



Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia de 13 Oct. 2010, rec. 10067/2010

Ponente: Soriano Soriano, José Ramón.

Nº de Sentencia: 844/2010

Nº de Recurso: 10067/2010

Jurisdicción: PENAL

ROBO CON VIOLENCIA E INTIMIDACIÓN. Subtipo agravado por casa habitada y empleo de arma. En concurso ideal con allanamiento de morada. Apoderamiento de joyas y bienes de valor ejerciendo violencia sobre las víctimas y amedrentándolas de muerte con una pistola. DETENCIÓN ILEGAL. Relaciones concursales posibles con el delito patrimonial. Doctrina general. En concurso real, en el caso, al permanecer las víctimas atadas más de 50 minutos. Privación de libertad cuya duración e intensidad excede el tiempo necesario para la comisión del robo. El delito de robo sólo absorbe al delito de detención ilegal (art. 8.3 CP) cuando la privación o restricción de libertad es la realizada necesaria y momentáneamente para la consumación del acto depredatorio dentro de la normal dinámica comisiva del robo violento y siempre que se limite al tiempo estrictamente necesario para efectuar el despojo. El concurso medial implica que existen dos bienes jurídicos protegidos pero se atenta contra uno como medio necesario para cometer el otro (art. 77 CP). La autonomía de la detención ilegal surge cuando el tiempo de la supresión dolosa de la libertad excede del que fue preciso para efectuar la sustracción, en cuyo caso es de aplicación el concurso real (art. 73 CP). PENALIDAD. Motivación suficiente de la individualización de la pena y de la decisión de no sustituir la de prisión impuesta por la expulsión del territorio nacional. El art. 89 CP exige acreditar ciertos requisitos b que los recurrentes no han probado- no sólo sobre la condición de extranjeros, sino también sobre la ilegal estancia en España, requisito sine qua non. Alcance interpretativo del precepto.

Normativa aplicada

TEXTO

En la Villa de Madrid, a trece de Octubre de dos mil diez

SENTENCIA

En los recursos de casación por infracción de ley, de preceptos constitucionales y quebrantamiento de forma, que ante Nos penden, interpuestos por los acusados **Justo** , y **Miguel y Ramón** , contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Toledo, Sección Primera, que les condenó por delitos de allanamiento de morada, detención ilegal y otros, los Excmos. Sres. Magistrados componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que arriba se expresan, se han constituido para votación y fallo bajo la Presidencia del primero de



los indicados y Ponencia del Excmo.Sr. D. Jose Ramon Soriano Soriano, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dichos recurrentes representados: Justo y Miguel por la Procuradora Sra. Fernández Sánchez y Ramón por el Procurador Sr. Mardomingo Herrero.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de instrucción nº 3 de Illescas incoó Procedimiento Abreviado con el número 53/2006 contra Ambrosio , Justo , Ramón y Miguel , y una vez concluso se remitió a la Audiencia Provincial de Toledo, cuya sección Primera con fecha veintitres de junio de dos mil nueve dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"Se declara probado que los acusados Ambrosio , Justo , Ramón y Miguel , todos mayores de edad y de los que no constan antecedentes penales, salvo en Ramón , ejecutoriamente condenado por sentencia de 17 de mayo de 2004 por delito contra la seguridad en el tráfico, dictada por el Juzgado de lo Penal nº 16 de Madrid, puestos de acuerdo y con unidad de propósito, se desplazaron a la localidad de Seseña, Partido Judicial de Illescas y a su CALLE000 nº NUM000 , domicilio de D. Gonzalo y de su familia, y cuando sobre las 20,20 horas del 14 de enero de 2006, el referido procedía a entrar en su domicilio, los acusados Miguel y Justo se le acercaron y tras echarle un brazo sobre el cuello, Miguel le amenazó con una pistola que portaba en su mano izquierda, conminándole para que entrara en su vivienda; y una vez en su interior, donde ya se encontraban otros dos hijos menores de edad de la víctima, de 14 y 10 años de edad, entraron los otros dos acusados Ambrosio y Ramón , junto con otros tres individuos no identificados, siete en total, todos ellos encapuchados y portando tres pistolas, un cuchillo y un destornillador, procediendo a inmovilizar a Gonzalo y a sus hijos, sentándoles en el comedor de la vivienda y atándoles con bridas, amenazándoles de muerte a fin de que entregaran el dinero y les dijeran donde estaba la caja fuerte, colocando la pistola en la cabeza de uno de los niños, insistiendo en que les entregaran el dinero y amenazándoles con matarlos de no hacerlo, al tiempo que a Gonzalo le propinaba una patada el acusado Justo con la misma finalidad, y en esa situación de inmovilización pasaron unos cincuenta minutos los moradores de la vivienda, mientras los acusados y los otros individuos no identificados seguían con sus amenazas para la entrega de dinero y localización de la caja fuerte, a la vez que registraban la vivienda en su totalidad, incluso comiendo, cortando jamón y bebiendo coca-cola; hasta que sobre las 21,10 horas, Irene , esposa de Gonzalo , junto con otro de los hijos comunes, de cuatro años de edad, siendo inmovilizados con bridas y a la que quitaron el monedero, permaneciendo los acusados en la vivienda hasta las 21,30 horas, saliendo de la misma con muchos objetos y joyas por valor de 7.921,70 euros y 370,00 euros en metálico de los que se habían apoderado.

Detenidos los acusados, se procedió a entrar y registrar, previo mandamiento judicial, sus domicilios, encontrándose a lo que importa: a) en el de Miguel c/ DIRECCION000 , NUM001 , escalera NUM002 , piso NUM003 , una escopeta mono-cañón, semiautomática, marca Beretta, calibre 12, modelo AI-391-Teknys, con el número de serie borrado, recamarada para cartuchos de 12/70, con el cañón y la culata recortados, así como 17 cartuchos para dicha escopeta, de la que carecía de licencia y guía, gran cantidad de joyas en oro y plata, 3.790 euros, 1.000 bolívares, 28 dólares americanos y aparatos electrónicos; b) en el domicilio de la novia de Justo c/ DIRECCION001 , NUM004 - NUM005 de Madrid, una pistola Beretta, modelo 70, calibre 7,65 mm. serie nº NUM006 y un cargador de la misma, con cinco cartuchos del



7,65, propiedad de James y de la que carecía de licencia y guía, y arma que les fue entregada a la policía judicial por la novia del anterior Covadonga; c) en el domicilio del acusado Ramón c/ DIRECCION002 , NUM007 - NUM005 NUM008 . de Fuenlabrada, 600 euros y varios teléfonos móviles”.

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

“FALLO: Que debemos **CONDENAR Y CONDENAMOS** a los acusados Ambrosio , Justo , Ramón y Miguel , como autores criminalmente responsables de los siguientes delitos, ya definidos: A) los cuatro de un delito de allanamiento de morada en concurso ideal con un delito de robo con violencia e intimidación, con uso de armas, con la concurrencia en Ramón y Ambrosio , de la agravante de disfraz, modificativa de la responsabilidad criminal, a la **pena de cinco años de prisión a cada uno de ellos** , con la accesoria de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante todo el tiempo de la condena; B) los mismos cuatro acusados son criminalmente responsables de cinco delitos de detención ilegal, imponiéndoles a cada uno la **pena de cinco años por cada uno de los delitos con la accesoria de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante todo el tiempo de la condena**; C) el acusado Justo , es responsable de un delito de tenencia ilícita de armas (tipo básico) y se le condena a la **pena de un año de prisión con la accesoria de privación del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de duración de la condena**, y seis días de localización permanente por la falta de malos tratos de obra, y D) resulta criminalmente responsable en concepto de autor Miguel de un delito de tenencia ilícita de armas (modalidad agravada), al que se impone la **pena de dos años de prisión con la accesoria de privación del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de duración de la condena**; así como a todos ellos al pago por mitad e iguales partes de las costas causadas en el procedimiento, y a que en orden a a responsabilidad civil, indemnicen solidariamente a D. Gonzalo y a D^a Irene en la cantidad de 8.291,70 euros, con sus intereses correspondientes. El máximo de cumplimiento de las penas impuestas no podrá exceder de quince años.

Para el cumplimiento de la pena impuesta, se abona a los acusados todo el tiempo que han estado privados de libertad en esta causa.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al rollo de la Sección, juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos”.

3.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por infracción de ley, de preceptos constitucionales y quebrantamiento de forma, por los acusados Ambrosio , Justo , Miguel y Ramón , que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución formándose el correspondiente rollo y formalizándose dichos recursos a excepción del preparado por Ambrosio que al no comparecer en plazo legal a hacer uso de su derecho se DECLARÓ DESIERTO el recurso anunciado por el mismo en auto de ocho de febrero de dos mil diez .

4.- El recurso interpuesto por la representación de los acusados **Justo y Miguel** , se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN**: **Primero**.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 LOPJ. y 852 L.E.Cr. Concretamente se considera vulnerado el derecho a la presunción de inocencia del art. 24-2 C.E . al no considerarse suficientemente acreditados, a través de pruebas de cargo suficiente y legítima los hechos declarados probados en sentencia en relación con la intervención de sus representados en los mismos.



Segundo.- Por infracción de Ley penal, al amparo del art. 849-1º concretamente del art. 163.1 en relación con los arts. 73,75 y 76.1 (concurso real de delitos) ambos del C.Penal . En relación a la detención ilegal, estiman que la privación de libertad infligida a las víctimas del robo no tuvo entidad suficiente para integrar un delito distinta e independiente del robo con violencia e intimidación apreciado en la sentencia. **Tercero.-** Por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 851-3 de la L.E.Cr. al no resolverse en sentencia uno de los puntos debidamente planteados por la defensa. Concretamente la resolución que se pretende recurrir se abtiene de pronunciarse sobre la aplicación al caso del art. 89 del C.P . cuando la dicción del precepto en cuestión es muy clara al respecto. **Cuarto.-** Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 LOPJ. y 825 L. E.Cr. Concretamente se consideran vulnerados el derecho fundamental a obtener una resolución judicial debidamente motivada (art. 24 y 120.3 C.E.) en el ejercicio de la función jurisdiccional de individualización de la pena, en conexión con los preceptos legales que la regulan en el presente caso. **Quinto.-** En **relación únicamente con el acusado Miguel infracción de precepto constitucional**, al amparo del art. 5.4 LOPJ. y 825 L.E.Cr. Concretamente se considera vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24 CE .) en relación con el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, corolario todo ello de la proscripción de la indefinición (art. 24 de nuestra Carta Magna).

Y el recurso interpuesto por la representación del acusado Ramón , se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN: **Primero.-** Al amparo del art. 852 L.E.Cr. y 5.4 LOPJ. por entenderse vulnerado el art. 24.2 de la C.E. (presunción de inocencia). **Segundo.-** Al amparo del art. 852 L.E.Cr. y 5.4 LOPJ. por entenderse vulnerado el art. 24.2 de la C.E. (presunción de inocencia). **Tercero.-** Al amparo del art. 849.1 L.E.Cr . por infracción de ley, por entenderse vulnerado el art. 8-3º (por inaplicación) del C. Penal.

5.- Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuesto, se pidió la inadmisión de todos los motivos alegados en los mismos, la Sala los admitió a trámite y quedaron conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el correspondiente señalamiento, se celebró la votación y fallo del presente recurso el día 30 de Septiembre del año 2010.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso de Miguel y Justo .

PRIMERO.- El escrito impugnatorio de estos acusados se inicia con una serie de motivos formulados por la vulneración de derechos fundamentales concretamente el de presunción de inocencia (art. 24-2 C.E .), lo que hacen a través de los cauces previstos en el art. 852 L.E.Cr. y 5.4 LOPJ.

1.La protesta gira alrededor de la tesis según la cual la sentencia tiene como único soporte probatorio los testimonios de las víctimas que reconocieron a los acusados, a su juicio a través de vías irregulares, como es exhibiéndoles en la fase instructora algún vídeo en el que éstos aparecían, lo que determinaría la nulidad de pleno derecho de la diligencia.

En definitiva no hay pruebas objetivas ni indicios plurales que desvirtúen la presunción de inocencia.



A su vez, aducen, que desde la triple perspectiva de acreditar en la causa la existencia de prueba lícita, suficiente y razonablemente valorada, no se han cubierto los cánones jurisprudenciales para entender enervado el derecho a la presunción de inocencia.

A continuación la mayor parte del desarrollo argumental del motivo lo dedican al análisis de la prueba indiciaria, entendiendo que es de tal naturaleza la concurrente en la causa.

2. Las razones impugnativas no pueden ser acogidas. Es cierto que la prueba determinante y decisiva, prácticamente única, es el reconocimiento directo de los acusados por las víctimas del delito, que precisaron con rigor y meticulosidad el desarrollo de los hechos e identificaron a los recurrentes. El tribunal hace referencia a ella y la valora en el fundamento jurídico tercero, especialmente en los folios 16 y 17 de la sentencia, en donde se destaca la firmeza, coherencia y seguridad de los reconocimientos efectuados.

Los reconocimientos iniciales en la fase investigadora han sido admitidos por nuestro Tribunal Constitucional como legítimos en orden a la justificación del inicio de una investigación policial o judicial, aunque carecen del carácter de pruebas. Pero en la causa junto a los mismos se efectuaron reconocimientos en rueda, que suceden a la exhibición de fotografías, e incluso vídeos y que se desarrollan con plena legalidad y con respeto al derecho de defensa. El tribunal de instancia ha sido meticuloso al esbozar la prueba testifical integrada por las distintas declaraciones de las víctimas, hallando perfecta sintonía entre las mismas y plena coherencia, sin que se adviertan fisuras o contradicciones.

La Audiencia explica su sólida convicción, extraída de una intensa contradicción en el plenario, al ser sometidos los perjudicados a interrogatorios de carácter equívoco, en más de una ocasión dirigidos a confundirlos, sin que abriguen cualquier duda sobre la identidad de los acusados. En la sentencia se explica las características del testimonio sincero de los mismos, al precisar las razones por las cuales reconocieron a los culpables y es lo cierto que existe una causa esencial para dar crédito y credibilidad a la identificación, en cuanto fueron nada menos que 50 minutos para uno y 20 para otro, los que transcurrieron teniéndoles delante, en situación no fácilmente olvidable. Así pues, las prevenciones que todo órgano judicial debe observar en los reconocimientos, siempre expuestos a error, en el caso de autos se tuvieron en consideración para alcanzar la conclusión que la sentencia refleja.

Por lo demás, no nos hallamos ante prueba de carácter indiciario, sino ante prueba directa y de primera mano, a lo que debe añadirse que los acusados en momento alguno han pretendido justificar (aunque no tengan obligación de hacerlo) que en el día, hora y lugar de los hechos no se hallaban en el sitio donde ocurrieron.

El motivo deberá rechazarse, al existir prueba suficiente, introducida en el proceso con plena regularidad y valorada con rigor por el tribunal. El motivo se desestima.

SEGUNDO.- En el ordinal correlativo, se considera infringido el art. 163.1 C.P., en relación con los arts. 73, 75 y 76.1 C.P. (concurso real de delitos), lo que hace a través del art. 849-1º L.E.Cr.

1. *La tesis de los recurrentes parte de los hechos probados, argumentando que los cinco delitos de detención ilegal debieron quedar absorbidos por el delito de robo, pues la privación de libertad ejercida sobre las víctimas resultaba inherente a la propia naturaleza del*



delito cometido, careciendo de entidad suficiente para integrar delito distinto, toda vez que la violencia e intimidación se localizaba en el episodio central de la sustracción, que necesariamente implicó la inmovilización de los ocupantes de la casa. Tal privación de libertad fue provocada para facilitar la sustracción y la búsqueda del dinero y joyas por las distintas habitaciones y asegurar la huída del piso .

Por otro lado la inmovilización fue muy liviana, puesto que los brazos y piernas fueron sujetos con bridas, material que pudo ser destruído por un niño de 4 años, único que no fue atado, lo que nos permite afirmar que los detenidos pudieron liberarse por sus propios medios.

Sostiene igualmente que no se dio perfecta coincidencia entre los tiempos de ejecución del robo y la detención, ya que respecto a algunos (tres víctimas) duró 50 minutos y otros sólo estuvieron detenidos 20 minutos.

Los recurrentes recuerdan la jurisprudencia de esta Sala, según la cual, la privación de libertad no quedaría absorbida en la dinámica del robo cuando el encierro o detención rebase el tiempo normal y necesario para cometerlo; el robo absorbería la pérdida momentánea de libertad cuando ésta tiene lugar durante el episodio central del hecho y queda limitada al tiempo estrictamente necesario para efectuar el despojo, según el "modus operandi" de que se trate.

2. Aunque la jurisprudencia que cita es correcta, sus propios planteamientos excluyen la posibilidad de asumir la tesis de la absorción de los cinco delitos de detención ilegal en el robo violento.

La Audiencia Provincial ha desarrollado la cuestión con amplitud y rigor en el fundamento jurídico segundo de la sentencia. *El tribunal de instancia razonó con acierto la improcedencia de esta absorción, ya que ni la acción del robo con violencia ni la acción de detención ilegal, autónomamente consideradas, abarcan el desvalor del injusto típico contenido en los hechos, en tanto en él comportamientos de los sujetos activos lesionaron diferenciadamente bienes jurídicos distintos, protegidos ambos penalmente. Según la Audiencia los acusados tuvieron ininterrumpidamente privados de libertad deambulatoria a los moradores de la vivienda casi una hora, muchísimo más de lo que hubiera sido preciso para sustraer los objetos de valor que se llevaron. No importa que en alguno de los afectados la privación de libertad durara 50 minutos y en otros 20, dada la naturaleza del delito de detención ilegal, de ejecución permanente y de consumación instantánea , bastando el transcurso de unos instantes, los necesarios para entender afectada la libertad del sujeto pasivo (principio de lesividad).*

3. Los recurrentes, por otra parte, en su protesta destacan que la privación de libertad sólo tuvo por causa "facilitar la sustracción" y "asegurar la huída" , lo que implica el reconocimiento, como mínimo en la primera expresión, de un delito en concurso medial, es decir existen dos bienes jurídicos protegidos pero se atenta contra uno como medio necesario para cometer el otro (art. 77 C.P .). La Audiencia ha entendido que existe esa conexión de necesidad, siguiendo criterios jurisprudenciales de esta Sala, desde un aspecto subjetivo (plan o proyecto del delincuente) que podría dar base a esa teleológica actuación, o desde un plano objetivo en el que debe operar el nexo de necesidad objetiva y en efecto el tribunal de instancia ha puesto de relieve que en el concurso medial prevalece el punto de vista estricto de la causalidad objetiva, en trance de apoderarse del botín que consiguen los recurrentes, ya que habría bastado con descerrajar la puerta, sin atacar el bien jurídico personal de la libertad de los ofendidos, para conseguir los objetos apetecidos.



4. Esta Sala ha entendido que en la violencia e intimidación que lleva consigo el robo previsto y penado en el art. 242 C.P., va implícito un mínimo de transitorio constreñimiento de la libertad del robado, como efecto del desarrollo ejecutivo del proyecto del delincuente con el fin de doblegar la voluntad de aquél y de ese modo consumir el apoderamiento.

La privación de libertad es la que se halla ínsita en el acto de desapoderamiento como un prius de su efectividad y desde luego cuando se aduce por los recurrentes que la privación de libertad pretendía "asegurar la huída" está admitiendo un concurso real, ya que ningún acto apoderativo se realiza cuando se huye o cuando estaban prestos a emprender la huída. En tal hipótesis ningún acto depredatorio realizaban, ni ninguna violencia o intimidación ejercían que pudiera subsumirse dentro del robo. El supuesto sería de un claro concurso real. El art. 77 C.P. no extiende el concurso medial a hipótesis en que un delito tiende a favorecer la impunidad de otro.

5. Esta Sala ha resuelto el problema y deslindado las situaciones en diversas sentencias. Como dice la de 24-2-2005 (nº 53/05) se puede distinguir en el plano teórico tres situaciones distintas, que clarifica la número 337/04, con cita de copiosa jurisprudencia precedente, y al definir la relación de los delitos de robo con intimidación y detención ilegal, expone que existirá concurso de normas únicamente en aquellos supuestos de mínima duración temporal, en los que la detención, encierro o paralización del sujeto pasivo tiene lugar durante el episodio central del apoderamiento, es decir, mientras se desarrolla la actividad de aprehensión de la cosa mueble que se va a sustraer, y la privación de libertad ambulatoria de la víctima queda limitada al tiempo e intensidad estrictamente necesarios para efectuar el despojo conforme a la dinámica comisiva empleada, entendiéndose que sólo en estos casos la detención ilegal queda absorbida por el robo, teniendo en cuenta que este delito con violencia o intimidación afecta, aun cuando sea de modo instantáneo, a la libertad deambulatoria del perjudicado (artículo 8.3 C.P.) (también SSTS 1632 y 1706/2002, 372/2003 o 931 y 1134/2004). Debemos señalar a este respecto que es indiferente que el propósito del sujeto activo sea desapoderar a la víctima de sus bienes muebles en la medida que ello no implica la ausencia del dolo propio de la detención ilegal (basta que la acción sea voluntaria y el conocimiento del agente abarque el hecho de la privación de libertad), pues el mencionado propósito no es otra cosa que el móvil que guía al autor y la trascendencia de su conducta no puede quedar a expensas de la mera discrecionalidad del mismo.

En segundo lugar, precisamente en aquellos casos en que la privación de libertad ambulatoria no se limita al tiempo e intensidad necesarios para cometer el delito de robo con intimidación se dará el concurso ideal siempre que aquélla (la privación de libertad) constituya un medio necesario, en sentido amplio, para la comisión del robo, pero su intensidad o duración excedan la mínima privación momentánea de libertad ínsita en la dinámica comisiva del delito contra la propiedad, afectando de un modo relevante y autónomo el bien jurídico protegido en el delito de detención ilegal. Cuando la dinámica comisiva desplegada conlleva previsamente la inmovilización de la víctima como medio para conseguir el desapoderamiento y esta situación se prolonga de forma relevante excediendo del mínimo indispensable para cometer el robo, máxime cuando su objeto es incluso indeterminado y a expensas de lo que puedan despojar los autores, la relación con concurso ideal (art. 77) es la solución adecuada teniendo en cuenta la doble vulneración de bienes jurídicos autónomos.



Por último, el concurso real entre ambos delitos se dará cuando la duración e intensidad de la privación de libertad, con independencia de su relación con el delito contra la propiedad, se aparta notoriamente de su dinámica comisiva, se desconecta de ésta por su manifiesto exceso e indebida prolongación, no pudiendo ser ya calificada de medio necesario para la comisión del robo, excediendo de esta forma el alcance del concurso medial (encerrar o inmovilizar a la víctima indefinidamente con independencia del tiempo empleado para perpetrar la acción de desapoderamiento).

6. Tampoco constituyen argumentos enervantes de la estimación de un concurso real entre robo y detención ilegal, la pretendida levedad o liviandad de la violencia e intimidación ejercida, en tanto los actos intimidatorios y violentos descritos en el factum fueron eficaces para privar de la libertad deambulatoria de las cinco personas. Del mismo modo no cabe calificar de puesta en libertad indirecta de los encerrados o detenidos, el hecho posterior de que el hijo más pequeño de cuatro años, no atado de manos, pudo liberarse él y facilitar la liberación de los demás, que de un modo u otro al final se hubiera producido. El dato no afecta a la consumación del delito ni da base para la aplicación de la figura delictiva privilegiada del art. 163.2º, ya que el presupuesto fáctico impone la no consecución del propósito de los delincuentes, lo que no es el caso, en razón al botón sustraído.

Por todo lo expuesto el motivo debe rechazarse.

TERCERO.- En el motivo numerado como tercero, el recurrente denuncia quebrantamiento de forma con base en el art. 851-3 L.E. Cr .

1. En la argumentación hace referencia al art. 89 C.P ., que contempla la imposición de la pena y consiguiente expulsión del territorio nacional en el caso de condena de extranjeros no residentes legalmente en España, y destaca en el recurso la dicción legal de que peticionada tal sustitución el pronunciamiento debe verificarse "en sentencia" y no en momento posterior.

Al no haberse pronunciado en la sentencia, nos hallamos ante un claro supuesto de incongruencia omisiva que debe ocasionar, aunque el recurrente no lo precise, la devolución de los autos al tribunal de instancia para que haga el pronunciamiento.

2. Sobre este déficit procesal la Sala del Tribunal Supremo ha venido estableciendo para su estimación las siguientes condiciones:

- a) que la omisión o silencio verse sobre cuestiones jurídicas y no sobre extremos de hecho.
- b) que las pretensiones ignoradas se hayan formulado claramente y en el momento procesal oportuno.
- c) que se trate de pretensiones en sentido propio y no de meras alegaciones que apoyan una pretensión.
- d) que no consten resueltas en la sentencia, ya de modo directo o expreso, ya de modo indirecto o implícito, siendo admisible este último únicamente cuando la decisión se deduzca manifiestamente de la resolución adoptada respecto de una pretensión incompatible, siempre que el conjunto de la resolución permita conocer sin dificultad la motivación de la decisión implícita, pues en todo caso ha de mantenerse el imperativo de la razonabilidad de la resolución.
- e) que aún existiendo el vicio, la omisión no pueda ser subsanada por esta Sala de casación al resolver un motivo de fondo que postule la decisión de la cuestión omitida.



3. En nuestro caso el tribunal de instancia ha tratado el problema jurídico planteado de forma amplia en el fundamento jurídico 4º bis (ya que por error la sentencia repite el fundamento 4º), y en él se explican con minuciosidad las razones de la denegación.

Es inocultable que la Audiencia pudo ser más explícita y no contribuyó a ello la frase final del mentado fundamento 4º que dice: *"no procede resolver en sentencia tal solicitud"*.

Pues bien, relacionando esta afirmación con la no concesión de este derecho en la parte dispositiva de la sentencia (respuesta tácita), pero además expresando en ella que *"Para el cumplimiento de la pena impuesta, se abona a los acusados (sin distinciones) todo el tiempo que han estado privados de libertad por otra causa"*, si todo ello a su vez se pone en relación con las razones aludidas en la sentencia para denegar la sustitución de la pena, se puede afirmar que en sentencia se rechazó definitivamente tal derecho.

4. La sentencia dedica a esta temática los folios 20 y 21, argumentando sobre la petición, lo que desde el punto de vista formal permite afirmar que hubo pronunciamiento, aunque existan motivos para poner en entredicho algunas de las interpretaciones jurídicas que sobre el precepto realiza la Audiencia, pero ello ya sería objeto de un recurso sobre el fondo del asunto.

La Audiencia aduce como argumentos en contra de la petición realizada:

- a) la sensación de impunidad que puede provocar la sustitución.
- b) la discriminación de tal medida respecto a unos y otros penados en la misma causa en el caso de que unos sean extranjeros no residentes y en otros no concurren estas circunstancias.
- c) la concepción amplia de la frase "naturaleza del delito" (art. 89 C.P .) que daría base para conceder o no la expulsión. La interpretación amplia la entiende como clase de delito y circunstancias objetivas de su comisión (circunstancias del hecho).
- d) la eliminación de la expulsión automática, ya que es preciso acreditar ciertos requisitos y los recurrentes no han probado que además de extranjeros su estancia en España sea ilegal, requisito *sine qua non*.

5. A esas circunstancias, se deben añadir (dado que el fundamento jurídico 4º nos habla de requisitos no probados, la interpretación que hace el tribunal de que el caso de autos sería el contemplado en el párrafo 2º del art. 89 C.P ., esto es, se estaría en la hipótesis de que la pena excede de 6 años de prisión, supuesto que precisaría como condición *sine qua non* la petición del Fiscal que en nuestro caso no sólo no se ha producido, sino que se opuso a su concesión.

El art. 89 C.P ., es impreciso en algunos aspectos, dejando en la penumbra ciertos interrogantes, tales como si el límite de los 6 años de prisión ha de referirse a la pena asignada a cada uno de los delitos o hace referencia a la suma de todas por las que se condena en una sentencia, o el cómputo de la condena impuesta se refiere a la establecida en una sentencia o en varias si los delitos pudieran haberse juzgado conjuntamente.

La Sala de instancia se enfrenta a una hipótesis en que amén de las penas por tenencia ilícita de armas se imponen 6 a razón de 5 años cada una, en total 30 años con un límite de cumplimiento de 15 (art. 76 C.P .). Lógicamente el tribunal ha recogido el criterio legal



estampado en el art. 81-2° del C.Penal , incluido dentro del mismo capítulo, que habla de "la pena o penas impuestas o la suma de las impuestas". Esa interpretación, claramente deducible del fundamento 4° bis y del tenor de la sentencia, justifica la denegación.

El motivo no puede prosperar.

CUARTO.- En el correlativo ordinal, al amparo del art. 5.4 LOPJ. y 852 L. E.Cr. (por error se cita el 825), se considera vulnerado el derecho a obtener una resolución judicial en derecho debidamente motivada (art. 120.3 y 24 C.E .).

1.El aspecto inmotivado que se denuncia hace referencia a la individualización de la pena.

A este respecto estiman los recurrentes que el tribunal tuvo en consideración los mismos criterios que sirvieron para justificar la aplicación de las penas previstas en los correspondientes tipos delictivos, lo que constituye una contravención, en este concreto aspecto, del principio "*non bis in idem*".

Aunque en el escrito impugnativo no concreta los preceptos en que la violencia e intimidación serían objeto de dúplice valoración, debe entenderse que son los arts. 202-2 C.P. y 242-1° los que entrarían en colisión, lesionando el referido derecho de la doble consideración de una circunstancia.

A continuación ataca la aplicación del derecho rechazando la concurrencia del uso de armas o instrumentos peligrosos, lo que convertiría en improcedente la aplicación del subtipo agravado contemplado en el art. 242-2 C.P . Según el censurante la pena no debió exceder de 3 años, 6 meses y 1 día.

2.Al recurrente no le asiste razón. El fundamento jurídico 4° bis de la sentencia se dedica íntegramente a la individualización de la pena y en él se exponen las razones que justifican la concreción de 5 años de prisión por el robo violento con uso de armas en concurso medial con un delito de allanamiento de morada.

En modo alguno se ha producido una doble valoración de las circunstancias de un hecho delictivo. El delito de allanamiento de morada y el de robo atacan bienes jurídicos absolutamente diferentes y el sujeto activo era consciente de ello. Por otro lado la violencia e intimidación exigible en ambos no se superpone, en tanto los condicionamientos típicos de cada una de las figuras delictivas son diferentes. Los autores del hecho, concertados, usan de violencia e intimidación para acceder a la vivienda en contra de la voluntad de los moradores y en ella permanecieron, a pesar de no estar autorizados, casi una hora. Pero además se usó violencia frente a las víctimas y se emplearon amenazas tendentes al apoderamiento de los bienes inmuebles ajenos. Consiguientemente los actos violentos iban dirigidos conscientemente a dos finalidades distintas y atacaban bienes jurídicos diferentes, lo que trajo como efecto la consumación de dos delitos de diferente naturaleza.

3.Descendiendo al caso concreto el cauce procesal que autoriza el motivo no permite poner en entredicho los términos de los hechos probados (art. 884-3 L.E.Cr .) y en ellos se describe la utilización de medios peligrosos: tres sujetos van provistos de sendas pistolas y dos



de ellos portaban un cuchillo y un destornillador, en suma, armas e instrumentos peligrosos, circunstancia que haría ineludiblemente aplicable el art. 242-2 C.P .

Partiendo de tal subtipo agravado los pasos individualizadores serían los siguientes:

- a) el uso de armas e instrumentos peligrosos colocaría inicialmente el marco penológico en una horquilla que iría de 3 años, 6 meses y 1 día a 5 años.
- b) la concurrencia de un delito de allanamiento de morada en concurso medial (art. 77 C.P .) obliga a delimitar el recorrido dosimétrico entre 4 años, 3 meses y 1 día hasta 5 años.

A continuación por aplicación del art. 66-6° C.P ., al no concurrir en los recurrentes circunstancias genéricas de agravación obliga a atender a las circunstancias del hecho y del autor.

4.El tribunal en este extremo aplica el art. 202-1° , para no infringir el principio acusatorio, ya que el Fiscal calificaba por ese párrafo no por el subtipo del n° 2° de dicho precepto, como pretende el recurrente, que nunca se aplicó, lo que no quita que la violencia e intimidación se tuviera en cuenta como circunstancia individualizadora concurrente en el hecho. De todos modos, bien se aplique el párrafo 1° o el 2°, del art. 202 C.P ., obliga a establecer un nuevo segmento penológico, como tenemos dicho, de 4 años, 3 meses y 1 día a 5 años.

El Tribunal partiendo de esa base nos dice que *"las propias características del suceso determinarían como procedente ese límite máximo...."*.

De forma específica cita las constantes amenazas de muerte y que éstas se dirigían a tres niños o muchachos , en los que debió producir un indudable efecto estigmatizador o traumatizante con posible influencia en su desarrollo psicológico posterior.

Dentro igualmente del término genérico "características del suceso" utilizado por el tribunal no puede pasar desapercibido, por formar parte del factum, la intervención de siete sujetos activos concertados lo que refuerza y asegura la acción delictiva.

Consiguientemente la pena fue objeto de una motivada valoración judicial.

El motivo ha de rechazarse.

QUINTO.- El último de los motivos se formula por infracción de precepto constitucional, cual es, el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24 C.E .), sirviéndose del cauce procesal previsto en el art. 5.4 LOPJ. y 852 (por error se cita el art. 825 de la L.E.Cr .).

1.La razón de la queja no es otra que haber tenido en consideración el tribunal -únicamente en relación a Miguel - el reconocimiento en rueda con la exhibición de videos, lo que constituye una prueba irregular que debió ser excluida del acervo probatorio.

2.La cuestión ya fue tratada en el motivo primero. En aquella ocasión ya dijimos y ahora reiteramos que tanto esta Sala como el Tribunal Constitucional tiene dicho que como preludeo de una investigación policial o judicial de naturaleza criminal, se halla autorizado el uso de



álbumes fotográficos y videos que reflejen sujetos cuya participación en los hechos, por los datos de que se dispone, entra dentro de lo posible o razonable.

La verdadera prueba identificatoria fueron los reconocimientos en rueda, hechos con todos los requisitos legales, así como la ratificación, confirmación o aclaraciones hechas bajo el principio de contradicción en el plenario.

El motivo ha de rechazarse.

Recurso de Ramón .

SEXTO. - El primero y segundo motivos se articulan a través de la vía prevista en el art. 852 L.E.Cr ., entendiéndose vulnerado el derecho a la presunción de inocencia (art. 24-2 C.E .).

1. Este recurrente insiste en los argumentos aducidos por los otros. En tal sentido pretende desacreditar el reconocimiento hecho por fotografías y videos y hace notar las dudas surgidas en la mujer en un primer instante y que exigía la visión directa de los mismos, ya que aseguraba que sus rostros jamás los olvidaría.

Respecto al marido, ofendido por el delito, estima que no debe surtir efecto el reconocimiento de identidad, ya que a éste se le enseñó previamente un video del sospechoso al objeto de identificación.

En el motivo segundo se afirma que el acusado no pudo defenderse adecuadamente por faltar concreción en los hechos que se le imputaban.

2. Como tenemos dicho es práctica habitual que la persona que por percepción directa vio al presunto delincuente emita un juicio en fase de investigación, lógicamente provisional acerca de su identidad, lo que constituye un procedimiento lícito, si efectuado con posterioridad un reconocimiento en rueda en legal forma convence al tribunal, por los datos y circunstancias que ofrece y la firmeza que hubiera mostrado. El acusado fue reconocido plenamente y la contraparte pudo actuar en las diligencias y contradecirlas.

Por otro lado, resulta razonable que la señora, víctima del expolio, quisiera asegurarse de la identidad de los presuntos autores, reconociéndolos directamente, cosa que hizo en legal forma y con respeto a los principios que rigen la práctica de la prueba.

Lo que en realidad pretende el recurrente es provocar en el Tribunal de Casación una nueva valoración de la prueba conforme a las pautas que el propio recurrente ofrece. El juicio que el tribunal de Casación emita, ha de superponerse a la directa apreciación de la prueba realizada por el juzgador de instancia, controlando la corrección o rigor lógico del razonamiento o razonamientos hechos por este último que en su función ponderativa de la prueba han conducido a tener por demostrada la autoría de los recurrentes.

En este sentido la identificación estaba rodeada de garantías totales, resultando razonable la convicción del tribunal, que debe respetarse en este trance casacional.



3. Respecto a la falta de concreción en los hechos imputados, la simple lectura del escrito acusatorio del Fiscal muestra un suficiente desarrollo de los mismos, impidiendo cualquier indefensión. A su vez, la alegación impugnativa jamás afectaría al derecho a la presunción de inocencia, sino al principio acusatorio o al derecho a no sufrir indefensión, lo que como acabamos de decir tampoco se produce.

Los motivos primero y segundo, con remisión a lo ya dicho respecto a los otros dos acusados, deben rechazarse.

SÉPTIMO.- El motivo tercero lo canaliza a través del art. 849-1º L.E.Cr ., entendiéndose vulnerado el art. 8-3º C.P . por inaplicación.

1. La tesis del recurrente pretende demostrar que nos hallamos ante un concurso de normas jurídicas entre el delito de robo con violencia e intimidación en las personas y el delito de detención ilegal.

Cita jurisprudencia de esta Sala, de la que se puede colegir la tesis que sostiene, no estimando concurrente otro ánimo añadido que el de robar. A su vez la detención no superó más de tres horas, módulo que algunas sentencias han estimado como suficiente para apreciar el concurso de delitos, aunque fuera medial.

2. El tema jurídico que rezuma en el motivo ha sido tratado ya con respecto a los otros recurrentes, a cuyos argumentos nos remitimos.

El dolo de los autores abarcaba no sólo al expolio sino a la detención en sus moradores, de acuerdo con el plan trazado y desarrollado, ofendiendo a bienes jurídicos diferentes.

Incluso, aunque estimara la Sala que existió un concurso medial entre las detenciones ilegales y el robo, una de las detenciones (4 a 6 años) serviría para imponer la pena en su mitad superior por el delito más grave (art. 77 C.P .), es decir se impondría una pena entre 5 y 6 años, ello con respecto a un delito. Las otras cuatro detenciones deberían penarse por separado, para reflejar el total desvalor del acto, lo que determinará que como quiera que la pena por el primer delito en concurso medial debía exceder de cinco años, el triple de la mayor, límite máximo de cumplimiento (art. 76 C.P .), excedería de 15 años, situación claramente perjudicial para el recurrente. Mas, como ya apuntamos y declara la sentencia, nos hallamos ante un concurso real de delitos.

Por todo ello el motivo debe rechazarse.

OCTAVO.- La desestimación de todos los motivos de los distintos recursos hace que las costas se impongan a los recurrentes, de conformidad con lo dispuesto en el art. 901 L.E .Criminal.

III. FALLO

Que debemos DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR a los recursos de casación interpuestos por los acusados Justo , Miguel y Ramón , contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Toledo, Sección Primera, con fecha veintitres de junio de dos mil nueve , en causa dictada contra los mismos por delitos de robo con violencia en concurso con allanamiento de morada, detenciones ilegales y tenencia ilícita de armas y con expresa imposición a todos los recurrentes de las costas causadas en sus recursos.



Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia Provincial de Toledo, Sección Primera, a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Adolfo Prego de Oliver y Tolivar Jose Ramon Soriano Soriano Jose Manuel Maza Martin Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Jose Antonio Martin Pallin

PUBLICACION

.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Jose Ramon Soriano Soriano , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.