



www.civil-mercantil.com

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 8/2014, de 22 de enero de 2014

Sala de lo Penal

Rec. n.º 10801/2013

SUMARIO:

Robo con intimidación. Abuso de confianza. Robo en casa habitada. La detención ilegal, debe entenderse absorbida por el robo (concurso de normas), en cuanto el factum destaca que la atadura y sujeción de la víctima solo tuvo por objeto asegurar la huida de los autores del robo; y la inmovilización duró un tiempo no precisado, aunque necesariamente escaso, puesto que se dice que aquélla, muy poco después de irse los ladrones consiguió zafarse de sus ligaduras, sin especial dificultad. La sanción por el delito de robo es suficiente para abarcar la total significación antijurídica del comportamiento punible, no habiendo la privación de libertad afectado, de un modo relevante y autónomo, al bien jurídico protegido por el delito de detención ilegal. En aquellos casos en que la privación de libertad ambulatoria no se limita al tiempo e intensidad necesario 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 y objetivo, para la comisión del robo, pero su intensidad o duración exceden de 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. 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 esta por su manifiesto exceso e indebida prolongación, no pudiendo ser ya calificada de medio necesario para la comisión del robo. El abuso de confianza exige, como circunstancia agravante, una relación especial subjetiva y anímica, entre el ofensor y la víctima, relación de confianza que ha de encontrar su razón o causa en una serie de circunstancias distintas, nacidas de diversas motivaciones, bien sean relaciones laborales, amistosas, convivencia de vecindad, razones familiares o cualquier otra, que genere una especial confianza en virtud de la cual se inhibe la sospecha o la desconfianza. La agravante requiere además que el autor se aproveche de las facilidades que para la comisión del delito implican los referidos vínculos, lo que significa una mayor posibilidad en la ejecución del mismo.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 8.3, 21.2, 22.6, 66, 77, 163, 237 y 242.



www.civil-mercantil.com

Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, arts. 737, 741 y 780.1.

Constitución Española, art. 14.

PONENTE:

Don Francisco Monterde Ferrer.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintidós de Enero de dos mil catorce.

En el recurso de casación que ante Nos pende con el nº 10801/2013-P, interpuesto por la representación procesal de D^a Lucía , contra la sentencia dictada el 5 de Julio de 2013, por la Sección 10^a de la Audiencia Provincial de Alicante, en el Rollo de Sala Nº 11/2013 , correspondiente al Procedimiento Abreviado nº 47/2012 del Juzgado de Instrucción nº 3 de los de Villena que condenó a la recurrente, como autora responsable de los delitos de robocon violencia , y de detención ilegal , habiendo sido parte en el presente procedimiento la condenada recurrente D^a Lucía , representada por la Procuradora D^a M^a Paz Landete García; y como acusadora particular D^a Tamara , representada por la Procuradora D^a María Rosa Vidal Gil, habiendo intervenido el Excmo. Sr. Fiscal, han dictado sentencia los Excmos. Sres. mencionados al margen, bajo ponencia de D. Francisco Monterde Ferrer que expresa el parecer de la Sala con arreglo a los siguientes:

I. ANTECEDENTES

Primero.

El Juzgado de Instrucción nº 3 de Villena, incoó Procedimiento Abreviado con el nº 47/2012 en cuya causa la Sección 10^a de la Audiencia Provincial de Alicante, tras celebrar juicio oral y público, dictó sentencia el 5 de Julio de 2013 , que contenía el siguiente Fallo: "Que debemos condenar y CONDENAMOS a los acusados en esta causa Lucía como autora responsable de:

A) Un delito de robo con intimidación de los arts. 237 y 242.1 y 2 del CP con la circunstancia agravante de abuso de confianza del art. 22.6º del CP , a la pena de CUATRO AÑOS y DOS MESES de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo, durante el tiempo de la condena; y

B) Otro delito de detención ilegal del art. 163.1 y 2 CP , con la circunstancia agravante de abuso de confianza del art. 22.6º del CP a la pena de TRES AÑOS y UN DÍA de prisión e inhabilitación



www.civil-mercantil.com

especial para el derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena y al pago de dos sextas partes de las costas procesales.

Asimismo CONDENAMOS a Alberto como autor responsable de un delito de robo con intimidación de los arts. 237 y 242.1 y 2 del CP , con la circunstancia atenuante analógica de confesión del art. 21.7, con relación al 21.4 del CP , a la pena de TRES AÑOS y UN DÍADE prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo, durante el tiempo de la condena; ABSOLVIÉNDOLE del delito de detención ilegal por el que se solicitaba su condena; condenándole asimismo al pago de una sexta parte de las costas y declarando de oficio otra sexta parte, correspondiente al delito por el que ha sido absuelto.

Disponemos igualmente que Lucía y Alberto deberán indemnizar, conjunta y solidariamente a Tamara en la suma de 33.322 euros por el dinero efectivo sustraído y el valor de las joyas no recuperadas, con más sus intereses legales.

Finalmente, ABSOLVEMOS al acusado Enrique de los delitos de robo con intimidación y detención ilegal, por los que se solicitaba su condena, declarando de oficio dos sextas partes de las costas, correspondientes a este acusado absuelto.

Abonamos a los acusados todo el tiempo de privación de libertad sufrida por esta causa para el cumplimiento de las expresadas penas de privación de libertad.

Reclámese del Juzgado Instructor -previa formación, en su caso, por el mismo- la pieza de responsabilidad civil de esta causa penal.

Requírase al condenado al abono, en plazo de QUINCE DIAS de la responsabilidad civil declarada.

Notifíquese esta resolución a las partes, informándoles que la misma no es firme y que contra ella cabe RECURSO DE CASACIÓN, por infracción de ley o quebrantamiento de forma, en el término de CINCO DÍAS ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, hasta tanto se dicten las leyes de procedimiento a que hace referencia la Disposición Final Segunda de la L.O. 19/2003 de 23 de Diciembre , de modificación de la L.O. 6/85 de 1 de julio del Poder Judicial, en relación con el artículo con el artículo 73.3. c) de la misma Ley .

Conforme al artículo 789-4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , notifíquese la presente resolución a los ofendidos y perjudicados por el delito aunque no se hayan mostrado parte en la causa."

Segundo.



www.civil-mercantil.com

En la citada sentencia se declararon probados los siguientes Hechos : "La acusada Lucía , mayor de edad, con DNI NUM000 , nacida el NUM001 de 1.963, con antecedentes penales no computables, es sobrina de Tamara , motivo por el cual sabía que Tamara y su marido, Mario , guardaban en su domicilio dinero y joyas que eran piezas que no se habían vendido tras la liquidación del negocio de joyería de Mario y otras pertenecientes al mismo y sus familiares, conociendo igualmente que el día 21 de abril de 2.012 se disponían a celebrar sus bodas de oro. También por esta relación familiar tenía constancia que Tamara iba los jueves al mercado y regresaba sobre las 10:30 horas a su domicilio donde se quedaba sola mientras su marido iba a almorzar.

Sobre las 10:00 horas del jueves día 19 de abril de 2.012, la citada Lucía y Alberto , mayor de edad (nacido el NUM002 de 1.969), con documento de identidad NUM003 , y sin antecedentes penales, junto con otras dos personas, previamente concertados entre sí y con intención de apoderarse de las joyas y el dinero, se dirigieron al domicilio de Tamara y Mario , sito en la AVENIDA000 número NUM004 de la localidad de Villena.

Una vez en el lugar, mientras Alberto permanecía en la calle, vigilando que Mario no regresase a la vivienda, con el fin de facilitar la actividad de despojo del resto de sus acompañantes, Lucía y los otros dos consiguieron subir a la vivienda de Tamara , diciéndole uno de ellos a través del videoportero que venían a traer un regalo del banco por las bodas de oro, accediendo al piso de Tamara , donde los dos hombres le dijeron que les diera el dinero y las joyas o la matarían, aviniéndose ella a abrir la caja fuerte, ante el temor de que cumpliesen tal conminación; y las dos personas y Lucía se apoderaron de dinero y joyas que había en su interior. A continuación, los dos asaltantes varones sentaron a Tamara en un sillón y le ataron los pies y la sujetaron rodeando el cuerpo, los brazos y el sillón con cinta adhesiva que previamente llevaban consigo con la intención de privarle de la posibilidad de moverse, al objeto de asegurar su huída y abandonaron el lugar en el vehículo conducido por Alberto , sabiendo que Mario no tardaría en llegar a casa. Muy poco después de irse los ladrones Tamara consiguió zafarse, sin especial dificultad, de la sujeción a la que le habían sometido.

Algunas de las joyas sustraídas fueron vendidas por Lucía y por Alberto en establecimientos de compra venta de oro de distintas localidades, no habiéndose recuperado, ascendiendo el valor total de las joyas a 19.332 euros, y el importe del dinero apoderado a 14.000 euros.

No ha quedado acreditado que Enrique interviniera en estos hechos.

Tampoco se ha demostrado que Lucía hubiese cometido estos hechos influida de alguna forma por el consumo de drogas.



www.civil-mercantil.com

Alberto ha reconocido su participación en los hechos tras su detención, facilitando a la policía judicial elementos útiles para la investigación policial tendentes a esclarecer los hechos y su autoría."

Tercero.

Notificada la sentencia a las partes, la representación de la acusada D^ª Lucía , anunció su propósito de interponer recurso de casación que se tuvo por preparado por auto de 26 de Julio de 2013, emplazándose seguidamente a las partes para que hiciesen uso de su derecho ante esta Sala.

Cuarto.

Por medio de escrito, que tuvo entrada en la Secretaría de este Tribunal en 2 de Septiembre de 2013, la Procuradora D^{ña}. M^ª Paz Landete García, interpuso el anunciado recurso de casación articulado en los siguientes motivos:

Primero.

Por infracción de ley , y de precepto constitucional, al amparo del art. 852 de la LECr , por haber mediado vulneración del art 24.2 CE , al negársele su derecho a la presunción de inocencia .

Segundo.

Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º de la LECr , por no aplicación del tipo privilegiado del art. 242.4 CP .

Tercero.

Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º de la LECr , por inaplicación del art 21.2º CP , como circunstancia muy cualificada , con los efectos penológicos del art 66 CP .

Cuarto.

Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º de la LECr , por aplicación indebida del art. 22.6º, abuso de confianza , respecto del delito de robo.

Quinto.

Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º de la LECr , por aplicación indebida del art. 22.6º, abuso de confianza , respecto del delito de detención ilegal.

Sexto.

Por infracción de ley , y de precepto constitucional, al amparo del art. 852 de la LECr , por haber mediado vulneración del art 24. CE , al negársele su derecho a la presunción de inocencia y tutela efectiva, produciéndole indefensión y agravio comparativo, al condenar por un delito del que se absuelve a otro coacusado con el mismo grado de participación.

Séptimo.

Por infracción de ley , y de precepto constitucional, al amparo del art. 852 de la LECr , por haber mediado vulneración del art 24. CE , al negársele su derecho a la tutela efectiva , produciéndole indefensión y agravio comparativo, al condenar por un delito del que se absuelve a otro coacusado con el mismo grado de participación.

Octavo.

Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º de la LECr , por aplicación indebida del art.163.1 º y 2º CP , al quedar absorbida dicha conducta por la de los arts 237 y 242 CP .

Noveno.

Por infracción de ley , y de precepto constitucional, al amparo del art. 852 de la LECr , por haber mediado vulneración del art 24. CE , y del derecho a la presunción de inocencia, al condenarse por el delito del art. 163.1 º y 2º CP , al quedar absorbida dicha conducta por la de los arts 237 y 242 CP .

Décimo.

Por infracción de ley , y de precepto constitucional, al amparo del art. 852 de la LECr , por haber mediado vulneración del art 24. CE , y del derecho a la presunción de inocencia , al condenarse por el delito del art. 163.1 º y 2º CP , al quedar absorbida dicha conducta por la de los arts 237 y 242 CP .

Undécimo .- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º de la LECr , por inaplicación indebida del art. 8 CP , condenando aplicando por separado el art 163.1º CP , y por otro lado el art 237 y 242.1 º y 2º CP .

Quinto.

La representación de la acusadora particular y el Ministerio Fiscal, por medio de escritos, respectivamente fechados el 19/09/2013 y el 1/10/2013, evacuando el trámite que se les confirió, y por las razones que adujeron, interesaron la inadmisión de los motivos del recurso



www.civil-mercantil.com

que, subsidiariamente, impugnaron, si bien el Ministerio Fiscal apoyó el quinto motivo de la recurrente

Sexto.

Por providencia de 3 de Diciembre de 2013, se declaró el recurso admitido y concluso, señalándose para su deliberación y fallo el pasado día 15 de Enero de 2014 , en cuya fecha la Sala deliberó con el resultado decisorio que a continuación se expresa:

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

El primero de los motivos se basa en infracción de ley , y de precepto constitucional, al amparo del art. 852 de la LECr , por haber mediado vulneración del art 24.2 CE , al negársele su derecho a la presunción de inocencia .

1. Para la recurrente, no existen pruebas de su participación en los hechos en cuanto que siempre lo negó, admitiendo tan solo que pudo, por falta de prudencia, dar una información aprovechada por terceros, sobre la condición de joyeros de sus tíos, y que guardaran en la vivienda restos del objeto de su negocio, lo cual también era sabido en Villena, así como la costumbre de acudir el matrimonio al mercado cada jueves, y el hombre a almorzar.

La Audiencia basa su condena en la declaración del coacusado que trasluce enemistad respecto de ella, e interés en beneficiarse procesalmente, como ha ocurrido. Dice haber sido manipulado y engañado en cuanto al reparto del botín. La mujer víctima tampoco reconoció como autora a una mujer; y a ello hay que sumar la carencia de datos confirmatorios como huellas, muestras de ADN, etc.

2. El motivo esgrimido viene a suponer combatir el fallo por entender que los hechos no están probados, por no ser consecuencia de una actividad probatoria mínima y suficiente, razonablemente de cargo y revestida con una adecuada actividad probatoria, realizada con todas las garantías, practicada en el juicio para hacer posible la contradicción y sin que los medios probatorios traídos al proceso se hayan obtenido violentando derechos o libertades fundamentales.

De modo que una vez acreditada la existencia de tal probanza, su valoración es ya competencia del Tribunal sentenciador (STS 21-6-98), conforme al art. 741 de la LECr , no correspondiendo al Tribunal de Casación revisar la valoración efectuada en la instancia en conciencia (STC.126/86 de 22 de octubre y 25/03, de 10 de febrero). Por tanto, desde la perspectiva constitucional, el principio de libre valoración de la prueba, recogido en el art. 741



www.civil-mercantil.com

LECr , implica que los distintos medios de prueba han de ser apreciados básicamente por los órganos judiciales, a quienes compete la misión exclusiva de valorar su significado y trascendencia en orden a la fundamentación de los fallos contenidos en sus Sentencias.

La presunción de inocencia, además de constituir un principio o criterio informador del ordenamiento procesal penal, es ante todo un derecho fundamental en cuya virtud una persona acusada de una infracción no puede ser considerada culpable hasta que así se declare en Sentencia condenatoria, siendo sólo admisible y lícita esta condena cuando haya mediado una actividad probatoria que, practicada con la observancia de las garantías procesales y libremente valorada por los Tribunales penales, pueda entenderse de cargo (STC 51/1995, de 23 de febrero).

Y tanto el TC. (Sª 174/85 , 175/85 , 160/88 , 229/88 , 111/90 , 348/93 , 62/94 , 78/94 , 244/94 , 182/95) como esta misma Sala, han precisado que el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial en un proceso penal pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria, si bien esta actividad probatoria debe reunir una serie de exigencias para ser considerada como prueba de cargo suficiente para desvirtuar tal presunción constitucional. Se coincide en resaltar como requisitos que debe satisfacer la prueba indiciaria los siguientes: que los indicios, que han de ser plurales y de naturaleza inequívocamente acusatoria, estén absolutamente acreditados, que de ellos fluya de manera natural, conforme a la lógica de las reglas de la experiencia humana, las consecuencias de la participación del recurrente en el hecho delictivo del que fue acusado y que el órgano judicial ha de explicitar el razonamiento en virtud del cual, partiendo de esos indicios probados, ha llegado a la convicción de que el acusado realizó la conducta tipificada como delito. En definitiva, como señalan las Sentencias del Tribunal Constitucional 24/1997 y 68/98 , que la prueba indiciaria ha de partir de hechos plenamente probados y que los hechos constitutivos de delito deben deducirse de esos indicios (hechos completamente probados) a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano, explicitado en la sentencia condenatoria.

3. Ello no obstante, la recurrente no orienta sus motivos hacia los indicados parámetros, sino que presenta una particular valoración de las pruebas practicadas con la pretensión de que esta Sala desautorice la llevada a cabo por el Tribunal de enjuiciamiento y la sustituya por la propuesta en el recurso.

El Fundamento de Derecho Primero de la Sentencia precisa las pruebas que se han tenido en cuenta para declarar decaída la presunción de inocencia respecto de esta acusada que cabe sintetizar en la declaración inculpativa de uno de los acusados, en la testifical de la moradora de la vivienda cuando tuvo lugar la irrupción en la misma por los asaltantes, en la

testifical de los agentes de la Guardia Civil que intervinieron en la investigación y cierta prueba documental.

Todas las citadas pruebas han merecido la credibilidad plena del Tribunal enjuiciador, incluida, la declaración del coimputado Alberto , sin que las razones opuestas por la recurrente resulten, en el presente caso, con peso suficiente para alcanzar otra conclusión.

Que la válida declaración de un coimputado puede provocar el decaimiento de la presunción de inocencia ha sido reiteradamente reconocido en sede constitucional y por esta Sala (SSTC 2/2002 de 14 de Enero , 68/2002 de 21 de Marzo , 233/2002 de 9 de Diciembre , 142/2003 de 14 de Julio y 17/2004 , entre otras muchas). Como sintetiza la STS. 24-2-2005 , la doctrina del Tribunal Constitucional y de esta Sala puede condensarse en los siguientes principios: a) La declaración inculpativa de un coimputado es prueba legítima desde la perspectiva constitucional. b) La declaración inculpativa de un coimputado es prueba insuficiente, y no constituye, por sí misma, la actividad probatoria de cargo mínima imprescindible para enervar la presunción de inocencia. c) La aptitud como prueba de cargo mínima de la declaración de un coimputado se adquiere a partir de que su contenido queda mínimamente corroborado. d) Se considera corroboración mínima la existencia de hechos, datos o circunstancias externas que avalen de manera genérica la veracidad de la declaración. e) La valoración de la existencia de esa corroboración mínima externa ha de realizarse caso a caso. Ya se sabe que la existencia de tantas cautelas se debe a la naturaleza intrínsecamente sospechosa (STC 57/2002 de 11 de Marzo , F.J. 4º) de la declaración del coimputado y, en relación a la corroboración y a qué debe entenderse por ello, el Tribunal Constitucional sólo ha dicho que se trata de datos externos que refuerzan y fortalecen lo manifestado por el coimputado. Por ello, no se considera corroboración la declaración de otro coimputado como ya se ha dicho, ni tampoco la diligencia de careo (STC 190/2003 de 27 de Octubre).

4. En el caso que nos ocupa, valora el tribunal de instancia la declaración de Alberto y le otorga plena credibilidad no sólo porque la propia inmediación le conduce a ella, sino también porque aparecen otros datos ofrecidos por el coimputado en su confesión en el acto del juicio oral que corroboran su relato y que resultaron acreditados por otras pruebas sobre las que este acusado carece de dominio. Así, nos dice el Tribunal, creen la declaración de Alberto por su relato en sí, porque no aprecian finalidad espuria y por su compatibilidad con lo expresado por la víctima. Ha de añadirse, en este sentido, que aquél no obtenía ventaja o beneficio material apreciable con su declaración, lo cual, refuerza más, si cabe, su credibilidad. Y los anunciados datos corroboradores aparecen en el alojamiento de la acusada en determinado Hotel después de la ejecución del robo (consta al folio 242 la hoja de registro y semejante extremo fue comprobado por la Policía), en la venta efectuada por la acusada, conforme ella misma reconoció, en dos establecimientos distintos, de joyas reconocidas como sustraídas por sus



www.civil-mercantil.com

legítimos dueños; y, también, en el conocimiento que tenían los asaltantes, facilitado por la acusada, de la existencia en el inmueble de una apreciable cantidad de dinero y joyas, dada la proximidad de las bodas de oro de sus propietarios, del hecho de haber cerrado la joyería y del resto de circunstancias que facilitaron la comisión del delito. Igualmente, coincide el relato de Alberto con el número de asaltantes que subieron a la vivienda y que fueron contados por la moradora Tamara y, también, el afirmar que Enrique, el tercer acusado, no participó en el asalto, lo cual, es acorde con el hecho de no haber sido reconocido por la testigo ni por Victorio.

Y la propia sentencia de instancia sale al paso de la alegación de la recurrente sobre el carácter corriente de las joyas enajenadas, citando la testifical del Sr Mario, concretando "que había piezas, como el escarabajo egipcio, que no es habitual; y que el hecho de que ese grupo de joyas corresponda en su integridad a parte de las sustraídas, son suficientes elementos para descartar la posible coincidencia por azar, que podría existir en caso de sólo una o dos piezas, pero no, de todas ellas, como aquí sucede".

Por tanto, concurre esa corroboración, ciertamente, más que mínima, al contarse con la existencia de hechos, datos o circunstancias externas que avalan la veracidad de las declaraciones del acusado.

Frente a todo el expuesto acervo probatorio, la acusada se limitó a negar su participación en el robo y a dar explicaciones nada convincentes de la tenencia y venta de las joyas. Y es la estrecha relación de parentesco que unía a la recurrente con la perjudicada y su familia la que justifica que los autores conocieran perfectamente las rutinas de Dña. Tamara y su marido. La acusada reconoció en juicio que conocía la celebración inmediata de las bodas de oro de sus tíos, así como que en su casa se guardaban joyas y una cantidad considerable de dinero en metálico. Esa es la razón del conocimiento por los autores de la situación de las víctimas, y la ubicación de la caja fuerte, y no la circunstancia de acontecer los hechos en una ciudad, considerablemente grande (cerca de 40.000 habitantes) como para que estuviera al alcance de cualquier vecino o de los numerosos visitantes de la capital de la comarca del Alto Vinalopó, el detalle de las costumbres de la familia expoliada.

Por consiguiente, no se ha producido lesión del derecho a la presunción de inocencia porque el Tribunal de instancia ha valorado y ponderado racionalmente las pruebas practicadas, sin separarse de la lógica, los conocimientos científicos o las máximas de experiencia.

Por todo ello, el motivo ha de ser desestimado.

Segundo.



www.civil-mercantil.com

El segundo motivo se funda en infracción de ley, al amparo del art. 849.1º de la LECr , por no aplicación del tipo privilegiado de robo del art. 242.4 CP .

1. Basa su reclamación la recurrente en que existió una violencia muy inferior a la normal, un trato más respetuoso, distinto al dispensado en situaciones similares, una manera de atar a la víctima más benevolente, de modo que no hubo gritos, golpes o malos tratos; en vez de dejarla atada en el suelo, se la trasladó a un sillón; fue atada de un modo del que pudo desligarse fácilmente; se le permitió quedarse con unas joyas que solicitó no se las quitaran; y se le habló de Vd. en todo momento.

2. El Ministerio Fiscal apunta, que el primer obstáculo con el que se enfrenta el motivo consiste en que semejante pretensión no fue postulada en forma en la instancia. En consecuencia, en sede casacional es cuestión nueva. Parece aludirse por la recurrente, no obstante, que semejante posibilidad aplicativa fue invocada en el informe oral. Pero, como es sabido, este último acto procesal, del que la Ley rituaria no exige que se haga constar su contenido en el acta, no es idóneo para admitir y tener por introducidas pretensiones que en el mismo puedan proponer las partes. Así lo ha expresado reiteradamente la Sala II: "... ha dicho la reiterada jurisprudencia de esta Sala que "las cuestiones a las que el Tribunal debe dar respuesta autónoma y expresa para evitar que concurra este vicio "in iudicando" son aquellas pretensiones jurídicas formalmente planteadas en las conclusiones, provisionales o definitivas, o en su caso las pretensiones también jurídicas expresamente planteadas en el trámite de las cuestiones previas y debidamente reflejadas en el acta." (STS de 3/12/2002 , por todas) sin que el informe oral sea momento procesal adecuado para formular nuevas pretensiones, pues conforme a lo dispuesto en el art. 737 de la L.E.Criminal , "los informes de los defensores de las partes se acomodarán a las conclusiones que definitivamente se hayan formulado", sin que sea lícito -según doctrina jurisprudencial consolidada- alterar dichas conclusiones introduciendo a través del informe nuevas pretensiones no formuladas con anterioridad (por todas, igualmente, STS de 16/10/98)..."

A pesar de que los Jueces a quibus contesten a la ahora recurrente en su Sentencia no se subsana semejante defecto. Además, al producirse el planteamiento, en esta sede, ex novo y per saltum , dado que aquélla, en sus conclusiones provisionales elevadas a definitivas, se limitó a negar los hechos por los que el Fiscal formuló su escrito de conclusiones, éste último no tuvo ocasión procesal para ofrecer las razones por las cuales no procede la aplicación del art. 242.4 del Código Penal .

3. En cualquier caso, no tiene razón la recurrente. Ciertamente, el art. 242.4 del actual texto penal dispone, tras la reforma introducida por la LO5/2010, de 22 de junio , con ligeras variantes respecto del texto anterior del art 242.3 CP , que: "En atención a la menor entidad de



www.civil-mercantil.com

la violencia y la intimidación ejercidas y valorando además las restantes circunstancias del hecho, podrá imponerse la pena inferior en grado a la prevista en los apartados anteriores". Pero conviene tener presente, en primer lugar, como recuerda la STS 458/2009, de 13-4 , con cita de las Sentencias 8 de marzo y 2 de octubre de 1999 , que la reducción en grado prevista en esa norma no es obligada sino posible; y como facultad discrecional del Tribunal de instancia su ejercicio es, en principio, ajeno al control casacional salvo que resulte arbitrario o contrario a los presupuestos que la condicionan, bien porque se ejercite la reducción aplicándola fuera del supuesto en que se permite, o bien cuando, interesada la rebaja por cualquiera de las partes, y concurriendo las exigencias que la posibilitan, se deniega de manera arbitraria o no razonable.

La STS de 27-11-2012, nº 921/2012 nos recuerda que el apartado 4º del vigente art. 242 C.P . contiene un tipo privilegiado que permite imponer la pena inferior en grado a la prevista en el párrafo primero en supuestos en los que la violencia ejercida sea de escasa entidad. El legislador considera que en tales casos debe declinar el rigor con que se castigan esta clase de infracciones, evitando la desproporcionalidad manifiesta entre el ilícito y la respuesta penológica, debiendo valorarse tanto la cuantía económica de lo sustraído como la magnitud de la violencia ejercida para el desapoderamiento para buscar el equilibrio entre la entidad o gravedad de la acción antijurídica y la sanción equitativa y proporcional al hecho.

Igualmente nuestra STS de 22-12-2009, nº 1352/2009 ,recuerda que el art. 242.3 CP regula(ba) una facultad discrecional que difícilmente puede ser revisable en casación, pero tal revisión es posible por la vía de determinar "la existencia de los presupuestos que dan lugar a la facultad y del rechazo de una motivación arbitraria o irrazonable" (STS 1157/02 , y, en el mismo sentido SSTs de 20-6 y 554/01, de 3-4 y 112/99 , de 0-1).

Por otra parte, como señala la STS 1157/02, de 20-6 , "la apreciación del subtipo ha de ser excepcional. La comparación con las penas del delito de robo con fuerza en las cosas, conduce a considerar por vía de principio ese carácter restrictivo y excepcional, pues por esa vía se permite el castigo inferior del robo violento o intimidatorio que el robo con fuerza, pese a la mayor gravedad de éste. Esa constatación, para salvar la coherencia del Código, requiere el uso prudente y cauto de esa facultad atenuatoria, sin hacer de la misma una utilización generalizada e indiscriminada, lo que introduciría elementos de descompensación y de desproporción en las penas que administra el Derecho Penal".

De acuerdo con la doctrina jurisprudencial que se expone el referido tipo privilegiado indica los criterios objetivos a seguir, para su aplicación, como son:

1º) La menor entidad de la violencia o intimidación ejercida, como criterio principal.

2º) Las restantes circunstancias del hecho, entre las que se destacan:

- a) El lugar donde se roba.
- b) El número y forma de actuación del sujeto activo.
- c) El número de personas atracadas y sus posibilidades de defensa.
- d) El valor de lo sustraído. Criterios que han de ser valorados conjuntamente.

4. Es decir, el tipo privilegiado que establece el art. 242.4 CP ha de estar fundamentado en la menor entidad de la violencia o intimidación ejercida y las restantes circunstancias del hecho. Entre tales restantes circunstancias, la Jurisprudencia - sentencias de 18/4/2000 y 7/2/2006 -, invocadas por la STS 750/2010, de 17-6 , comprende el lugar, la hora, el número de asaltantes, el número de asaltados y sus posibilidades de defensa y el valor de lo sustraído. Y, a la vista del factum , ni la violencia e intimidación ejercidas ni las restantes circunstancias permiten aplicar el subtipo atenuado. Basta resaltar que se trata del asalto a una vivienda en la que se encuentra uno de sus moradores, que son tres los asaltantes que irrumpen en la misma, que éstos amenazan de muerte a la dueña si no les entrega el dinero y joyas, que dos de ellos atan a la mujer los pies y, por otro lado, rodean con cinta adhesiva su cuerpo, brazos y sillón para inmovilizarla.

Semejante actuar conduce a mera opinión particular de la recurrente que el trato de los asaltantes fuera respetuoso y benevolente con la moradora, pues invaden su vivienda, la inmovilizan con cinta adhesiva y le exigen dinero y joyas bajo la amenaza de muerte, sin que pueda alcanzarse a imaginar la cota que aquélla tiene para "situaciones similares"; y, por otro lado, relega a mera anécdota hipotética, frente al descrito marco fáctico, que la víctima no fuera dejada en el suelo.

La sentencia de instancia, saliendo al paso de la alegación de la hoy recurrente, y a pesar de su extemporaneidad, en su FD segundo, tuvo ocasión de precisar que: "No resulta de aplicación como se pretende, la modalidad atenuada del tipo por la menor entidad de la intimidación que, según la defensa de Lucía , se fundaría en un trato cortés demostrado por los autores al tratar a la víctima de usted y permitir que se quedara con una de las joyas al solicitárselo la perjudicada para las bodas de oro; sin embargo, dicho trato sólo implica que no se ha extremado la violencia moral con sevicias innecesarias, pero no cabe duda que la intimidación desplegada tiene una entidad suficiente para integrarla en el tipo básico, pues la seria conminación de causarle la muerte, proferida por dos personas, varones, con evidente superioridad física respecto de la víctima de mayor edad sorprendida en soledad en su propio domicilio, era suficiente y eficaz para remover la resistencia de cualquiera que estuviese en la



www.civil-mercantil.com

situación de la perjudicada que llegó a temer de manera efectiva por su supervivencia . De hecho, de la gravedad de la intimidación sufrida da testimonio la documental médica que figura en el rollo de sala en la que la acusación particular fundamenta la solicitud de no comunicación visual en sala, que relata una secuela traumática por la experiencia vivida."

Por todo ello, compartiéndose el criterio expuesto por el tribunal de instancia, el motivo ha de ser desestimado.

Tercero.

- Como tercero de los motivos se aduce infracción de ley, al amparo del art. 849.1º de la LECr , por inaplicación del art 21.2º CP ,como circunstancia muy cualificada , con los efectos penológicos del art 66 CP .

1. Para la recurrente la afirmación del f actum de que "tampoco se ha demostrado que Lucía hubiese cometido estos hechos influida de alguna forma por el consumo de drogas", en cuanto que no hace mención a su "drogodependencia", permite discutir, a su juicio la inaplicación de la atenuante solicitada.Y así, sostiene que a lo largo del procedimiento ,desde la primera imputación policial, se ha acreditado su adicción a las drogas ,por todos admitida pericial, documental y testificalmente constatada , y el menoscabo de su personalidad por tal causa.

2. Realmente, no se atiene la recurrente a la declaración de hechos declarados probados, intangible dada la vía casacional elegida que, por otro lado, no establece base fáctica alguna para la apreciación de la atenuante que pretende. Por otro lado, conviene recordar, como tiene establecido la jurisprudencia pacífica de esta Sala, que las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, así atenuantes como agravantes, deben estar tan probadas como el hecho mismo, por la parte procesal en quien recaiga la carga de acreditarlos (SSTs. 29-12-2003 , 16-3-2004 y 29-6- 2004). Y, en el presente supuesto, sucede todo lo contrario pues el Fundamento de Derecho Tercero de la Sentencia rechaza su aplicación por haber quedado limitada la cuestión a una mera alegación sin estar acreditado la dependencia a las drogas o el consumo de las mismas por la acusada. Nunca la recurrente ha acreditado a lo largo del procedimiento que actuara bajo la influencia de ninguna intoxicación o síndrome de abstinencia o que sufriera una alteración psíquica debida al consumo. Sólo ha habido meras afirmaciones o manifestaciones que no han sido unívocas en relación con la posible drogodependencia de Lucía .

Por otra parte, del enlace motivacional exigido por la atenuante que se postula, ni siquiera se habla. La jurisprudencia nos recuerda varios aspectos sobre el particular. Las SSTs. 22-5-98 y 5-6-2003 , insisten en que la circunstancia que como atenuante describe en el art. 21.2 del Código Penal es apreciable cuando el culpable actúe a causa de su grave adicción a las



www.civil-mercantil.com

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 aquélla (SSTS. 4.12.2000 y 29.5.2003). Se trataría así con esta atenuación de dar respuesta penal a lo que criminológicamente se ha denominado "delincuencia funcional" (STS. 23.2.99). Lo básico es la relevancia motivacional de la adicción, a diferencia del art. 20.2 CP. y su correlativa atenuante 21.1 CP , en que el acento se pone más bien en la afectación a las facultades anímicas. Respecto a su apreciación como muy cualificada, en STS. 817/2006 de 26.7 , recordábamos que la referida atenuante es aquella que alcanza una intensidad superior a la normal de la respectiva circunstancia, teniendo en cuenta las condiciones del culpable, antecedentes del hecho y cuantos elementos o datos puedan destacarse y ser reveladoras del merecimiento y punición de la conducta del penado, SSTS. 30.5.91 , y en igual sentido 147/98 de 26.3, y que no es aconsejable acudir en casos de drogadicción a la atenuante muy cualificada, pues los supuestos de especial intensidad que pudieran justificarla tienen un encaje más apropiado en la eximente incompleta".

Por todo ello, el motivo ha de ser desestimado.

Cuarto.

El cuarto motivo se basa en infracción de ley, al amparo del art. 849.1º de la LECr , por aplicación indebida del art. 22.6º, abuso de confianza , respecto del delito de robo.

1. Para la recurrente, la relación de confianza, propia de la agravante, no se atisba a descubrir por el mero hecho de ser sobrina de la perjudicada. La sentencia se apoya en el conocimiento por la acusada de unos elementos como que su tío había sido joyero, que poseía joyas que guardó al liquidar el negocio, así como el dato de las bodas de oro. Todo lo cual sin duda, por no ser un secreto, había trascendido del seno de la familia .

2. El abuso de confianza supone el quebrantamiento de un deber de lealtad y el atropello de la fidelidad que la víctima deposita en su agresor y que este traiciona (STS 24-4-02 ; ATS 19-4-2007, nº 719/2007).

Y esta Sala (Cfr STS nº 842/2005, de 28 de junio ; STS 11 de diciembre de 2000) ha declarado que "el abuso de confianza exige, como circunstancia agravante, una relación especial subjetiva y anímica, entre el ofensor y la víctima, relación de confianza que ha de encontrar su razón o causa en una serie de circunstancias distintas, nacidas de diversas motivaciones, bien sean relaciones laborales, amistosas, convivencia de vecindad, razones familiares o cualquier otra, que genere una especial confianza en virtud de la cual se inhibe la sospecha o la

desconfianza. La agravante requiere además que el autor se aproveche de las facilidades que para la comisión del delito implican los referidos vínculos, lo que significa una mayor posibilidad en la ejecución del mismo. Y esa confianza ultrajada se manifiesta como un plus de culpabilidad, al revelar una mayor perversión en la ejecución de unos actos constitutivos de unos delitos que no la llevan implícita, como sucede en los apreciados en este caso (robo con violencia y lesiones)".

3. Puesto que el motivo que se formula lo es por error iuris o infracción de ley ,preciso es atender a lo proclamado en los hechos probados. El cauce procesal en el que se residencia el motivo exige el respeto al relato fáctico de la sentencia de instancia (STS 26-2-02), de donde resulta, sin ninguna duda, que la acusada y sus compañeros en su actividad depredatoria (apoderamiento de dinero y joyas en la vivienda) se prevalieron de la información minuciosa que tenían de las costumbres y actividades de las víctimas, en cuanto que se describe que: "La acusada Lucía es sobrina de Tamara , motivo por el cual sabía que Tamara y su marido, Mario , guardaban en su domicilio dinero y joyas que eran piezas que no se habían vendido tras la liquidación del negocio de joyería de Mario y otras pertenencias al mismo y sus familiares, conociendo igualmente que el día 21 de abril de 2012 se disponían a celebrar sus bodas de oro. También por esta relación familiar tenía constancia que Tamara iba los jueves al mercado y regresaba sobre las 10'30 horas a su domicilio donde se quedaba sola mientras su marido iba a almorzar...."

El previo conocimiento de semejantes extremos por parte de la acusada, por cierto, reconocido en el Motivo, por más que se argumente, no es extendido, en el factum , a las otras tres personas que acompañaron a aquélla, como tampoco determina la declaración de hechos probados lo que en el Motivo quiere presentarse tan solo como presunción, esto es, que fuera conocido de los habitantes de la ciudad la existencia de joyas y dinero en el domicilio.

Y, es claro, que la acusada se aprovecha de toda la expuesta información para la ejecución de los actos depredatorios dándola a conocer al resto de los intervinientes en la sustracción. En efecto, se comprueba con el factum : 1º) que el asalto se lleva a cabo sobre las 10.00 horas de un jueves 19-4-2012, es decir, hora y día de la semana en el que Tamara va a estar sola en el domicilio y, también, dos días antes de la celebración de sus bodas de oro; 2º) que los asaltantes conocen que en dicho momento el marido de Tamara no se encuentra en casa, lo que va a facilitar la ejecución del delito y es la razón por la que aquéllos acuerdan dejar a uno (Alberto) vigilando en la calle para que Mario . no regresara a su domicilio; 3º) que los asaltantes consiguen acceder primero al edificio y, después, a la vivienda, sirviéndose del ardid de decir a la moradora que "venían a traer un regalo del banco por las bodas de oro", lo que permitió que ésta les abriera la puerta de abajo y la de la vivienda ; 4º) que los acusados saben

de antemano que van a lograr su objetivo económico pues conocen que en la vivienda se guarda dinero y joyas.

Por tanto, los elementos de la agravante genérica de abuso de confianza fluyen sin dificultad pues sin tales conocimientos no es posible realizar con éxito un atraco a determinada persona, en un específico lugar y tiempo y en las concretas circunstancias en que se ejecutó.

Ha de añadirse, además, -como apunta el Ministerio Fiscal-, que la pena impuesta por la Audiencia Provincial no ha sido respetuosa con las exigencias del art. 66.1.3ª del Código Penal pues, si conforme al art. 242.2 del Código Penal, la pena a imponer es de 3 años y 6 meses de prisión a 5 años y ésta ha de establecerse, conforme al art. 66.1.3ª, en su mitad superior, dicha extensión comprende de 4 años, 3 meses y 1 día a 5 años. La Sala de instancia ha impuesto la pena de 4 años y 2 meses de prisión por lo que la ha determinado en la mitad inferior de la pena imponible sin tener en cuenta la existencia de la agravante.

Por todo lo cual, el motivo ha de ser desestimado.

Quinto.

El quinto motivo se articula por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º de la LECr, por aplicación indebida del art. 22.6º, abuso de confianza, respecto del delito de detención ilegal.

1. La recurrente reprocha la apreciación del abuso de confianza como agravante en el delito, no solo de robo, sino en el de detención ilegal, entendiendo que sólo debería haber sido apreciada en el primero, pero no en el segundo que es consecuencia del anterior. Y destaca que de los hechos probados no resulta que la información contenida en virtud de la confianza facilitara otro delito que el de la entrada en el domicilio para cometer el delito de robo, no teniendo relación con la detención ilegal subsiguiente.

2. El Ministerio Fiscal apoya el motivo, alegando, por un lado, que la inmovilización de Tamara a la vista del factum tiene lugar una vez producido el acto depredatorio y al margen de las relaciones familiares existentes entre acusada y víctima o de los conocimientos, que, por mor de las mismas, logró adquirir pues éstos, decisivos para la violenta sustracción, carecen de relevancia en la detención ilegal.

Además, el Ministerio Fiscal expone otra razón, no alegada por la recurrente, y que reside en que la agravante de abuso de confianza no fue postulada en la instancia por el Ministerio Fiscal o la acusación particular por lo que, al apreciarla el Tribunal, sobrepasa los límites del principio acusatorio ocasionando una evidente indefensión a la acusada (cfr. STS 27-3-2000 y las en ella citadas). En efecto, el Fiscal, en su escrito de acusación, obrante a los folios 534 y ss,



www.civil-mercantil.com

únicamente interesó la concurrencia de la agravante de abuso de confianza en el delito de robo y, en el trámite previsto en el art. 780.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , no existió escrito de la acusación particular que se personaría en un momento procesal posterior (f-29 del rollo de la Sala provincial). Por su parte, tras el visionado del soporte donde quedó grabado el juicio oral se comprueba que el Fiscal no modificó sus conclusiones en este punto y la acusación particular se limitó a adherirse a las formuladas por aquél.

Por ambas razones, el motivo ha de ser estimado, sin perjuicio de lo que digamos con relación a los motivos octavo a undécimo.

Sexto.

Los motivos sexto y séptimo se formulan por infracción de ley , y de precepto constitucional, al amparo del art. 852 de la LECr , por haber mediado vulneración del art 24. CE , al negársele su derecho a la presunción de inocencia y tutela efectiva , produciéndole indefensión y agravio comparativo, al condenar por un delito del que se absuelve a otro coacusado con el mismo grado de participación.

1. Denuncia la recurrente el hecho de que, después de declararse probado que los acusados estaban concertados entre sí, la sentencia de instancia absuelve al coacusado Alberto del delito de detención ilegal, con infracción del principio de igualdad proclamado por el art 14 de la CE .

2. Es doctrina del TC (Cfr. STC 58/2006, de 27 de febrero) que la vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación judicial de la ley se produce cuando un mismo órgano judicial se aparta de forma inmotivada de la interpretación de la ley seguida en casos esencialmente iguales. En el presente caso, como se comprueba con la lectura del factum , no se trata de supuestos esencialmente iguales pues, de un lado, aquél refiere, respecto de ambos acusados, que están "concertados entre sí y con la intención de apoderarse de las joyas y dinero" y, por otro, añade el Tribunal en el segundo párrafo del Fundamento de Derecho Primero que no consta que Alberto tuviese conocimiento del propósito de privar de movimientos a la víctima de quienes subieron a la vivienda. Aparece, pues, determinado respecto de Alberto , la falta del elemento cognoscitivo del dolo en la detención ilegal producida lo que impide afirmar la existencia de culpabilidad en el mismo.

Por tanto, son hechos diferentes, según la Sala de instancia, los que se han acreditado respecto de uno y otro acusado lo que imposibilita apreciar cualquier clase de infracción del principio de igualdad.

Consiguientemente, ambos motivos han de ser desestimados, sin perjuicio de lo que diremos a continuación respecto de los motivos octavo a undécimo.

Séptimo.

El motivo octavo , se formula por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º de la LECr , por aplicación indebida del art.163.1 º y 2º CP , al quedar absorbida dicha conducta por la de los arts 237 y 242 CP . El noveno y el décimo , lo hacen por infracción de ley , y de precepto constitucional, al amparo del art. 852 de la LECr , por haber mediado vulneración del art 24. CE , y del derecho a la presunción de inocencia , al condenarse por el delito del art. 163.1 º y 2º CP , al quedar absorbida dicha conducta por la de los arts 237 y 242 CP .Y, finalmente, el undécimo, alega infracción de ley, al amparo del art. 849.1º de la LECr , por inaplicación indebida del art. 8 CP , condenando aplicando por separado el art.163.1º CP , y por otro lado el art 237 y 242.1 º y 2º CP .

1. Desde la vertiente constitucional y de legalidad ordinaria, defiende la recurrente que no existió el delito de detención ilegal pues el tiempo de privación fue mínimo ya que, según el factum , la víctima pudo liberarse por sí misma en un lapso de tiempo inmediato por lo que la privación de libertad ha de considerarse absorbida en el delito de robo con violencia.

2. Es cierto que esta Sala ha declarado que el delito de detención ilegal es de consumación instantánea, pues se produce con la privación de libertad , mediante el encierro o la detención. Y que la acción de encerrar o detener a una persona puede resultar autónoma y ser constitutiva del delito de detención ilegal, o bien quedar embebida en otras que puedan conllevar cierto nivel de privación de libertad de la víctima (robos con intimidación o contra la libertad sexual).

Así es doctrina de esta Sala (SSTS. de 28-9-1989 , 3-5-1990 , 21-10-1991 , 22-11-1991 , 24-11-1992 , 1018/1993, de 3-5 , 1122/1993, de 18-5 , 1354/1993, de 4-6 , 1959/1993, de 10-9 , 745/1994, de 7-4 , 23-5-1996 , 6-7-1998 , 11-9-1998 , 27-12-1999 , 408/2000, de 13-3 y 157/2001, de 9-2 ; 22-12-2009, nº 1352/2009), que el delito de Robo solamente absorbe al delito de Detención ilegal 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, según el modus operandi , afirmándose por el contrario la autonomía de la detención ilegal cuando el tiempo de la supresión dolosa de la libertad excede del que fue preciso para efectuar la sustracción.



www.civil-mercantil.com

Concretamente, la STS nº 278/03, de 29 de mayo , recuerda que cabría la consunción de las privaciones de libertad en el delito de robo, cuando aquéllas se produjeran durante el tiempo estrictamente necesario para el desapoderamiento de bienes.

Por su parte, la STS nº 372/03, de 14 de marzo ,señala que es cuestión, siempre controvertida, el concurso delictivo entre el robo con intimidación y la privación de movimientos de su víctima, y que la misma ha tenido en la jurisprudencia dos elementos de definición, principalmente: la duración de la privación de libertad de deambulación, en combinación con las concretas circunstancias del acto depredatorio contra la propiedad, analizado con parámetros de necesidad o de desbordamiento, y el mantenimiento en dicha situación después de abandonar el lugar, los autores del atraco, a sus víctimas en estado de inmovilización.

La misma resolución cita las sentencias de 9-10-2002 y de 23-01-2003 , según las que la regla fundamental para conocer si estamos ante un concurso de delitos o de normas ha de ser necesariamente una valoración jurídica por la cual, si la sanción por uno de los dos delitos fuera suficiente para abarcar la total significación antijurídica del comportamiento punible, nos hallaríamos ante un concurso de normas; y en el caso contrario, ante un concurso de delitos. Y que la jurisprudencia ha exigido para entender que la privación de libertad no queda absorbida en la dinámica propia del robo, que el encierro o el traslado no queridos rebasen el tiempo normal y característico de la mecánica comisiva del robo, debiendo quedar excluidas del tipo sancionador de la privación de libertad las inmovilizaciones del sujeto pasivo del robo de corta duración e inherentes a la actividad expoliatoria desplegada por los sujetos agentes, sin sustantividad propia penal, que queda absorbido por el comportamiento depredatorio

Esta Sala en sentencia de 7-9-2009, núm. 878/2009 (en un supuesto en que la detención del director de una sucursal bancaria duró 50 minutos), precisó que la relación entre el delito de detención ilegal y otros delitos, singularmente robos con intimidación o agresiones sexuales y determinación coactiva a la prostitución de otra persona, plantea diversas situaciones concursales o de autonomía de las infracciones concernidas que, a veces no sin contradicciones, han sido resueltas por esta Sala en un riguroso análisis individualizado, caso a caso. En general, se pueden establecer los siguientes supuestos:

1º) Cuando la detención no es el medio comisivo para la ejecución de otros delitos. En tal caso, es patente que se está ante un concurso real de delitos, y por tanto cada delito mantiene su propia autonomía y sustantividad. Son casos en los que la privación de libertad puede coincidir temporalmente con el delito principal, pero no está relacionado con él, no es medio instrumental para la ejecución de éste, o incluso puede aparecer la detención con posterioridad a la ejecución de aquél, generalmente para facilitar la impunidad del mismo,



www.civil-mercantil.com

serían supuestos de este concurso real una detención cuya duración excediera, y con mucho, el tiempo necesario para el acto depredatorio, o llevada a cabo después de éste para facilitar la impunidad.

2º) Una detención ilegal, arbitrada e instrumentalizada como medio para perpetrar el robo (por ejemplo) pero cuyo tiempo excede del necesario para ejecutar el robo, como por ejemplo conducir a una persona por varias calles con el fin de extraer dinero de diversos cajeros automáticos. Se estaría ante un concurso medial/instrumental, también llamado por la doctrina como concurso ideal impropio bien que sometido en cuanto a su penalidad a las reglas del concurso ideal propio entendiéndose por tal cuando un hecho constituya dos o más infracciones. Técnicamente, en el concurso medial/instrumental, hay dos delitos el principal y aquél que es el facilitador del primero, solo que, como se dice en la STS 590/2004 de 6 de mayo, está sometido a las reglas punitivas del concurso ideal propio. De ahí las confusiones que a veces se observan en las construcciones doctrinales. Pues bien, en este supuesto de exceso en cuanto a la duración de la detención, se estará en la figura del concurso ideal impropio o instrumental a sancionar de acuerdo con las reglas del art. 77 ya que la sanción por el delito principal no cubre toda la culpabilidad ni la antijuridicidad del hecho.

3º) Como tercer supuesto, se estaría en el caso en el que la detención de libertad coincide temporalmente y exactamente con el tiempo necesario e imprescindible para cometer el delito principal. Son los casos en los que el tiempo de detención coincide con el acto depredatorio patrimonial, o el ataque a la libertad sexual. En tal caso, el desvalor de la acción de detener queda absorbido e integrado en el desvalor del acto depredatorio, por lo que solo se sancionaría el delito principal, ya sea el robo o de agresión sexual.

Como se dice en la STS 1539/2005 en relación a la ponderación de si el tiempo de detención coincide o no con el imprescindible para la comisión del otro delito "...el término bastante tiempo es indeterminado...", y por ello es preciso un estudio individualizado caso a caso para llegar motivadamente a conclusiones seguras. Una vez más hay que recordar que el enjuiciamiento, todo enjuiciamiento, es una actividad individualizadora.

La STS 27-11-2013, nº 887/2013 condensa la doctrina de esta Sala y que es oportuno reproducir. Ésta nos dice: "Tiene declarado esta Sala, como es exponente la sentencia 73/2005, de 31 de enero, que se distinguen en el plano teórico tres situaciones distintas. Así, la Sentencia 337/04 (también SSTs 1632 y 1706/02, 372/03 o 931 y 1134/04), definiendo la relación del delito de robo con intimidación y el de 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



www.civil-mercantil.com

cosa mueble que se va a sustraer, y la privación de la libertad ambulatoria de la víctima queda limitada al tiempo e intensidad estrictamente necesario de la víctima queda limitada al tiempo e intensidad estrictamente necesario para efectuar el despojo conforme a la dinámica comisiva empleada, entendiéndose que solo 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 ambulatoria del perjudicado (art. 8.3 C.P .). 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 necesario para cometer el delito de robo con intimidación se dará el concurso ideal siempre que aquella (la privación de libertad) constituya un medio necesario, en sentido amplio y objetivo, para la comisión del robo, pero su intensidad o duración exceden de 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 previa y necesariamente (art. 77.1 C.P .) 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 de 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)". En este último caso, es indudable que la privación de libertad ambulatoria no se limitó al tiempo e intensidad necesarios para efectuar el despojo conforme a la dinámica comisiva empleada. Siendo así, la detención ilegal no quedó absorbida en el robo, ya que se extralimitó y excedió de la mínima duración temporal referida al episodio central del apoderamiento, al haber rebasado con mucho tales límites.



www.civil-mercantil.com

3 . En el caso sometido a nuestra consideración, la privación de libertad se produce, en efecto, durante el tiempo de duración que se destaca en el "factum" y del modo que se relata. Así se declara probado que ;" Una vez en el lugar ..., mientras Alberto permanecía en la calle, vigilando que Mario no regresase a la vivienda, con el fin de facilitar la actividad de despojo del resto de sus acompañantes, Lucía y los otros dos consiguieron subir a la vivienda de Tamara , diciéndole uno de ellos a través del videoportero que venían a traer un regalo del banco por las bodas de oro, accediendo al piso de Tamara , donde los dos hombres le dijeron que les diera el dinero y las joyas o la matarían, aviniéndose ella a abrir la caja fuerte, ante el temor de que cumpliesen tal conminación; y las dos personas y Lucía se apoderaron de dinero y joyas que había en su interior. A continuación, los dos asaltantes varones sentaron a Tamara en un sillón y le ataron los pies y la sujetaron rodeando el cuerpo, los brazos y el sillón con cinta adhesiva que previamente llevaban consigo con la intención de privarle de la posibilidad de moverse, al objeto de asegurar su huída y abandonaron el lugar en el vehículo conducido por Alberto , sabiendo que Mario no tardaría en llegar a casa. Muy poco después de irse los ladrones Tamara consiguió zafarse, sin especial dificultad, de la sujeción a la que le habían sometido."

De tal relato conviene destacar las siguientes circunstancias: 1º)Que los autores privan de la posibilidad de moverse a la víctima , al objeto de asegurarse su huida. 2º)Que, sin solución de continuidad o inmediatamente, sabiendo que Mario (marido de Tamara) no tardaría en llegar a casa... abandonaron el lugar en el vehículo.... Y 3º) Que , muy poco después de irse los ladrones, Tamara consiguió zafarse...Y 4º) Que esto lo hizo Tamara (a pesar de la edad y condición física inherente a una persona a punto de celebrar el cincuenta aniversario de su casamiento) , sin especial dificultad.

Es cierto que en la sentencia 1202/2011, de 15 de noviembre , se contempla el caso en que "la inmovilización de la víctima, propia de todo apoderamiento violento, como el que sufrió la dueña de la joyería, excedió del tiempo necesario para el despojo, siendo conducida al taller y quedando totalmente inmovilizada al ser atada de pies y manos con cinta adhesiva en la boca, y así quedando abandonada a su suerte cuando se marcharon los recurrentes. De modo que poco importa a los efectos de la calificación jurídica que ésta pudiera, poco después de la huida de aquéllos ser liberada . Es evidente que existió un plus de antijuridicidad en la acción que da vida al delito de detención ilegal en concurso ideal con el delito de robo, como bien lo calificó la sentencia sometida a este control casacional."

Ciertamente, el supuesto aquí descrito, aunque tiene cierto parecido con el nuestro , en cuanto que la liberación se produce poco después, difiere esencialmente en cuanto al tiempo, porque en nuestro caso, ella se produce muy poco después ; y en cuanto a la forma,



www.civil-mercantil.com

consiguiendo zafarse, es decir ,mediante actuación propia, o autoliberación por la propia víctima; y sin gran esfuerzo, o especial dificultad.

Puede concluirse, por tanto, que en el caso sometido a nuestra consideración la inmovilización de la víctima -a falta de mayores precisiones fácticas-, no excedió de la mínima duración temporal referida al episodio central del apoderamiento, no habiendo rebasado con mucho tales límites; máxime si se tiene en cuenta que no puede desgajarse de tal episodio , el tiempo, que no fue otro, que el mínimo imprescindible para salir de la vivienda los autores del expolio.Y así, la sanción por el delito de robo es suficiente para abarcar la total significación antijurídica del comportamiento punible, no habiendo la privación de libertad afectado ,de un modo relevante y autónomo, al bien jurídico protegido por el delito de detención ilegal.

Consecuentemente, los motivos han de ser estimados , con los efectos absolutorios que se determinarán en segunda sentencia.

Octavo.

- En virtud de lo expuesto procede ESTIMAR EN PARTE el recurso de casación interpuesto tanto por la representación de Dña. Lucía , declarando de oficio las costas, de acuerdo con las previsiones del art.901 de la LECr .

III. FALLO

Debemos estimar y estimamos en parte el recurso de casación por infracción de ley y de precepto constitucional interpuesto por la representación de D^a Lucía , contra la Sentencia de la Sección 10^a de la Audiencia Provincial de Alicante, de fecha 5 de Julio de 2013 , en causa seguida Rollo con el nº 11/2013 por delito de robo con violencia y detención ilegal.

Y se declaran de oficio las costas ocasionadas en el presente recurso. Comuníquese esta sentencia, y la que a continuación se dictará, a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamosD. Andres Martinez Arrieta D. Francisco Monterde Ferrer D. Luciano Varela Castro D. Manuel Marchena Gomez D. Alberto Jorge Barreiro

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintidós de Enero de dos mil catorce.



www.civil-mercantil.com

El Juzgado de Instrucción núm. 1 de Villena, incoó Procedimiento Abreviado nº 47/2012 por delitos de detención legal, y robo con intimidación, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Alicante, cuya Sección Décima, dictó sentencia, en fecha cinco de Julio de 2013 que fue recurrida en casación por la condenada y que ha sido parcialmente casada y anulada por la dictada en el día de hoy, por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo ; por lo que los mismos Magistrados que formaron Sala y bajo la misma presidencia y ponencia, proceden a dictar esta segunda sentencia con arreglo a los siguientes:

I. ANTECEDENTES

Primero.

Se dan por reproducidos los antecedentes de hecho de la sentencia de instancia.

Segundo.

Damos por reproducidos los hechos probados de la sentencia recurrida, en cuanto no se opongan a lo declarado en la sentencia de casación.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único.

De conformidad con lo argumentado en el fundamento jurídico séptimo nuestra sentencia casacional, debemos absolver a DÑA Lucía del delito de detención legal, por el que fue condenada en la sentencia anulada. Y se mantiene en su integridad el resto de los pronunciamientos de la mencionada sentencia, a excepción de las costas de la instancia que deberán ser reducidas de modo proporcional.

III. FALLO

Debemos absolver y absolvemos a DÑA Lucía del delito de detención ilegal por los que fue condenada en la sentencia anulada. Y se mantiene en su integridad el resto de los pronunciamientos de la mencionada sentencia, a excepción de las costas de la instancia que deberán ser reducidas de modo proporcional conforme a este fallo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Andres Martinez Arrieta D. Francisco Monterde Ferrer D. Luciano Varela Castro D. Manuel Marchena Gomez D. Alberto Jorge Barreiro



www.civil-mercantil.com

PUBLICACIÓN .- Leidas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Monterde Ferrer, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.