser valorada por el Tribunal, conforme a las facultades que le confiere el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , sin que se pueda ver afectada la apreciación en conciencia que en dicho precepto se establece por las limitaciones del criterio que inspira el artículo 406 de dicha Ley . De ahí que, en los casos de contradicción o rectificación de una declaración prestada en la fase inicial del proceso con otra vertida en el acto del juicio oral, pueda hacerse una valoración comparativa de ambas en relación con el alcance de la contradicción o rectificación.

SEGUNDO.- Los hechos declarados probados son constitutivos de un delito de robo con violencia tipificado en los artículos 237 y 242.1 del Código Penal, del que son coautores Francisco Santos Colomera, Jose Fernando Ortega Mohedano e Isaac Fernández Colina.

La coautoría, según doctrina del TS, aparece cuando varias personas, de común acuerdo, toman parte en la ejecución de un hecho típico constitutivo de delito, lo que requiere, en primer lugar, de la existencia de una decisión conjunta, elemento subjetivo de la coautoría, que puede concretarse en una deliberación previa realizada por los autores, con o sin reparto expreso de papeles, o bien puede presentarse al tiempo de la ejecución cuando se trata de hechos en los que la ideación criminal es prácticamente simultánea a la acción o, en todo caso, muy brevemente anterior a ésta, y puede ser expresa o tácita, lo que ocurre en casos como el presente en todos los que participan en la ejecución del hecho demuestran su acuerdo precisamente mediante su aportación.

En segundo lugar, la coautoría requiere una aportación al hecho que pueda valorarse como una acción esencial en la fase ejecutoria, lo que integra el elemento objetivo, y puede tener lugar aun cuando el coautor no realice concretamente la acción nuclear del tipo delictivo, siempre que exista el dominio funcional del hecho en el coautor. Cada coautor, sobre la base de un acuerdo, previo o simultáneo, expreso o tácito, tiene el dominio funcional, que es una consecuencia de la actividad que aporta a la fase ejecutiva y que lo sitúa en una posición desde la que domina el hecho al mismo tiempo y conjuntamente con los demás coautores. Esta es la ejecución conjunta a la que se refiere el Código Penal, añadiéndose que su aportación a la fase de ejecución del delito es de tal naturaleza, según el plan seguido en el hecho concreto, que no resulta prescindible.

En consecuencia, a través del desarrollo del "pactum scaeleris" y del condominio funcional del hecho, cabe integrar en la coautoría, como realización conjunta del hecho, aportaciones no integrantes del núcleo del tipo, que sin embargo contribuyen de forma decisiva a su ejecución.

También el TS señala que la realización conjunta debe estar animada por un dolo compartido, siendo éste, en rigor, el significado que debe darse en determinados casos al previo y mutuo acuerdo que ha sido constantemente exigido para afirmar la existencia de la codelincuencia.

La realización conjunta no supone que todos y cada uno de los elementos del tipo, sean ejecutados por los coautores, sino que lo que es necesario para que se hable de realización conjunta de un hecho y para que el mismo sea atribuido, como coautores, a quienes intervienen en él, es que todos aporten durante la fase de ejecución un elemento esencial para la realización del propósito común. A la

misma consecuencia práctica lleva la utilización del instrumento teórico del dominio del hecho; según esta teoría, son coautores los que realizan una parte necesaria en la ejecución del plan global aunque sus respectivas contribuciones no produzcan el acto estrictamente típico, siempre que, aún no produciéndolo, tengan el dominio funcional del hecho, de suerte que sea este, en un sentido muy preciso y literal, un hecho de todos que a todos pertenezca.

La STS de 20-7-2001 precisa que la autoría material que describe el art. 28 del Código Penal no significa, sin más, que deba identificarse con una participación comisiva ejecutiva, sino que puede tratarse también de una autoría por dirección y por disponibilidad potencial ejecutiva, que requiere el conocimiento expreso o por adhesión del pacto criminal, al que se suma en la consecución conjunta de la finalidad criminal, interviniendo activa y ejecutivamente, o solamente si el caso lo requiere, en función de las circunstancias concurrentes.

En el presente caso Francisco Santos Colomera , Jose Fernando Ortega Mohedano e Isaac Fernández Colina estuvieron en todo momento activamente presentes en la acción delictiva, como manifiesta el perjudicado y es reconocido expresamente por los acusados en el plenario , y así se ha mantenido de forma constante en las declaraciones anteriores, (si bien Francisco e Isaac habían mantenido que únicamente participaron en una pelea, según consta en los folios 94 y 97 de las actuaciones) siendo irrelevante quién fue la persona que registró los bolsillos pues eran varios los que concertadamente le empujaban y golpeaban.

No resulta sin embargo acreditada la participación de Eloy Romero Traverso.

El acusado niega los hechos, y asimismo niegan su participación los coacusados Jose Fernando Ortega , Francisco Santos y Jose Angel Sanvicente sin que pueda apreciarse ninguna motivación espuria en dichas declaraciones exculpatorias . El perjudicado en el acto del plenario señala que fue Eloy la persona que le persiguió corriendo , le lanzó una piedra y luego participó en la agresión junto con tres personas más. Sin embargo es necesario hacer las siguientes consideraciones sobre las distintas versiones ofrecidas por el perjudicado hasta la fecha :

1º) En la denuncia inicial presentada con fecha de 14 de noviembre de 2013 (folio 11) manifiesta que fue agredido por cuatro personas pudiendo aportar que uno de los agresores era *“un varón de complexión gruesa de altura 1,79 m , pelado de forma corta y con rasgos de cara cuadrada”* y que los otros tres eran de complexión delgada con pelo corto. El perjudicado no ofrece ningún rasgo característico de los diferentes agresores más allá de que eran delgados y tenían el pelo corto. En la misma declaración relata los hechos de la siguiente forma : derramó la bebida del señalado como más grueso dentro del local , produciéndose un forcejeo entre ellos en el que Jonathan le arrojó su copa y aquél le lanzó un puñetazo y le persiguió después cuando intentaba huir por la calle Camilo José Cela , lanzándole una piedra que impactó en su mano

izquierda. Posteriormente fue alcanzado en la calle Federico García Lorca por un vehículo de color blanco del que se bajaron tres personas y fue agredido por los cuatro .

2º) En declaración judicial de fecha 22 de noviembre de 2013 afirma igualmente que derramó la copa de un individuo que se encontraba en el local y que se produjo un forcejeo en el que aquél le lanzó un puñetazo y el declarante le arrojó el contenido de su copa y salió corriendo, viendo que un individuo le perseguía y le lanzaba una piedra que le golpeó en la mano y cuando dicha persona le alcanzó apareció un vehículo Nissan blanco del que se bajaron tres individuos que comenzaron a pegarle *“y ahí ya está la persona que inicia la pelea”*(folio 241) .

En la misma declaración manifiesta que unos le pegan y otros le empujan por detrás, que los que le golpean de frente son los dos que ha reconocido en las fotografías de la Guardia Civil (José Fernando Ortega y Francisco Santos) , que los otros forcejean para que los anteriores le puedan pegar y que no llegó a verlos en ese momento, añadiendo que no sería capaz de reconocerlos (folio 242) .

Más adelante afirma que *“ el gordito es quien le persigue y no le da alcance pero cuando gira ve a otra persona que le alcanza”*.

3º) En el acto del plenario manifiesta que tiró la copa de una persona que se encontraba en el club , que éste le lanzó un puñetazo y que él le tiró su vaso para defenderse y echó a correr, persiguiéndole el corpulento y luego uno más alto moreno, afirmando que es Eloy quien le tiró la piedra. Afirma que en este momento sabe que se llama Eloy la persona que le persiguió, pero no le señala entre los acusados en el plenario , haciendo solo referencia a su nombre.

4º) En la diligencia de reconocimiento en rueda que obra al folio 371 reconoció a Eloy Romero Traverso, como la persona *“que se bajó del coche y le dio golpes”*.

En relación a la valoración del testimonio de Don José Jonathan hay que tener en cuenta además que el testigo Don Oscar Alvarez manifiesta en el plenario que la noche de los hechos había estado molestando a los clientes , llamando la atención bailando y que tuvo que decirle al camarero que no le sirviera más copas. Consta igualmente en las actuaciones, en informe sobre las averiguaciones practicadas por la Guardia Civil de fecha 21 de noviembre de 2013, (folio 443) que a las 06.10 horas del día 2 de noviembre de 2013, la patrulla en servicio del puesto de Castilleja de la Cuesta recibió aviso dimanante de la central COC de la Comandancia de la Guardia Civil de Sevilla informando haber recibido llamada desde la gasolinera Europa-1 de la localidad de Castilleja de la Cuesta, comunicando encontrarse en dicho lugar una persona la cual dice haber sido víctima de una agresión y que personados en dicho lugar la patrulla se entrevista con el comunicante pudiendo comprobar que presenta síntomas evidentes de encontrarse bajo los efectos del alcohol y/o drogas. De lo anterior

resulta que el estado de embriaguez en que según los distintos testimonio se encontraba la víctima puede dificultar la capacidad de éste para recordar la forma en que se produjeron los hechos y las personas que intervinieron en los mismos ,sobre todo si se tiene en cuenta que el grupo de amigos formado por Francisco Santos Colomera , Jose Fernando Ortega Mohedano, Isaac Fernández Colina, Jose Angel Sanvicente Aguilar y Eloy Romero Traverso , habían estado juntos en el mismo local que el perjudicado, lo que puede llevar a confusión sobre qué personas del mismo grupo fueron los que efectivamente tomaron parte en la agresión.

En relación al reconocimiento en rueda La STS 17.2.95, señala que "la diligencia de reconocimiento en rueda es una medida de identificación específica del sumario y normalmente inidónea para practicar en el momento del juicio oral, por lo que su validez habrá que referirla al momento en que se llevó a cabo y su reaparición en el plenario puede hacerse por la vía del artículo 726 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que autoriza al Tribunal a realizar el examen de los libros, documentos, papeles y demás piezas de convicción que puedan contribuir al esclarecimiento de los hechos o a la más segura averiguación de la verdad y entre ellos se encuentre según la doctrina de esta Sala las fotografías incorporadas y la diligencia judicial de reconocimiento". En realidad, se considera que es un caso de valoración de una previa declaración especial, realizada por quien reconoce o no a la persona a quien se refiere la rueda, en función de lo que, en sus distintas declaraciones manifieste, como complemento necesario de aquello que la diligencia, en cuanto reconocimiento de una determinada persona, significa.

EL Tribunal Constitucional ha recordado que se trata de "una prueba personal que no sufre transformación por el hecho de su constancia escrita" y que, lógicamente, en cuanto no tiene otro fin que el de "permitir la determinación del inculpado, siendo éste un mero "objeto de la percepción visual de su observador" (ATC 494/1983 , citado por la STC 16.192), necesita el lógico complemento, a efectos de desvirtuar la presunción de inocencia, de la prueba sobre los hechos y actividades imputados a la persona identificada, proporcionado, eventualmente, por la propia testifical (o declaración como coimputado) de quien realizó el reconocimiento, prueba testifical necesariamente complementaria del reconocimiento que "es, por su naturaleza, perfectamente reproducible en el juicio oral, para su debido contraste y contradicción por las partes de forma oral y sin mengua de los derechos de defensa del imputado" siendo "un problema bien distinto que no debe ser confundido con éste,(..) que las declaraciones sumariales, rectificadas en el juicio oral, puedan valorarse como prueba sin infracción alguna del principio de inmediación, cuando quien las ha prestado reconoce durante el juicio oral que tuvieron lugar (ATC 479/1986 , entre otros)".

La diligencia de identificación visual, en sí misma considerada es escasamente fiable, como han puesto de manifiesto los numerosos estudios experimentales llevados a cabo por la sicología forense , lo que nos expone al error judicial en un grado tan elevado, que no se compadece con la protección de la presunción de inocencia ni con la exigencia de que la culpabilidad resulte

demostrada más allá de toda duda razonable .Un alto grado de seguridad rayano en la certeza, esto es, la certidumbre que exige la condena penal, no se alcanzará más que cuando la identificación del imputado basada en rasgos externos se encuentra objetivamente corroborada por otros elementos de prueba, entre los que se encuentran los rasgos físicos que individualizan suficientemente al sujeto (tatuajes, cicatrices... etc.) que no concurren en el presente caso, en el que , como se ha señalado, el perjudicado inicialmente solo pudo ofrecer como datos identificativos de sus agresores que eran delgados y con pelo corto .

Las contradicciones evidentes en las distintas declaraciones realizadas por el perjudicado, quien en el acto del plenario se refirió a “Eloy “ como la persona que le arrojó la piedra pero no fue requerido para que señalara si éste se encontraba entre los acusados, y el estado en que la propia víctima se encontraba la noche de los hechos ,según se ha expuesto anteriormente, impiden alcanzar el necesario grado de certidumbre .

Por último el testigo Sr. Alvarez en el acto del plenario y en plena coincidencia con sus declaraciones anteriores, declara que fue informado de que había una pelea en el exterior y que salió del local pero no vio a nadie y al volver a entrar se cruzó con una persona (a quien reconoció en el plenario como Eloy Romero señalándole entre los acusados) que le preguntó por sus amigos y que estuvo con él hasta que éstos regresaron y le recogieron en el vehículo Nissan .

En la diligencia de reconocimiento en rueda (folio 370) manifestó no reconocer a la persona que estuvo con él en el aparcamiento , pero añadió que “como constitución física le cuadra el número 1 (Eloy Romero) pero que no está seguro.”

Se afirma por la acusación que la intervención de Eloy Romero en los hechos fue mantenida por los acusados Jose Fernando Ortega y Francisco Santos en sus declaraciones judiciales durante la instrucción (folios 97 y 99) . A este respecto hay que señalar que aún admitiendo la eficacia probatoria de la declaración prestada por los coimputados ante el Juzgado de Instrucción nº 12 de Sevilla con fecha 14 de noviembre de 2013, debe recordarse la doctrina que el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo han sentado sobre el valor probatorio de las declaraciones del coimputado. El Tribunal Constitucional (sobre todo a partir de las SSTC 153/1997 y 115/1998) ha afirmado que la declaración de un coimputado es una prueba “intrínsecamente sospechosa” no sólo por la posibilidad de que en la misma concurren móviles espurios, como pueden ser la auto-exculpación o la reducción de la pena, sino porque tal testimonio escasamente puede ser sometido a contradicción y ello porque el coimputado, a diferencia del testigo, no sólo no tiene obligación de decir la verdad sino que puede callar total o parcialmente e incluso mentir en virtud de sus derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable reconocidos en el artículo 24 de la CE que son garantías instrumentales del más amplio derecho de defensa.

No obstante lo anterior en relación a la valoración de las declaraciones del coimputado a los efectos de desvirtuar la presunción de inocencia ha señalado el Tribunal Constitucional (SSTC 34/2006, 230/2007, 102/2008 y 134/2009) que “carecen de consistencia plena como prueba de cargo, cuando siendo únicas, no resultan corroboradas por otras pruebas. La exigencia de corroboración se concreta, por una parte, en que no ha de ser plena, sino mínima y, por otra parte, en que no cabe establecer qué ha de entenderse por corroboración en términos generales, más allá de que la veracidad objetiva de la declaración del coimputado ha de estar avalada por algún hecho, dato o circunstancia externa, debiendo dejarse al análisis caso por caso la determinación de si dicha mínima corroboración se ha producido o no”. Esta tesis de la necesidad de corroboración de la declaración del coimputado es mantenida igualmente por distintas sentencias del Tribunal Supremo como las de fecha 12 de diciembre de 2000, 17 de octubre de 2001, 2 de diciembre de 2003, 23 de julio de 2004, 30 de noviembre de 2004, 31 de mayo de 2006 y de 12 de enero de 2007 entre otras muchas que siguen un criterio invariable.

En el presente caso, no sólo no se cuenta con la debida corroboración , sino que el acusado José Fernando en su primera declaración que obra al folio 51 no hizo referencia alguna a Eloy como uno de los intervinientes en los hechos y en el acto del plenario manifiesta expresamente que no tuvo intervención alguna como así también lo expresa el acusado Francisco Santos.

El mismo pronunciamiento absolutorio cabe realizar respecto de José Angel San Vicente Aguilar (para quien la acusación particular solicita la condena como encubridor de un delito de robo con violencia y una falta de lesiones), ya que no se ha practicado prueba alguna de cargo que acredite su intervención en los hechos. En el plenario Eloy Romero , José Fernando Ortega y Francisco Santos declaran que Eloy Romero no tuvo intervención en los hechos y señalan a José Angel como una de las personas que intervinieron en la agresión. Sin embargo, y aplicando la doctrina anteriormente expuesta , las declaraciones de los coimputados carecen de una mínima corroboración , ya que no se practica prueba alguna de cargo y el acusado hace uso de su derecho a no declarar . Por otro lado las acusaciones no solicitan su condena en concepto de autor, ni instan de conformidad con el artículo 747 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal la suspensión del juicio para una sumaria instrucción complementaria, por lo que se impone el pronunciamiento absolutorio .

TERCERO.- Por lo que se refiere a la falta de lesiones, del relato de hechos probados resulta igualmente la concurrencia de los elementos integrantes del tipo (art 617.1 del CP.) :

- a) Una acción de causar a otra persona por cualquier medio o procedimiento, tanto activo como omisivo, una lesión.
- b) El resultado lesivo mencionado, consistente en un menoscabo de la integridad corporal que requiere para su sanidad de una primera asistencia, distinguiéndose así del delito (art 147 CP) exige que además de

tratamiento médico o quirúrgico, tal y como ocurre en el presente caso donde no consta la existencia de tratamiento médico respecto de las lesiones que sufrió la víctima

- c) Un nexo causal entre el comportamiento o movimiento corporal del agente y el resultado producido de tal modo que aquel sea generante o determinante de este.
- d) El dolo genérico de lesiones "animus laedendi" tendente a menoscabar la integridad corporal, a la salud física o mental del sujeto pasivo sin que sea necesario que el agente se represente un resultado concreto o determinado, surgiendo la infracción penal cuando el hecho consecuencia ha sido directamente querido y también cuando su autor se representó la posibilidad del resultado y la aceptó de algún modo (dolo eventual).

En virtud del reconocimiento de los hechos realizado pro los acusados, la declaración de la víctima y el dato objetivo del parte de lesiones que obra en las actuaciones (folios 16 y 238), resulta acreditado que José Fernando Ortega, Francisco Santos Colomera e Isaac Fernández Colina propinaron golpes y empujones a Jonathan Vázquez Antúnez quien a consecuencia sufrió herida inciso contusa en mano izquierda, hematomas múltiples en piernas, hematoma retro-auricular derecho, hematoma en codo izquierdo, lesiones que no requirieron tratamiento y de las que tardó en curar siete días, dos de los cuales fueron impeditivos par el ejercicio de su actividad habitual.

CUARTO.- El art. 263 CP dispone que "El que causare daños en propiedad ajena no comprendidos en otros títulos de este Código, será castigado con la pena de multa de seis a 24 meses, atendidas la condición económica de la víctima y la cuantía del daño, si éste excediera de 400 euros".

El referido tipo penal recoge un delito eminentemente doloso cuyos elementos son: a) que se cause un daño; b) que lo sea en propiedad ajena; c) que se trate de daños no comprendidos en otros títulos del Código Penal; d) que el agente tenga ánimo o intención de dañar que puede deducirse del detalle en cuanto a la forma en la que se producen los daños.

La acción de dañar cosa ajena exige que el autor sepa que con su acción va a producir un daño en el patrimonio ajeno (elemento cognoscitivo) y, pese a ello, la realiza (elemento volitivo); e) que el importe del menoscabo causado supere la cantidad de 400 euros.

Los acusados Isaac Fernández, Jose Fernando Ortega e Ivan Núñez Borrego reconocen los hechos en el acto del plenario, y se acredita por la documental la realidad de los daños así como su valoración. Sin embargo, en relación con los coacusados Jose Fernando Ortega y Isaac Fernández la destrucción total mediante incendio del vehículo del que ilícitamente se habían apoderado y del que tenían la plena disponibilidad como si fueran propietarios, pertenece a la fase de agotamiento del delito y únicamente produce efectos en orden a la responsabilidad civil. Así se establece entre otras en la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 9 de febrero de 2012 y en la sentencia de la

Audiencia Provincial de Sevilla de 13 de diciembre de 2013, en la que se expresa literalmente “El vehículo de la víctima forma parte del objeto material del robo y, una vez consumado este, su posterior destrucción es un acto de agotamiento del delito que no puede penarse separadamente, al igual que ocurriría con su venta o con su desguace. Tampoco resulta de la prueba que el incendio del coche crease ningún riesgo para las personas, que es la única vía que nos parece posible para sostener una punición separada a título del delito de artículo 266 del Código Penal”.

QUINTO.- Los hechos declarados probados integran un delito contra la seguridad vial previsto en el artículo 384.2 del Código Penal, al haber procedido el acusado Jose Fernando Ortega Mohedano a conducir un vehículo de motor por vía pública careciendo de permiso de conducir, que no consta haya obtenido nunca.

De dicho delito responde penalmente en concepto de autor el acusado, al haber ejecutado de manera libre, personal, voluntaria y directa los hechos integrantes de la mencionada infracción penal. Así se desprende del conjunto de pruebas articuladas en el acto de la vista oral, y muy especialmente del propio reconocimiento por parte del acusado .

SEXTO.- Circunstancias modificativas de la responsabilidad .

1º) Solicita en primer lugar la defensa de los acusados la aplicación de la atenuante de drogadicción prevista en el artículo 21.2 CP . Al respecto hemos de recordar , como señala reiteradamente el Tribunal Supremo (SSTs. 282/2004 de 1.3 , 1217/2003 de 29.9 , 1149/2002 de 20.6 , 1014/2000 de 2.6 y S.T.S. 2-7-2006), que las consecuencias penológicas de la drogadicción pueden ser encuadradas, dentro de la esfera de la imputabilidad, bien excluyendo la responsabilidad penal, o bien actuando como mera atenuante de la responsabilidad penal, por la vía del art. 21.2ª del Código penal , propia atenuante de drogadicción , o como atenuante analógica, por el camino del art. 21.6º.

La jurisprudencia ha considerado que la drogadicción produce efectos exculpatorios 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).

A ambas situaciones se refiere el art. 20-2º del Código penal , cuando requiere bien una intoxicación plena por el consumo de tales sustancias, o que se halle

bajo la influencia de un síndrome de abstinencia , impidiéndole, en todo caso, comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.

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).

La atenuante ordinaria, se describe hoy en el art. 21.2, cuando el culpable actúe a causa de su grave adicción a las sustancias anteriormente mencionadas, de modo que al margen de la intoxicación o del síndrome de abstinencia, y sin considerar las alteraciones de la adicción en la capacidad intelectual o volitiva del sujeto, se configura la atenuación por la incidencia de la adicción en la motivación de la conducta criminal en cuanto realizada "a causa" de aquella (SSTS. 22.5.98 EDJ 1998/3181), y para cuya apreciación no se precisa sino que la adicción sea "grave" y exista relación causal o motivacional entre esa dependencia y la perpetración del concreto delito cometido (STS. 23.6.2004).

Por ultimo, cuando la incidencia de la adicción sobre el conocimiento y la voluntad del agente es más bien escasa, sea porque se trate 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 .

la STS de fecha 19 de julio de 2013 al respecto de la cuestión en análisis significa que ".Como recuerda la sentencia de esta Sala núm.893/2012, de 15 de noviembre, la actual regulación del Código Penal contempla como eximente la intoxicación plena por consumo de bebidas alcohólicas, junto a la producida por drogas u otras sustancias que produzcan efectos análogos, siempre que impida al sujeto comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión, exigiendo además como requisitos que tal estado no haya sido buscado con el propósito de cometer la infracción penal y que no se hubiese previsto o debido prever su comisión.

Cuando la intoxicación no es plena, pero la perturbación es importante, sin llegar a anular la mencionada capacidad de comprensión o de actuación conforme a ella, la embriaguez dará lugar a una eximente incompleta, como se prevé expresamente en el art 21 1º, que califica como eximentes incompletas los casos en los que concurriendo las causas expresadas en el artículo anterior no

concurran todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos.

En la doctrina de esta Sala (STS 60/2002, de 28 de enero y 1001/2010, de 4 de marzo) se asume que los casos en los que pueda constatarse una afectación de la capacidad del sujeto debida al consumo de alcohol de menor intensidad, pueden reconducirse a la atenuante analógica del artículo 21.7ª, pues es evidente que existe analogía -no identidad- entre una cierta alteración de las facultades cognoscitivas y/o volitivas producida por una embriaguez voluntaria o culposa y una perturbación de mayor intensidad que alcanza el nivel de fuerte intoxicación etílica y que es la contemplada como eximente incompleta en el núm. 1º del art. 21 puesto en relación con el núm. 2º del art. 20, ambos del Código Penal .

Carece de sentido en la aplicación del Código Penal 1995 continuar refiriéndose a la embriaguez como una atenuante ordinaria, pues en el régimen establecido por este Código, la intoxicación etílica debe ser calificada como eximente completa o incompleta, y en casos mas atenuados de embriaguez, como atenuante analógica del art 21 7ºCP.

Centrándonos en el objeto del presente proceso, debe apreciarse la circunstancia como atenuante analógica del artículo 21-7º , en relación con el artículo 21-2ª del Código Penal , ya que debe concluirse que sí ha quedado acreditado que los acusados, antes de cometer los hechos, habían ingerido alcohol y/o drogas .

Así lo manifiestan los acusados en el acto del plenario afirmando que se encontraban en un club nocturno sobre las 5 de la madrugada celebrando la festividad de Halloween y que habían tomado alcohol y drogas , ratificado por el testigo Sr. Alvarez quien afirma que el grupo en el que se encontraban los acusados había estado bebiendo en el local y por el propio perjudicado quien afirma que pudo apreciar que olían a alcohol durante la agresión.

A lo anterior se une el resultado del dictamen sobre cabellos de José Ortega que ponen de manifiesto ha habido consumo de cocaína y cannabis durante el periodo de cuatro meses anteriores a la toma de la muestra , y ofrece resultados positivos de etilbenzoilecgoniana , metabolito de la cocaína que se origina en el organismo cuando se consume simultáneamente cocaína y alcohol etílico. (folio 469) , y en informe sobre estado de ánimo y valoración sobre programa de prevención de suicidio se refiere en el área toxicofílica que existe un consumo de cocaína y alcohol desde hace un año . El dictamen sobre cabellos de Isaac Fernández que ponen de manifiesto ha habido consumo de cocaína y cannabis durante el periodo de cuatro meses anteriores a la toma de la muestra. El dictamen relativo a Francisco Santos no ofrece resultado alguno por la insuficiencia de la muestra recibida, si bien puede derivarse dicho consumo , como resulta del informe psicológico forense emitido por Don Juan Antonio Losada de la exploración practicada y de la historia médica penitenciaria que en el apartado “juicio clínico”

al ingreso expresa "toxicomanía" y en el apartado de consumo de drogas hace referencia al consumo de cocaína y alcohol.

2º) En segundo lugar se interesa la apreciación de la atenuante de reparación del daño. A este respecto obra en las actuaciones que con fecha de 18 de febrero se realiza comparecencia por el letrado Sr. Elías Balongo (por su compañera Sra. Lozano Contreras) en la que solicita la devolución de las cantidades que habían sido consignadas en la cuenta del Juzgado con fecha de 19 de noviembre de 2013 y 9 de enero de 2014 y ello para realizar el pago al perjudicado con quien había llegado a un acuerdo extrajudicial. Consta igualmente comparecencia de fecha 19 de febrero de 2014 realizada por Don José Jonathan Vázquez Antúnez manifestando que ha sido íntegramente indemnizado en la cantidad de 10000 euros, no teniendo nada más que reclamar en concepto de responsabilidad civil por los perjuicios sufridos en el presente procedimiento. Mediante escrito de fecha 20 de febrero de 2014 la representación procesal del perjudicado manifiesta que la indemnización abonada a su representado ha sido efectuada conjuntamente los esfuerzos de todos los acusados. En virtud de lo anterior procede la aplicación de la atenuante respecto de todos los acusados.

3º) En tercer lugar se interesa la aplicación de la atenuante analógica de confesión por la defensa de los acusados José Fernando Ortega, Isaac Rodríguez y Francisco Santos.

José Fernando Ortega reconoció los hechos desde la primera declaración ante la Guardia Civil aportando datos a la investigación que facilitaron la actuación de la justicia, identificando a los autores, por lo que procede su apreciación pese a no concurrir el elemento cronológico de haber confesado el culpable su infracción antes de la apertura del procedimiento.

En cuanto a los acusados Isaac Fernández Colina, Francisco Santos e Iván Núñez se produce reconocimiento de los hechos en el pacto del plenario. Como señala la sentencia del Tribunal Supremo de cinco de marzo de 2014, la atenuante analógica no puede alcanzar nunca a supuestos en los que falte alguno de los requisitos (como en este caso sería la exigencia temporal) para integrar la atenuante ordinaria, puesto que ello equivaldría a crear atenuantes incompletas. La circunstancia analógica de confesión requiere la realización de actos de colaboración real y efectiva con los fines de la justicia cuando ya se ha iniciado la investigación de los hechos frente al acusado, es decir, que aún no respetándose el requisito temporal, el autor reconoce los hechos y aporta una colaboración relevante para la justicia, realizando así un acto contrario a su acción delictiva que de alguna forma contribuye a la reparación o restauración del orden jurídico vulnerado (véase SS.T.S. 809/2004 de 23 de junio, 1348/2004 de 25 de noviembre y 358/2008 de 9 de junio). En el presente caso los coacusados Francisco Santos e Isaac Fernández se limitan en el acto del plenario a reconocer los hechos según se relatan en los escritos de acusación lo que no supone una colaboración relevante sobre todo si se tiene en cuenta que Isaac y Francisco manifiestan que reconocen los hechos pero únicamente responderán a las preguntas de sus

respectivas Letradas (añadiendo Francisco añade que Eloy no tuvo participación en los hechos y fue Jose Angel quien intervino en los mismos) por lo que no puede considerarse su aportación como relevante ni su colaboración como real y efectiva de manera que permita compensar el requisito temporal .

4º) Concorre por último de forma clara la agravante de abuso de superioridad . Concorre la agravante de abuso de superioridad cuando la defensa de la víctima queda ostensiblemente debilitada por la superioridad personal, instrumental o medial del agresor o agresores que se ven por ello asistidos de una mayor facilidad para la comisión del delito y el elemento subjetivo de abuso de superioridad reside simplemente en el conocimiento de la misma y en su consciente aprovechamiento o, dicho de otra forma, en la representación de la desigualdad de fuerzas o medios comisivos y en la voluntad de actuar al amparo o bajo la cobertura de dicha desigualdad.

Así se ha pronunciado reiterada jurisprudencia, siendo exponente de ella, la STS de 6 de febrero de 2009, en la que se declara que para que concorra abuso de superioridad es preciso que se dé un importante desequilibrio de fuerzas a favor del agresor; que de él se siga la notable disminución de las posibilidades defensivas del ofendido; que esta situación de asimetría fuera deliberadamente ocasionada, o, conocida, exista un aprovechamiento de la misma; y, en fin, que esa situación de ventaja de la que se abusa no sea inherente al delito.

En el caso de autos, los hechos tuvieron lugar en un lugar solitario, a altas horas de la madrugada y por varias personas contra una sola víctima , lo que supone una desigualdad de fuerzas aprovechada por los autores que debe agravar la punición.

SÉPTIMO.- La STS de fecha 5.5.2010, expone: "En cuanto a la individualización de la pena a imponer deben tenerse en cuenta las circunstancias personales del delincuente y la mayor o menor gravedad del hecho. En cuanto a las primeras son las que se refieren a los motivos o razones que han llevado a delinquir el acusado, así como aquellos rasgos de su personalidad delictiva que configuran igualmente esos elementos diferenciales para efectuar tal individualización penológica y que deben corregirse para evitar su reiteración delictiva. La gravedad del hecho a que se refiere el precepto no es la gravedad del delito, toda vez que esta "gravedad" habrá sido ya contemplada por el Legislador para fijar la banda cuantitativa penal que atribuye a tal delito. Se refiere la Ley a aquellas circunstancias fácticas que el Juzgador ha de valorar para determinar la pena y que sean concomitantes del supuesto concreto que está juzgando; estos elementos serán de todo orden, marcando el concreto reproche penal que se estima adecuado imponer. Por ello, en cuanto a los caracteres del hecho, es decir, a un mayor o menor gravedad, tiene que tenerse en cuenta que el legislador ha puesto de manifiesto en la infracción, su doble consideración de acto personal y de resultado lesivo para el bien jurídico, de modo que para determinar ese mayor o menor gravedad del hecho ha de valorarse el propio hecho en sí, con arreglo a la descripción que se contenga en el relato de hechos, es decir, con arreglo al verdadero hecho real, y

así concretar el supuesto culpable, por cuanto la gravedad del hecho aumentará o disminuirá en la medida que lo haga la cantidad del injusto (antijuricidad o el grado de culpabilidad del delincuente, la mayor o menor reprochabilidad que merezca).

Por ello, y considerando que el legislador, al establecer el marco penal abstracto, ya ha valorado la naturaleza del bien jurídico afectado y la forma básica del ataque al mismo, la mayor o menor gravedad del hecho dependerá:

En primer lugar, de la intensidad del dolo, -y si es directo, indirecto o eventual- o, en su caso, del grado de negligencia imputable al sujeto. En segundo lugar, la mayor o menor gravedad del hecho dependerá de las circunstancias concurrentes en el mismo, que sin llegar a cumplir con los requisitos necesarios para su apreciación como circunstancias atenuantes o agravantes, ya genéricas, ya específicas, modifiquen el desvalor de la acción o el desvalor del resultado de la conducta típica. En tercer lugar, habrá que atender a la mayor o menor culpabilidad -o responsabilidad- del sujeto, deducida del grado de comprensión de la ilicitud de su comportamiento, conocimiento de la antijuricidad del grado de culpabilidad y de la mayor o menor exigibilidad de otra conducta distinta. Y en cuarto lugar, habrá que tener en cuenta la mayor o menor gravedad del mal causado y la conducta del reo posterior a la realización del delito, en orden a su colaboración procesal y su actitud hacia la víctima y hacia la reparación del daño, que no afectan a la culpabilidad, por ser posteriores al hecho, sino a la punibilidad."

Partiendo de lo anterior, para un adecuado cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 120,3 de la Constitución, deben explicitarse los criterios utilizados en orden a la individualización judicial de la pena, dentro de un estricto respeto a la Ley.

Con respecto a Isaac Fernández y Francisco Santos apreciándose delito consumado de robo con violencia con concurrencia de dos circunstancias atenuantes, reparación del daño y analógica de drogadicción y de una agravante de abuso de superioridad son de aplicación los artículos 61 y 66.1, 7ª del Código Penal. Las atenuantes de embriaguez y reparación del daño carecen de un fundamento cualificado de atenuación y compensan la agravante de superioridad, (la reparación del daño no ha sido total, dado que no se han abonado la totalidad de las responsabilidades civiles y no ha sido acreditada una grave alteración de las facultades cognoscitivas y/o volitivas en los autores) debiendo tenerse en cuenta para la adecuada individualización de la pena el reconocimiento de los hechos realizado en el plenario, que sin llegar a cumplir los requisitos de la atenuante analógica de confesión supone una cierta colaboración con la justicia, así como la actitud ante la víctima con posterioridad a los hechos, por lo que se impone la pena de dos años de prisión.

En relación a José Fernando Ortega Mohedano, concurren la agravante de abuso de superioridad y las atenuantes de embriaguez, reparación del daño y analógica de confesión en el delito de robo, por lo que compensando las atenuantes de embriaguez y la de reparación del daño por lo ya expuesto la

agravante de abuso de superior, teniendo en cuenta que concurre una atenuante más , la analógica de confesión , y careciendo de antecedentes penales, se impone la pena de un año y nueve meses de prisión . En cuanto al delito de conducción si permiso , concurriendo la atenuante de confesión se impone la pena mínima de 31 días de trabajos en beneficio de la comunidad .

En cuanto al acusado Iván Núñez , concurriendo la atenuante de reparación del daño y teniendo en cuenta que carece de antecedentes penales , y el reconocimiento de hechos realizado en el plenario se impone la pena mínima legalmente prevista para el delito de daños.

En cuanto a la falta de lesiones en virtud de los razonamientos anteriores se impone a todos los acusados la pena mínima de un mes de multa con cuota diaria de cinco euros.

No aparece justificada la imposición de la prohibiciones contempladas en el artículo 48 CP habida cuenta a las propias manifestaciones del perjudicado en el plenario, y dado el carácter aislado de la agresión. En efecto, la pena en cuestión tiene entre sus fines dispensar una protección adicional a la víctima del hecho punible, imponiendo al autor del hecho una limitación de su libertad ambulatoria que se justifica en la conveniencia de prevenir la reiteración futura de actos de agresión y que pierde correlativamente su sentido cuando no existe razonablemente riesgo actual de nuevos actos de violencia, como ocurre en el presente caso.

OCTAVO.- En concepto de responsabilidad civil , obra en las actuaciones comparecencia del perjudicado Don José Jonathan Vázquez Antúnez en la que manifiesta haber sido íntegramente indemnizado por lo que no cabe hacer pronunciamiento alguno respecto de dicho perjudicado .

Igualmente obra escrito firmado por Don José Luis Vazquez Espinosa en el que reconoce haber recibido de EUI Limited Sucursal en España, en nombre de AICL Sucursal en España, el importe de 8600 euros en concepto de indemnización por pérdida total del vehículo Audi A3 6589DNC . Asiste por tanto a la aseguradora el derecho de repetición frente a los responsables de los daños de las cantidades abonadas en virtud del contrato de seguro concertado con el propietario del vehículo. En virtud de lo anterior Francisco Santos Colomera , José Fernando Ortega Mohedano, Isaac Fernández Colina e Ivan Núñez Borrero deberán indemnizar de forma solidaria en responsabilidad civil a la compañía de seguros Balumba en la cantidad de 8600 euros.

NOVENO .- Las costas procesales vienen impuestas por Ley al responsable penalmente del hecho punible (artículo 123, Código Penal).

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

QUE DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO A Eloy Romero Traverso y a José Angel Sanvicente Aguilar del delito de robo con violencia y de la falta de lesiones, infracciones por las que eran acusados por falta de prueba de cargo.

QUE DEBO CONDENAR y CONDENO A José Fernando Ortega Mohedano , como autor responsable de un delito de robo con violencia, previsto en el artículo 237 CP y penado en el artículos 242. 1 °CP, del Código, concurriendo la agravante de abuso de superioridad y las atenuantes de reparación del daño , y analógicas de confesión y de drogadicción, a la pena de un año y nueve meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para ejercer el derecho de sufragio pasivo.

QUE ASIMISMO DEBO CONDENAR y CONDENO A José Fernando Ortega Mohedano , como autor responsable de una falta de lesiones, prevista en el artículo 617.1º CP , a pena de multa de 1 mes, con cuota diaria de 5 euros, con la responsabilidad personal subsidiaria de prisión del art. 53 CP para caso de impago.

QUE ASIMISMO DEBO CONDENAR y CONDENO A José Fernando Ortega Mohedano , como autor responsable de una delito de conducción si permiso, concurriendo la atenuante analógica de confesión a la pena de 31 días de trabajos en beneficio de la comunidad .

QUE DEBO CONDENAR y CONDENO A Francisco Santos Colomera , como autor responsable de un delito de robo con violencia, previsto en el artículo 237 y penado en el artículos 242. 1 ° del Código penal , concurriendo la agravante de abuso de superioridad y las atenuantes de reparación del daño y analógica de drogadicción , a la pena de 2 años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para ejercer el derecho de sufragio pasivo.

QUE ASIMISMO DEBO CONDENAR y CONDENO A Francisco Santos Colomera , como autor responsable de una falta de lesiones, prevista en el artículo 617.1º CP , a la pena de multa de 1 mes, con cuota diaria de 5 euros, con la responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas de multa impagadas.

QUE DEBO CONDENAR y CONDENO A Isaac Fernández Colina , como autor responsable de un delito de robo con violencia, previsto en el artículo 237 y penado en el artículos 242. 1 °, del Código penal , concurriendo la agravante de

abuso de superioridad y las atenuantes de reparación del daño , y analógica de drogadicción, a la pena de 2 años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para ejercer el derecho de sufragio pasivo.

QUE ASIMISMO DEBO CONDENAR y CONDENO A Isaac Fernández Colina , como autor responsable de una falta de lesiones, prevista en el artículo 617.1º CP , a la pena de multa de 1 mes, con cuota diaria de 5 euros, con la responsabilidad personal subsidiaria de prisión del art. 53 CP para caso de impago.

QUE DEBO CONDENAR y CONDENO A Iván Núñez Borrego , como autor responsable de un delito de daños concurriendo la atenuante de reparación del daño , a la pena de seis meses de multa con cuota diaria de 5 euros, con la responsabilidad personal subsidiaria de prisión del art. 53 CP para caso de impago.

En vía de responsabilidad civil, los acusados Francisco Santos Colomera , Jose Fernando Ortega Mohedano, Isaac Fernández Colina e Ivan Núñez Borrero deberán indemnizar de forma solidaria a la compañía de seguros Balumba en la cantidad de 8.600 euros con los intereses del art. 576 LEC . Asimismo les impongo el pago de las costas .

Notifíquese la presente resolución a las partes previniéndoles de que contra la misma podrán interponer ante este Juzgado, recurso de apelación en el plazo de diez días ante la Iltra. Audiencia Provincial de Sevilla.

Así por esta mi sentencia, definitivamente juzgando y de la que se unirá certificación a la causa de su razón, lo pronuncio, mando y firmo.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Ilma. Magistrado Juez que la suscribe, estando celebrando Audiencia Pública en el día de la fecha. Doy fe.