

**BASE DE DATOS DE Norma DEF.-**

Referencia: NCJ064475

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sentencia 631/2019, de 18 de diciembre de 2019

Sala de lo Penal

Rec. n.º 10405/2019

**SUMARIO:**

**Escrito de acusación. Extemporaneidad y alcance. Modificación de conclusiones. Detención ilegal. Robo. Concurso medial.** La presentación fuera de plazo de un escrito de acusación no acarrea sin más su ineficacia. Si se trata del Fiscal, estaremos ante una irregularidad que podrá influir, si el retraso fuese desmesurado, en la apreciación de una atenuante de dilaciones indebidas. Tampoco en el caso de una acusación no pública podría llegarse automáticamente a su apartamiento del proceso, si no es previo requerimiento judicial, ya que sería desproporcionado

La modificación de conclusiones por una acusación en el juicio oral en aspectos estrictamente jurídicos, es legítima siempre que no desborden los linderos del objeto procesal previamente acotado. Frente a esa modificación la defensa está facultada para reclamar un aplazamiento para una específica preparación que le permita refutar los aspectos novedosos de la acusación y, eventualmente, para solicitar pruebas que pudieran aparecer como pertinentes frente a los nuevos términos de la acusación, no siéndolo en cambio en relación a su formato inicial.

Relaciones entre los delitos de detención ilegal y robo. Habrá concurso medial o real, según los casos, cuando la privación de libertad deambulatoria excede de la que puede considerarse inherente a todo robo con violencia o intimidación. Si son varios los detenidos el eventual concurso medial solo podrá abrazar una de las detenciones castigándose por separado las demás. Si la detención ilegal es concomitante a un delito de robo, la consumación de este supone por definición normalmente la inaplicabilidad del art. 163.2 CP (subtipo atenuado por no haberse logrado el objeto propuesto); si bien podrían dejarse a salvo supuestos excepcionales en que la detención esté animada por otros móviles diferenciados de la acción depredatoria y la huida.

**PRECEPTOS:**

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 76, 77, 163 y 242.

Ley Orgánica 6/1985 (LOPJ), arts. 11.1, 184 y 242.2.

Ley de Enjuiciamiento Criminal, arts. 201, 215, 299, 369, 732, 733, 746, 747, 779, 780, 788, 793, 800 y 850.

Ley 1/2000 (LEC), arts. 133 y 135.

**PONENTE:***Don Antonio del Moral Garcia.*

Magistrados:

Don ANDRES MARTINEZ ARRIETA  
Don FRANCISCO MONTERDE FERRER  
Don ANTONIO DEL MORAL GARCIA  
Don SUSANA POLO GARCIA  
Don CARMEN LAMELA DIAZ

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 631/2019



Fecha de sentencia: 18/12/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10405/2019 P

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 19/11/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

Procedencia: Tribunal Superior de Justicia País Vasco.

Letrado de la Administración de Justicia: Sección 2ª

Transcrito por: IPR

Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: 10405/2019 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

Letrado de la Administración de Justicia: Sección 2ª

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 631/2019

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Antonio del Moral García

Dª. Susana Polo García

Dª. Carmen Lamela Díaz

En Madrid, a 18 de diciembre de 2019.

Esta sala ha visto los recursos de casación acumulados bajo el nº 10405/2019 interpuestos por Arturo, representado por la procuradora D.ª María Victoria Guillén Ortego y bajo la dirección letrada de D.ª Maira Colado García; y Benito y Borja representados por el procurador Sr. Luciano Rosch Nadal y bajo la dirección letrada de D. Luis Miguel Menica Landabaso contra sentencia de fecha 16 de mayo de 2019 dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco que desestimaba el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia nº 22/2019 de fecha 22 de enero de 2019 dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Vizcaya en causa seguida contra los mismos por delitos de detención ilegal en concurso medial con un delito de robo. Ha sido parte también el Ministerio Fiscal.



Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García.

### ANTECEDENTES DE HECHO

#### Primero.

Seguido por la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección Sexta), procedimiento elevado por el Juzgado de Instrucción nº Dos de DIRECCION001, se dictó Sentencia, con fecha 22 de enero de 2019 que recoge los siguientes Hechos Probados:

"Los acusados Arturo, Borja y Benito, el primero natural de Venezuela y en situación de estancia irregular en territorio nacional y los otros dos naturales de Colombia, cuyas demás circunstancias personales constan en las actuaciones, en unión de otras personas, idearon un plan para perpetrar un asalto en la vivienda sita en la CALLE000 NUM000 de DIRECCION000, estudiando las rutinas de sus moradores y haciéndose con el material necesario para llevarlo a efecto.

En ejecución de dicho plan, sobre las 12:30 horas del día 22 de diciembre de 2017, guiados por el propósito de obtener un enriquecimiento ilícito, los acusados Borja y Benito se personaron en dicha vivienda simulando ser repartidores que se disponían a efectuar un pedido. Les abrió la puerta Dña. Sabina, entrando ambos portando un paquete y procediendo acto seguido a amenazarla con una pistola. Inmediatamente después entró en el domicilio el también acusado Arturo, el cual iba provisto de una pistola y de un destornillador terminado en punta. En algún momento posterior no exactamente determinado entró en la vivienda una cuarta persona cuya identidad se desconoce. Los asaltantes la condujeron a las estancias de la parte superior de la casa donde les abrió la caja fuerte y les entregó dinero y joyas y objetos de valor que le exigieron.

En ese momento se encontraba en la vivienda la novia de su hijo, Dña. Victoria, que estaba en la parte exterior, y que al poco tiempo entró en la vivienda por el garaje. Cuando se disponía a acceder al hall se encontró en las inmediaciones de la escalera de subida con el acusado Arturo que, amenazándola con el destornillador y la pistola mencionados, la interceptó y la subió al salón en compañía de otro asaltante. Los acusados procedieron igualmente a subirla a la planta superior, entregándoles una cantidad de dinero que tenía.

Una vez obtuvieron de ambas todo lo que pudieron, los asaltantes bajaron a las dos al garaje atadas, amordazadas y con los ojos tapados, y quedaron allí retenidas.

Sobre las 13:20 horas llegó a la vivienda el hijo de Sabina. D. Jon, quien nada más entrar se vio sorprendido por tres de los asaltantes que le estaban esperando esgrimiendo un destornillador y lo que parecía ser una pistola, y quienes procedieron inmediatamente a taponarle los ojos, amordazarlo y atarlo del mismo modo que a las dos anteriores, llevando a los asaltantes hasta distintas dependencias de la vivienda en la que conocía que existían dinero u objetos de valor. Los asaltantes procedieron igualmente a bajar a Jon al garaje donde permaneció igualmente retenido en compañía de las dos anteriores.

Sobre las 13:45 horas llegó al domicilio D. Mauricio, acompañado de sus dos hijas Dña. Marí Jose y Dña. Adelina, siendo igualmente que el anterior, inmediatamente abordadas por los asaltantes. En concreto el acusado Arturo se abalanzó sobre Adelina reduciéndola y amenazándola con un destornillador. Uno de los asaltantes retuvo en el salón a las dos hermanas mientras otros se encargaban de conducir por las distintas estancias de la casa a Mauricio conminándole a la entrega de todo cuanto de valor pudiera haber en la vivienda, llevándoles finalmente a una librería en la que les entregó diversas joyas y una colección de monedas de oro antiguas y un lingote de oro. Una vez finalizaron con él lo ataron y amordazaron e igualmente ataron a Marí Jose y a Adelina, bajando a los tres igualmente al garaje donde se encontraron con las otras tres personas que se encontraban retenidas.

Al poco tiempo, una vez los asaltantes consideraron que ya no era posible hacerse con más dinero u objetos de valor en la vivienda, dejando a sus moradores en las circunstancias que han sido apuntadas, la abandonaron. Instantes después Dña. Adelina consiguió liberarse de sus ataduras y utilizar su teléfono móvil que conservaba para avisar a la policía. Consta que la llamada se recibió en el Servicio de Emergencias 112 a las 14:28 horas.

Los acusados llevaron a cabo estos hechos profiriendo constantemente frente a los moradores expresiones amenazantes de hechos violentos tales como rajarles la cara, cortarles un dedo, etc., y exigiendo bajo estas amenazas la entrega de dinero o de objetos de valor, consiguiendo de este modo apoderarse de 1.700 euros de Sabina, 1.400 euros de Jon, 1.600 euros de Mauricio, 1.200 euros en billetes de lotería, numerosas joyas y relojes y una colección de monedas de oro y un lingote de oro que no han podido ser tasados pericialmente. Se apoderaron también de diversos objetos tasados en 1.401 euros consistentes en diversos regalos navideños (un



monedero, un teléfono marca Huawei, una videoconsola Nintendo, una colonia Paco Rabanne Pure XS, una colonia Solo de Loewe esencial, unas zapatillas, un jersey y ropa interior) los teléfonos móviles de Sabina, Victoria, Jon y Marí Jose, un rotulador Parker, una maleta roja y un joyero de piel. La compañía aseguradora indemnizó parcialmente a los perjudicados en una cantidad que no consta. Los perjudicados reclaman por el perjuicio no indemnizado.

En la ejecución del hecho los acusados actuaron vestidos de modo semejante con ropas y botas oscuras y utilizaron medios tales como buffs, gorros de lana o pasamontañas para cubrirse el rostro durante gran parte del asalto, pero en diversos momentos prescindieron de dichas prendas. En particular, los acusados Borja y Benito entraron inicialmente en la vivienda a cara descubierta y el acusado Arturo se encontraba igualmente con la cara descubierta cuando tuvo el encuentro con la Sra. Victoria que ha quedado señalado".

### **Segundo.**

La sentencia de instancia dictó el pronunciamiento siguiente:

"Que DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a Arturo, Borja y Benito, como autores penalmente responsables de un delito de detención ilegal en concurso medial con un delito de robo con violencia e intimidación en casa habitada y con utilización de medios peligrosos, y de cinco delitos más de detención ilegal, concurriendo en todos ellos la circunstancia agravante de disfraz, y conforme a las reglas establecidas en el artículo 77.3 del Código Penal, tal y como ha quedado establecido en el fundamento de derecho noveno de esta resolución, a las penas de CUATRO AÑOS, SIETE MESES Y QUINCE DÍAS DE PRISIÓN, por el delito de robo y CINCO AÑOS DE PRISIÓN, por cada uno de los seis delitos de detención ilegal, con la pena accesoria en todos los casos de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y con imposición de las costas del procedimiento por partes iguales.

En aplicación de lo dispuesto en el artículo 76 del Código Penal, se establece el límite máximo de cumplimiento de QUINCE AÑOS DE PRISIÓN, triplo de la pena más grave impuesta.

Los acusados habrán de indemnizar conjunta y solidariamente a los perjudicados, representados por Mauricio, en la cantidad que represente la diferencia entre el resultado de sumar 7.301 euros más la tasación de las joyas y monedas que se efectúe en período de ejecución de sentencia, menos la cantidad en la que hayan sido indemnizados por la compañía aseguradora.

Se acuerda el mantenimiento de la situación de prisión provisional en la que se encuentran los acusados hasta el límite de la mitad de la pena impuesta."

### **Tercero.**

Notificada la Sentencia a las partes, se preparó Recurso de Apelación por los acusados Arturo, Borja y Benito, remitiéndose las actuaciones a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, que dictó Sentencia, con fecha 16 de mayo de 2019 desestimando íntegramente los recursos de apelación:

### **Cuarto.**

Notificada la Sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de Ley y precepto constitucional, por los condenados, 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 los recursos, alegando los motivos siguientes:

Motivos alegados por Arturo.

Motivo previo.- Al amparo del art. 852 LECrim por infracción del art. 24 CE (irregularidades en la instrucción). Motivo primero.- Por infracción de ley al amparo del art. 852 LECrim, y art. 5º nº 4 LOPJ por vulneración del art. 24 CE. Motivo segundo.- Por infracción de ley al amparo del art. 852 LECrim y art. 5º nº 4 LOPJ por vulneración del art. 24 CE. Motivo tercero.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim por vulneración del art. 24.1 y 2 CE, 163 y 77 CP así como 163.2 CP.

Motivos alegados por Benito y Borja.



Motivo primero.- Por infracción de ley al amparo del art. 852 LECrim, y art. 5º nº 4 LOPJ por vulneración del art. 24 CE. Motivo segundo.- Por infracción de ley al amparo del art. 852 LECrim y art. 5º nº 4 LOPJ por vulneración del art. 24 CE. Motivo tercero.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim por vulneración del art. 24.1 y 2 CE, 163 y 77 CP así como 163.2 CP.

#### **Quinto.**

El Ministerio Fiscal se instruyó de los recursos interpuestos solicitando su inadmisión y subsidiaria desestimación. La representación legal de D. Arturo mostró su adhesión al recurso interpuesto por la representación de Borja y D. Benito; y la representación legal de D. Borja y D. Benito se ha adherido igualmente al recurso de D. Arturo. La Sala admitió a trámite los recursos, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

#### **Sexto.**

Realizado el señalamiento para Fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 19 de noviembre de 2019.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

#### **Primero.**

El paralelismo de los recursos interpuestos aconseja su tratamiento conjunto como sugiere el Fiscal, sin perjuicio de contemplar las singularidades que en ciertos puntos puede ofrecer la situación o la argumentación de alguno de los recurrentes respecto a los otros.

Analizaremos en primer lugar dos cuestiones de naturaleza procesal aducidas por ambos recursos: la formulación presuntamente extemporánea del escrito de acusación (i); y la regularidad (o no) de la modificación de conclusiones verificada por el Fiscal en el plenario (ii): motivo primero tanto del recurso de Arturo como del entablado conjuntamente por Benito y Borja.

A continuación será necesario detenerse en lo que bajo la rúbrica "motivo preliminar" argumenta el escrito de recurso de Arturo en relación a supuestas irregularidades en la investigación (iii). A ello se refiere también el otro recurso (apartado B) de su motivo segundo).

La presunción de inocencia (iv) constituye denominador común de otros sendos motivos de los recursos (el segundo de cada uno de ellos).

Ventiladas esas cuestiones procesales y probatorias, estaremos en condiciones de adentrarnos en las quejas de orden penal sustantivo (v) que se articulan en algunos motivos en relación a la subsunción jurídica realizada (motivos formulados bajo el ordinal tercero).

#### **Segundo.**

Argumenta la representación procesal de Arturo (motivo previo) que determinadas deficiencias durante la fase de instrucción habrían de privar de eficacia a toda la causa en virtud de una alegada teoría del árbol caído (¿envenenado?). Sugiere en concreto que un tercero, no identificado según la versión oficial de la policía, sería, sin embargo fácilmente identificable. Fue apuntado por uno de los declarantes como posible implicado. Además se demostró errado el reconocimiento en rueda de otro investigado, justamente el que habló de ese tercero que pudiera ser un confidente policial.

El recurrente se pregunta por las razones que llevaron a incluirle en la nómina de sospechosos junto con otros tres, cuando carecen de antecedentes policiales por hechos de esta morfología. Es más, tras su detención han seguido sucediéndose robos de factura similar. A esos interrogantes contesta insinuando un supuesto ánimo espurio de la policía. Y, en contraste aparente con esta investigación, se queja de la ineficacia policial al dejar sin esclarecer un robo de características similares que él mismo había padecido. Lamenta con cierta amargura la diferencia de respuestas y resultados.

Se entretiene a continuación en secuenciar una serie de contradicciones en los testigos, así como puntos débiles de la prueba utilizada. Esto puede hacerse valer en un motivo por presunción de inocencia (que se articula luego). Pero tales contradicciones o fisuras en los testimonios no suponen irregularidad alguna en la instrucción.



Son argumentos que servirían para resaltar la debilidad de la prueba. Serán analizados en el lugar y momento oportunos (presunción de inocencia).

La argumentación o carece de potencialidad para arrastrar a la nulidad de la causa, en tanto no se identifica una específica actuación que suponga violación de un derecho fundamental ( art. 11.1 LOPJ), presupuesto necesario para contaminar el resto de actuaciones procesales y en particular la prueba desarrollada en el juicio oral; o carece de autonomía frente a otros motivos (la supuesta fragilidad del cuadro probatorio o la falta de fiabilidad de algunos testimonios son argumentos propios de un motivo por presunción de inocencia y no de uno destinado a reclamar nulidades procesales).

La fiscalización de la sentencia en casación no habilita para una generalizada revisión de la corrección de la instrucción; ni, menos aún para supervisar si la misma debiera haber conducido a otras imputaciones. Estamos revisando la sentencia recaída y, por tanto, comprobando si la condena contó con respaldo probatorio suficiente o no. Que no se haya investigado de manera suficiente o eficaz a otros sospechosos no es cuestión que nos corresponda dilucidar y, desde luego, no es algo que afecte a la situación del recurrente.

### Tercero.

La misma respuesta cabe ofrecer al apartado b) del segundo motivo del otro recurso. La queja en lo sustancial coincide con la que acabamos de rechazar: un sospechoso podría haber inducido a la policía a implicarlos en los hechos.

Es una hipótesis sin apoyo probatorio y por ello expresamente descalificada por la sentencia de instancia (vid. párrafo final del Fundamento de Derecho Sexto)

Las defensas podrían haber aportado prueba para tratar de demostrar tal hipótesis. En caso de denegación les cabría la oportuna queja ( art. 850 LECrim). Pueden también argumentar en esa dirección para intentar contrarrestar la prueba de cargo que ha fundado la condena (lo que es discurso cuyo encaje natural es un motivo por presunción de inocencia). Pero lo que no pueden es derivar de ese alegato de parte, ayuno de prueba, una nulidad.

Aún en la hipótesis aducida por las defensas, el inicio de una investigación policial a raíz de una confidencia, o su prosecución o avance con el auxilio de confidentes no es razón para la nulidad. Se tratará, eso sí, de verificar que existe prueba de cargo practicada con todas las garantías (y, entre ellas, la necesaria contradicción) para fundar la convicción de culpabilidad. Pero que en el origen de las pesquisas se encuentre o pueda encontrarse una confidencia no vulnera derecho fundamental alguno ni es causal de nulidad o de ineficacia. La conclusión a la que se llega (" la instrucción practicada en base a supuestas informaciones de una persona que está siendo investigada como confidente policial debe implicar la nulidad de las actuaciones y la absolución de los acusados") no puede suscribirse, ni en abstracto (¿una confidencia aboca a la impunidad de un delito?) ni, menos aún, en el caso concreto.

Por lo demás, como aduce con razón el Fiscal, es esta cuestión nueva no suscitada en apelación. No cabe plantear per saltum pretensiones impugnatorias no formalizadas antes aprovechando la segunda instancia.

Ambos motivos se hacen merecedores de una respuesta desestimatoria.

### Cuarto.

Los dos recursos denuncian que el escrito de acusación del Fiscal se presentó fuera del plazo de diez días establecido en la ley. De ahí derivan que deberían retrotraerse las actuaciones reponiéndolas a aquél momento para convalidar la presentación fuera de plazo del escrito con la concesión de la oportuna prórroga (¿?) Alternativamente se apunta que la extemporaneidad debería haber determinado su rechazo.

Las consecuencias del desbordamiento del plazo conferido para formular acusación han sido tratadas, entre otras, en la STS 437/2012, de 22 de mayo. Se alejan mucho de las pretendidas por los impugnantes.

Son variadas las razones que confluyen para negar al argumento blandido virtualidad alguna:

a) La presentación fuera de plazo de un escrito de acusación no acarrea sin más su ineficacia. Si se trata del Fiscal, exceptuado el caso contemplado en el art. 800.5 LECrim, estaremos ante una irregularidad que podrá influir, si el retraso fuese insólito o desmesurado, en la apreciación de una atenuante de dilaciones indebidas; o, eventualmente, desencadenar consecuencias en el ámbito interno de la Institución aunque sin repercusiones en el proceso. Tampoco en el caso de una acusación no pública podría llegarse automáticamente a su apartamiento del proceso, si no es previo requerimiento judicial ( art. 215 LECrim y STS 437/2012 citada). Anudar al mero



incumplimiento del plazo la expulsión del proceso de la acusación, sería desproporcionado. Las SSTS 73/2001, de 19 de enero y 1526/2002, de 26 de septiembre avalan esta interpretación que, por otra parte, encuentra apoyo legal en el art. 242.2 LOPJ. Absurdo se antoja acudir en este momento a una prórroga con eficacia retroactiva para reiniciar el trámite: el principio de conservación de los actos procesales plasmado en el precepto que se acaba de invocar es incompatible con esa exótica propuesta que formalizan las defensas: subsanar un pequeño retraso con unos retrasos multiplicados.

b) Más aún: en el presente supuesto ni siquiera parece exacto hablar de presentación extemporánea de tal escrito como justificó el Fiscal en su dictamen de apelación en alegato que convenció al Tribunal Superior de Justicia. Dan por supuesto los recurrentes que en ese plazo han de computarse los días inhábiles por virtud del art. 201 LECr, al no haberse abierto aún la fase de juicio oral. No es correcto tal entendimiento. "Todos los días y horas del año -reza tal precepto- serán hábiles para la instrucción de las causas criminales". La redacción proviene de la reforma operada por la Ley 1/2000, de 7 de enero que aprobaba la Ley de Enjuiciamiento Civil. Antes tal precepto decía así: "Los días en que los Juzgados y Tribunales vacaren con sujeción a la Ley, serán sin embargo hábiles para las actuaciones del sumario". Pudiera parecer una modificación estilística encaminada a enterrar una terminología rancia para adecuarla al art. 184 LOPJ. Pero tras las palabras se intuye también un cambio de paradigma: es la actividad material de instrucción de las causas criminales la que exige la declaración de habilidad de todos los días y horas. De ahí no cabe deducir sin más que en los plazos procesales establecidos en esa fase inicial del proceso deban computarse los días inhábiles. La explicación de esa aparentemente inocua modificación que se lleva a cabo en una reforma de tanto fuste como es la promulgación de una Ley de Enjuiciamiento Civil de nueva planta no puede ser una simple mejora literaria. Está fundada la opinión de que el legislador quiso mediar entre dos interpretaciones antagónicas de esa norma con consecuencias muy diferentes y ambas compatibles con la Constitución Española ( STC 1/1989, de 16 de enero). Según la primera esa declaración supondría que, en aras de la agilidad, todos los plazos procesales durante la fase de instrucción comprenderían todos los días. El entendimiento alternativo reclamaría un sentido distinto para la disposición: se está pensando en las actuaciones que materialmente puede ser calificadas de instrucción -práctica de diligencias con las finalidades previstas en el art. 299 LECrim-, pero no en actos de parte como la presentación del escrito de acusación o un recurso contra una resolución interlocutoria. La Ley ya no habla de las actuaciones del sumario, sino de la instrucción de las causas criminales. La locución concuerda mejor con la segunda interpretación apuntada. Partiendo de ella, el escrito estaría presentado en el plazo legal, en tanto que hay que estar al momento de la entrega material de las copias ( STC 208/1998, de 26 de octubre), y atendiendo a los datos expuestos por el Fiscal en su dictamen de apelación que concuerdan con el examen de los autos.

c) Nótese, a mayor abundamiento, que la resolución del Instructor confirmando ese traslado ( arts. 779.1.4ª y 780.1 LECrim) clausura la fase de instrucción. No en vano el art. 780 encabeza un capítulo que se intitula "De la preparación del juicio oral". Pese a no estar abierto el juicio oral, no se puede hablar ya en rigor de fase de instrucción. Decae con ello la eficacia del art. 201 LECrim, incluso en la más rígida de sus lecturas. Por fin, la explicación ofrecida por el Fiscal sobre la secuencia de fechas extraídas de la causa (11, 15 y 26 de octubre y arts. 133, y 135 LECivil) al impugnar el recurso de apelación fue acogida por el Tribunal Superior de Justicia al resolver la apelación. La debilidad del argumento defensivo se hace patente.

Las quejas no pueden ser acogidas.

#### **Quinto.**

Otra queja, ligada a la anterior por ambos recursos para dar contenido a un único motivo, versa sobre la modificación de conclusiones llevada a cabo por el Ministerio Público en el acto del juicio oral: convirtió la acusación por un delito de robo en concurso medial con seis delitos de detención ilegal en una petición de condena, además del concurso medial, por cinco delitos de detención ilegal desgajados de lo que inicialmente consideraba un único complejo delictivo integrado por siete infracciones.

Tampoco en este punto acompaña la razón a los recurrentes.

En principio, todas las partes -también las acusaciones- gozan de la más absoluta libertad para realizar en sus conclusiones definitivas, a la vista del desarrollo del juicio, las alteraciones que estimen convenientes. Ese principio de libertad rige sin fisuras para las defensas. Tratándose de las partes activas han de establecerse algunos límites: no caben mutaciones de los elementos básicos y esenciales que identifican la pretensión penal tal y como quedó plasmada provisionalmente en los escritos de acusación. El derecho de defensa exige el conocimiento previo de la acusación. Han de proscribirse imputaciones sorpresivas en los momentos finales del procedimiento, que impidan o dificulten la utilización de los adecuados medios -de prueba y alegaciones- para una



eficaz defensa. Para blindar ese derecho de defensa sin merma de la libertad de las acusaciones dentro de unos márgenes de perfilar definitivamente su pretensión el legislador ha previsto un concreto mecanismo: el art. 788.4 de la LECrim. Los recurrentes no acudieron a él: consciente o inconscientemente lo desdijeron.

Ahora sostienen que no es posible una modificación para agravar la calificación. La variación debiera haberse efectuado, en todo caso, dicen, al inicio del juicio en la fase de cuestiones previas.

No es así. Es más, las modificaciones al inicio del plenario están pensadas primariamente con el objetivo de facilitar una solución de conformidad. Suelen realizarse a la baja. El momento idóneo ordinario para variar la calificación provisional (y el calificativo es importante: provisional) es el trámite establecido tras la práctica de la prueba (aunque la modificación no se derive directamente de ella y estemos ante la rectificación del tratamiento jurídico inicialmente conferido a los hechos). Aceptar otra cosa significaría pervertir el sentido de las conclusiones provisionales e incluso el mismo significado del plenario.

Es verdad que no toda modificación de conclusiones es admisible. Hay que respetar el principio de unidad de objeto del proceso penal con las excepciones derivadas de la conexidad (art. 17). El objeto del proceso penal, empero, es un *factum* y no un crimen. La modificación de conclusiones no puede en principio variar el objeto procesal sustituyendo unos hechos por otros distintos desde el punto de vista naturalístico; pero sí puede variar su valoración jurídica.

Si como consecuencia de la actividad probatoria desplegada en el juicio oral aparecen hechos distintos no conexos a los que son objeto de enjuiciamiento, en principio no es dable introducirlos en la calificación definitiva (afirmación que también permitiría alguna modulación que ahora no es del caso). Pero no hay límite para reformatear o perfilar su significación jurídico penal.

Lo que hay que respetar es la identidad sustancial del hecho (que no del título de imputación - *titulus condemnationis*-). En todo lo accidental, también en aquello que, no suponiendo variación sustancial fáctica, tiene relevancia jurídica (base factual de las atenuantes o agravantes o del grado de participación o ejecución) la libertad para modificar las conclusiones provisionales carece de límites, aunque está compensada, para ahuyentar cualquier género de indefensión, por el mecanismo del art. 788.4º LECrim.

Claramente lo afirmaba la STS 1185/2004 de 22 de octubre con cita de abundantes precedentes, también del Tribunal Constitucional ( STC 33/2003, de 13 de febrero): " si bien las modificaciones del escrito de calificaciones provisionales al fijarse las definitivas que suponga una calificación más grave no lesiona el derecho a no ser condenado sin acusación, pues al ceñirse a las definitivas el órgano judicial habrá respetado este derecho, sin embargo, esas modificaciones pueden vulnerar el derecho de defensa contradictoria si el acusado no ha podido ejercer la defensa de forma plena en el juicio oral, ni proponer las pruebas que estimara pertinentes, al no conocer con carácter previo a su apertura dicha acusación (por todas STC 9/1982, de 10 de marzo ). Ahora bien, tampoco esa vulneración se produce con carácter automático derivada de la introducción de modificaciones esenciales en el escrito de calificaciones definitivas si el acusado ha ejercido el derecho de defensa contra dicha acusación a partir de su conocimiento".

Otros precedentes jurisprudenciales abundan en ese principio general de alterabilidad de las conclusiones provisionales sin el que quedaría vacío de contenido el art. 732 LECrim y se devaluaría el mismo juicio oral ( sentencias de 15 de febrero de 1986; 11 de noviembre y 30 de diciembre de 1992; 1437/1993, de 9 de junio ó 1356/1993, de 10 de junio).

Se afirma simultáneamente que esa posibilidad no es absoluta. Los condicionantes o restricciones, sin embargo, no alcanzan a la revisión de la perspectiva jurídica, siempre y cuando esa reevaluación no haya sido ya antes proscrita mediante una decisión judicial (v.gr., no puede modificarse la calificación por lesiones a una calificación por homicidio en grado de tentativa cuando se denegó el procesamiento por tal figura).

La sentencia de 19 de junio de 1990 enseña que la modificación ha de mantenerse "dentro del marco de la acción penal ejercitada". La STS 1185/2004, de 22 de octubre perfila con carácter general las relaciones entre el derecho de defensa y el principio acusatorio en relación con el trámite procesal de la modificación de conclusiones, delimitando los recursos de la defensa ante una posible modificación de conclusiones: suspensión del juicio oral por vía del art. 733 o 746. Y en la STS 1498/2005, de 5 de diciembre leemos: "...carece de todo fundamento legal y doctrinal la alegación de que la modificación de las conclusiones acusatorias efectuadas en el acto del Juicio Oral, signifique una reducción de los derechos de defensa del acusado. Dicho trámite, como es notorio, está previsto tanto en el art. 732 como en el 793.6 LECriminal, y, en términos generales, su inexistencia convertiría poco menos que en inútil toda la actividad procesal que se desarrolla en el acto trascendental del Juicio Oral y que constituye la fase esencial de todo el proceso (véanse, por ejemplo, SS.T.S. de 28 de octubre de 1.997, 12 de enero, 20 de julio, 7 de octubre y 18 de noviembre de 1.998 y, entre las más recientes, 28 de febrero de 2.001). De ahí que en dichas resoluciones se haya mantenido que el verdadero instrumento procesal de la



acusación es el escrito de conclusiones definitivas, por lo que la sentencia debe resolver sobre ellas y no sobre las provisionales. El derecho a ser informado de la acusación, junto con la interdicción de la indefensión - S. de esta Sala de 6 de abril de 1.995- suponen, de un lado, que el acusado ha de tener pleno conocimiento de la acusación contra él formulada, tanto en su contenido fáctico como jurídico, debiendo tener la oportunidad y los medios para defenderse contra ella, y de otro, que el pronunciamiento del Tribunal ha de efectuarse precisamente sobre los términos del debate, tal y como han sido formulados por la acusación y la defensa. El conocimiento de la acusación se garantiza inicialmente mediante las conclusiones provisionales y, una vez finalizada la actividad probatoria en el acto del juicio oral, mediante las definitivas en las que, naturalmente, se pueden introducir las modificaciones fácticas y jurídicas demandadas por aquella actividad, siempre que se respete la identidad esencial de los hechos que han constituido el objeto del proceso. La posibilidad de que en las conclusiones definitivas de la acusación se operen cambios, incluso relevantes, se deduce con toda claridad del art. 793.7 LECriminal, que concede al Juez o Tribunal, "cuando la acusación cambie la tipificación penal de los hechos, o se aprecie un mayor grado de participación o de ejecución, o circunstancias de agravación de la pena", la facultad de "conceder un aplazamiento de la sesión hasta el límite de diez días, a petición de la defensa, a fin de que ésta pueda aportar los elementos probatorios y de descargo que estime convenientes".

La necesidad de salvaguardar el debate contradictorio y las posibilidades de la defensa justifican la previsión del art. 788.4º LECrim que los recurrentes despreciaron. Les hubiese permitido solicitar la suspensión para preparar mejor la defensa jurídica. En este supuesto es difícil imaginar (las defensas no lo arguyen) nuevas pruebas para contrarrestar la modificación de conclusiones. Y para una mejor preparación jurídica sobre ese extremo no hubiese sido necesaria una suspensión que fuese más allá de veinticuatro horas. Es más, probablemente resultaba innecesaria. Era una cuestión jurídica puntual. La disponibilidad de un tiempo mayor (diez días completos hábiles) para combatir esa temática en vía de apelación, a los que pueden añadirse los habilitados por la ley para preparar y luego formalizar la casación (cinco y quince días, respectivamente) no parece haber propiciado el hallazgo de novedosos argumentos eficaces para oponerse a esa calificación final.

Estamos ante una mutación de la segunda de las conclusiones para ajustar la modalidad concursal ( art. 76 versus art. 77 CP) con las consiguientes repercusiones en la quinta de las conclusiones. Ese tipo de modificación está expresamente contemplado en el art. 788.4 LECrim. De forma consciente o inconsciente, el legislador no se refiere expresamente a alteraciones fácticas, o a la introducción de nuevos hechos en el escrito de calificación definitiva: sólo se alude a cambios en las conclusiones 2ª a 4ª. Eso no significa que no quepa alterar el relato fáctico (lo que normalmente comportarán también una modificación en otras conclusiones). Pero se prevén de forma explícita mutaciones en la valoración jurídica como la efectuada en este supuesto. En todos los casos en que se produce una admisible modificación de conclusiones, queda a la defensa, la facultad que le reconoce el art. 788.4 LECrim. Si la eventual afectación del derecho de defensa se puede evitar con esa posibilidad de suspensión y la defensa no la reclama, la hipotética indefensión será achacable a su indiligencia y carecerá de virtualidad para alimentar una queja.

Las defensas no protestaron ante la modificación de conclusiones, tampoco buscaron el amparo del art. 788.4. No cabe la suspensión de oficio. Ha de acordarse "a petición de la defensa". Lo declara expresamente el precepto ( STS 955/1998, de 20 de julio). Sólo la defensa puede decidir si está preparada o no para debatir la nueva calificación y si precisaría de nuevos elementos de prueba ( SSTS 518/2012, de 12 de junio y 58/2018, de 1 de febrero). No puede el Tribunal por propia iniciativa acordar la suspensión cuando las defensas no invocan su necesidad: podrá interpretarse como un insulto al suponerles faltos de preparación.

Sirvan como colofón de estas consideraciones unos reveladores fragmentos de la STC 40/2004, de 22 de marzo: " Comenzando por la primera de las vulneraciones denunciadas en ambos recursos de amparo, como recientemente afirmábamos en la STC 33/2003, de 13 de febrero , FJ 3, "desde la STC 12/1981, de 12 de abril , este Tribunal ha reconocido que en el ámbito de las garantías integradas en el derecho a un proceso equitativo ( art. 24.2 CE ) se encuentra el derecho a ser informado de la acusación y que éste se conecta con el derecho de defensa. En concreto, desde entonces hemos declarado que la información, a la que tiene derecho el acusado, tiene por objeto los hechos considerados punibles, de modo que 'sobre ellos recae primariamente la acusación y sobre ellos versa el juicio contradictorio en la vista oral', pero también la calificación jurídica, dado que ésta 'no es ajena al debate contradictorio' (FJ 4)".

Ese derecho a ser informado de la acusación, en términos suficientemente determinados para poder defenderse de ella de manera contradictoria ( SSTC 12/1981, de 10 de abril, FJ 4 ; 95/1995, de 19 de junio, FJ 3.a ; 302/2000, de 11 de diciembre , FJ 2), se convierte en un instrumento indispensable para poder ejercitar el derecho de defensa, del que forma parte esencial el derecho a contradecir la pretensión acusatoria ( SSTC 105/1983, de 23 de noviembre, FJ 3 ; 33/2003, de 13 de febrero , FJ 3), pues mal puede defenderse de algo quien



no sabe qué hechos en concreto se le imputan (por todas, SSTC 11/1992, de 27 de enero, FJ 3 ; 36/1996, de 11 de marzo, FJ 4 ; 19/2000, de 31 de enero, FJ 4 ; 278/2000, de 27 de noviembre, FJ 14 ; 182/2001, de 17 de septiembre, FJ 4 ; 170/2002, de 30 de septiembre , FJ 3).

Por ello, hemos sostenido que una modificación de los hechos y de la calificación jurídica del escrito de calificaciones provisionales, al fijar las definitivas, puede ocasionar la lesión del derecho de defensa contradictoria, "pues si, como acabamos de recordar, no puede contradecirse lo que se desconoce y la defensa se ejerce primeramente en el juicio oral, el acusado no habrá podido ejercer de forma plena su defensa, respecto de las modificaciones fácticas y jurídicas introducidas en las calificaciones definitivas, al final del juicio oral" ( STC 33/2003, de 13 de febrero , FJ 4).

Ahora bien, como también afirmábamos en esta Sentencia, ha de recordarse que dicha vulneración no se produce con carácter automático por la mera introducción de cualquier modificación en el escrito de calificación definitiva, sino que se requiere que dichas modificaciones sean esenciales respecto de la concreta figura delictiva por la que finalmente se condena, porque las diferentes garantías conectadas con el principio acusatorio se asientan en la inalterabilidad de los elementos esenciales del hecho constitutivo de infracción penal a partir de la fijación formal de la acusación en las calificaciones provisionales (por todas, SSTC 105/1983, de 23 de noviembre, FFJJ 4, 5 y 6; 36/1996, de 11 de marzo, FJ 5 ; 302/2000, de 11 de diciembre, FJ 3 ; 87/2001, de 2 de abril, FJ 6 ; 174/2001, de 26 de julio, FJ 5 ; 4/2002, de 14 de enero, FJ 4 ; 228/2002, de 9 de diciembre , FJ 5). En consecuencia, la existencia de diferencias sobre elementos no esenciales del hecho constitutivo de delito entre las calificaciones provisionales y las definitivas no suponen la vulneración del derecho de defensa ( STC 33/2003, de 13 de febrero , FJ 4).

E incluso en el supuesto de que se introduzcan modificaciones que incidan sobre elementos esenciales del hecho constitutivo de delito o que impliquen una nueva calificación jurídica, para declarar vulnerado el derecho de defensa hemos exigido que el acusado ejerza las facultades que le otorga la Ley de enjuiciamiento criminal ( arts. 746.6 en relación con el art. 747 y el art. 793.7 LECrim ), solicitando la suspensión del juicio, para poder articular debidamente su defensa ( SSTC 20/1987, de 19 de febrero, FJ 5 ; 278/2000, de 27 de noviembre , FJ 16), exigencia que responde a la aplicación de la doctrina general de que la indefensión constitucionalmente proscrita es la que deriva de la actuación del órgano judicial y no la que ocasiona la falta de diligencia procesal de la parte en la defensa de sus intereses ( STC 33/2003 , FJ 4)".

Un pasaje de la STC 33/2003, de 13 de febrero, que es invocada por la anterior sirve de broche de cierre: "si bien las modificaciones del escrito de calificaciones provisionales al fijarse las definitivas que suponga una calificación más grave no lesiona el derecho a no ser condenado sin acusación, pues al ceñirse a las definitivas el órgano judicial habrá respetado este derecho, sin embargo, esas modificaciones pueden vulnerar el derecho de defensa contradictoria si el acusado no ha podido ejercer la defensa de forma plena en el juicio oral, ni proponer las pruebas que estimara pertinentes, al no conocer con carácter previo a su apertura dicha acusación (por todas STC 9/1982, de 10 de marzo ). Ahora bien, tampoco esa vulneración se produce con carácter automático derivada de la introducción de modificaciones esenciales en el escrito de calificaciones definitivas si el acusado ha ejercido el derecho de defensa contra dicha acusación a partir de su conocimiento. En este contexto, es preciso recordar que la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el marco de la regulación del procedimiento ordinario, establece la posibilidad de que se modifiquen las calificaciones provisionales al fijarlas de forma definitiva, pues eso puede resultar necesario en virtud de la prueba practicada ( art. 732 LECrim ). Y dispone también que el órgano judicial, una vez efectuadas las calificaciones definitivas, puede someter a las partes una nueva calificación jurídica, si considera que la efectuada incurre en manifiesto error, en cuyo caso puede suspender el juicio oral si las partes indicaren que no están suficientemente preparadas para discutir la propuesta ( art. 733 LECrim ). Asimismo, prevé la suspensión del juicio oral a instancia de parte "cuando revelaciones o retractaciones inesperadas produzcan alteraciones sustanciales en los juicios, haciendo necesarios nuevos elementos de prueba o alguna sumaria instrucción suplementaria" ( art. 746.6 en relación con el art. 747 LECri). Con mayor precisión, la Ley de Enjuiciamiento Criminal prevé, para el procedimiento abreviado (art. 793.7), que "cuando en sus conclusiones definitivas, la acusación cambie la tipificación penal de los hechos o se aprecie un mayor grado de participación o de ejecución o circunstancias de agravación de la pena, el Juez o Tribunal podrá conceder un aplazamiento de la sesión, hasta el límite de diez días, a petición de la defensa, a fin de que ésta pueda aportar los elementos probatorios y de descargo que estime convenientes. Tras la práctica de una nueva prueba que pueda solicitar la defensa, las partes acusadoras podrán, a su vez, modificar sus conclusiones definitivas. En suma, no toda modificación de las calificaciones provisionales al fijarse las definitivas que incide en elementos esenciales del hecho constitutivo de delito o que implica una nueva calificación jurídica infringe el derecho de defensa si, utilizando las vías habilitadas al efecto por la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se permite su ejercicio respecto de



esos nuevos hechos y su calificación jurídica": (en igual sentido y como precedente inmediato, vid. STS 451/ 2019 de 3 de octubre).

Los recurrentes no tienen razón en este punto.

#### Sexto.

Invocan también los tres recurrentes (motivo segundo) su derecho a la presunción de inocencia ( art. 24.2 CE): los elementos de cargo serían insuficientes y no concluyentes.

No niegan la presencia de prueba incriminatoria (reconocimientos en rueda de las víctimas ratificados en el juicio oral, que vinieron precedidos de reconocimientos en fotografía); pero cuestionan su fiabilidad.

Existiendo ya un recurso de apelación donde puede cuestionarse con holgura la valoración probatoria del tribunal de instancia, la casación en este ámbito queda constreñida a aspectos muy focalizados. No puede convertirse en una tercera instancia. Hemos de limitarnos a constatar si la valoración probatoria refrendada por el Tribunal de apelación se ajusta a las reglas que conforman la presunción de inocencia.

Algunas afirmaciones previas ayudan a despejar ciertos argumentos que afloran en el discurso de los recurrentes.

a) El derecho a la presunción de inocencia no obliga a dar mayor crédito a las pruebas de descargo que a las de cargo.

b) No nos permite su invocación en casación evaluar si compartimos la valoración probatoria o la certeza mostrada por la Sala de instancia.

c) Tampoco la presunción de inocencia obliga paradójicamente a presumir que la policía actúa de forma irregular: nada permite alimentar la sospecha de que los reconocimientos practicados fueron inducidos o irregulares. Las declaraciones de testigos desmienten rotundamente esa insinuación efectuada, tan legítima como infundadamente, por las defensas.

La prueba de cargo, es contundente y concluyente.

Que no fuesen algunos reconocidos por algunos de los testigos, no es un dato exculpatario, sino una posibilidad real si se tiene en cuenta cómo operaron los autores.,

El hilo argumental inicial de los recursos gira alrededor de las supuestas deficiencias del inicial reconocimiento fotográfico en sede policial. Los requisitos ideales de esa diligencia policial admitida como medio de investigación del que no puede prescindir el sistema puede sintetizarse así: ( i) plasmación documental; ii) intervención de funcionarios policiales; iii) exhibición de una pluralidad de fotografías de personas con características fisonómicas acordes con la descripción realizada por el llamado a reconocer; iv) incomunicación entre las distintas personas que han de reconocer; v) prohibición de sugestión o dirección interesada por parte de la policía; vi) incorporación documentada de las fotografías para contar con elementos que permitan valorar su fiabilidad.

Todas esas garantías estuvieron cubiertas. Los recurrentes se deslizan en su discurso hacia territorios que nos está vedado explorar en casación en tanto se incluyen percepciones y suposiciones contrarias a las proclamadas por el Tribunal de instancia basándose en el material probatorio directamente percibido y valorado. No podemos suplantar su certeza sustituyéndola por las conjeturas de los recurrentes sobre la forma en que pudieron hacerse los reconocimientos fotográficos.

Se esfuerzan los recurrentes por imaginar deficiencias en esos reconocimientos en fotografía que o no son tales, o distan mucho de estar acreditadas. Son hipótesis o elucubraciones desprovistas de sustento probatorio.

La STS 609/2013, de 28 de junio, en texto que nos servirá para enmarcar el debate, dice sobre esta diligencia: " Con respecto al reconocimiento fotográfico ha de señalarse en primer lugar que se trata de una diligencia de investigación policial, cursada en los primeros momentos con objeto de encauzar las pesquisas para el esclarecimiento de los hechos, y que se utilizan álbumes de fotografías de delincuentes habituales en el ramo de la actividad criminal en donde se encasille el suceso en cuestión. Por consiguiente, por sí misma no tiene virtualidad probatoria, ya que va dirigida a obtener una identificación inicial de un sospechoso, el cual tendrá que ser sometido a una rueda de reconocimiento judicial, con las garantías y formalidades establecidas en los arts. 369 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , identificación que deberá ser ratificada en el plenario, a presencia del órgano de enjuiciamiento. No es que se trate de una identificación en el juicio oral, puesto que este medio probatorio forma parte propiamente de la fase de instrucción sumarial, a modo de prueba preconstituida, sino que sus resultados se validan en el plenario.



Quiere con ello decirse que si la exhibición de fotografías es una técnica de investigación policial, la mayoría de las veces, preprocesal, huelga tacharla de nula en la identificación del acusado sencillamente porque no tiene tal finalidad, sino la de encauzar las pesquisas policiales...

...De esta manera, el reconocimiento fotográfico cumplió los parámetros que exige nuestra jurisprudencia, pues se ajustó a las prescripciones legales, se llevó a cabo en dependencias policiales y bajo el control de la policía judicial. Y sobre todo, no queda acreditada, como dice el Tribunal sentenciador, de modo alguno la existencia de cualquier tipo de sugerencia o indicación por parte de los agentes, que por leve que fuera, hubiera ido dirigida hacia los testigos en orden a identificar a alguno de los que allí figuraban fotografiados.

Así, pues, no puede tacharse la diligencia preprocesal de dirección de las pesquisas policiales de nula o ilícita, y desde luego, que ninguna objeción se ha opuesto a la diligencia de reconocimiento en rueda, particularmente porque, como consta en ella, se hizo con asistencia de letrado sin que se relaten protestas de cualquier tipo...

En suma, el recurrente fue indubitablemente reconocido en diligencia de rueda, su valor identificativo no sufre merma alguna por el solo hecho de que el reconociente en ella hubiese también identificado antes, en fotografías exhibidas por funcionarios policiales en el ámbito de la investigación; práctica que no contamina ni erosiona la confianza que pueden suscitar las posteriores manifestaciones del testigo, tanto en las ruedas de reconocimiento como en las sesiones del juicio oral ( Sentencias de 14 de marzo de 1990 ; 12 de septiembre de 1991 ; 22 de enero de 1993 ; 19 de febrero y 6 de marzo de 1997 , 11 de noviembre de 1998 y 1286/2002 , de julio). En definitiva, la verdadera prueba de identificación la constituye el reconocimiento en rueda, que podemos denominar con presencia física, no esa especie de sucedáneo virtual con rueda de fotografías que sirve y cumple sus fines para el avance de las investigaciones policiales, apuntando líneas de actuación policial (eventualmente, judicial), pero que no dispensa practicar la rueda de sospechosos ante la presencia judicial, con asistencia de letrado defensor y documentación de fedatario público, que preconstituye la prueba y la dota de fuerza convictiva".

Valen esos razonamientos como preámbulo.

La concreta proyección a este asunto hemos de hacerla de la mano de la sentencia de instancia, ejemplar en lo que atañe a su exquisita y abrumadora motivación fáctica. La Audiencia Provincial razona de manera modélica su convicción, contestando a cada una de las objeciones de las defensas. Los fundamentos de derecho segundo a séptimo de la sentencia expone minuciosamente de forma convincente el cuadro probatorio sobre el que los magistrados edifican su certeza. Viene integrado básicamente por las identificaciones en rueda. Antes se expresa por qué los reconocimientos fotográficos han de considerarse correctamente efectuados y por qué no menoscaban la credibilidad de las identificaciones personales ulteriores. Y, después, se consignan otros elementos corroboradores que afianzan la convicción. Al hilo de su razonamiento la sentencia va haciéndose eco de muy pertinentes pronunciamientos jurisprudenciales que apoyan su razonamiento bien ordenado y secuenciado. Hacemos nuestra íntegramente esa extensa y cuidada motivación fáctica en la que los recursos no logran abrir la más mínima fisura. De hecho, la sentencia de apelación, para desestimar las impugnaciones, no tiene más que resumir y sintetizar lo que ya aparece exhaustivamente expuesto en la sentencia de instancia.

Destaquemos algunos pasajes más relevantes.

a) En cuanto a los reconocimientos fotográficos:

"...se encuentra todo perfectamente explicado y detallado de modo transparente en las actuaciones. A los folios 186 y ss. se encuentran documentadas las correspondientes diligencias. En cada caso se especifica qué fotografías fueron exhibidas, se identifica a quien corresponde cada una, se aportan las fotografías mismas que se enseñó a los testigos y se anota el resultado de los reconocimientos. Según se indica y se documenta con detalle, en efecto, se procedió a la exhibición de una composición de once fotografías entre las que se encontraban las de los tres entonces sospechosos, inquiriéndose a cada uno de los testigos sobre si alguna de las fotografías se correspondía con alguno de los autores de los hechos.

No tuvo lugar la clásica exhibición de álbumes de fotografías de fichas policiales, lo que en absoluto es indicativo de ninguna irregularidad. Esta exhibición es propia de supuestos en los que se carece de cualquier dato en relación con la participación de alguna persona, sometiéndose al testigo al examen de fotografías que constan en los archivos policiales de personas generalmente implicadas en delitos de análoga naturaleza a los investigados, como última o quizá única esperanza en la averiguación de la autoría.

No era esta la situación que se presentaba. Los agentes, por lo ya explicado con anterioridad, tenían fundadas sospechas acerca de la participación en los hechos de diversas personas, y consideraron oportuna la exhibición a todos los testigos de sus fotografías en unión de otras a efectos de su reconocimiento. Se trata de algo absolutamente frecuente, constatado en multitud de procedimientos cuando existe algún indicador suficiente



para albergar una sospecha previa y que aparece documentado exactamente del mismo modo en sendos atestados judiciales que son incorporados al procedimiento judicial.

Si se pudo o debió incluir en la exhibición un número mayor de fotografías es cuestión de apreciación subjetiva o de una simple opinión, pero en absoluto por el hecho de que el número fuera de once y no de quince, veinte o más, hemos de albergar un recelo o apreciar un intento de orientar o dirigir las manifestaciones de los testigos.

No se comprende tampoco bien, en este sentido, que se apunte a esta irregular intención con la alegación según la cual a los testigos se les estaba indicando que entre las fotografías se encontraban las de los autores de los hechos. Como en cualquier reconocimiento fotográfico, a los testigos se les exhiben las fotografías para que indiquen si entre ellas se encuentra la del autor de los hechos, ni más ni menos. Si lo ven dirán que sí y si no lo ven dirán que no, tal y como sucedió en esta ocasión, sin que deba apreciarse ninguna presión o pretensión irregular de manipulación en algún sentido por el simple hecho de verse interpelados a esa disyuntiva que lógicamente se acepta y se comprende como presupuesto de la diligencia en la que participan. La regularidad del reconocimiento no se ve afectada por el hecho de que la fuerza policial presente entre las fotografías las propias de las personas sobre quienes se tiene sospechas, como parece apuntarse. Es lo que sucede en muchas ocasiones y es, precisamente, el presupuesto legal de práctica de un reconocimiento en rueda, tal y como se establece en el artículo 368 LECrim..

Otra de las alegaciones se refiere a la procedencia de las fotografías. Ni se comprende ni se comparte la tacha que en este sentido se opone, simplemente por el hecho de que, ante la ausencia de imágenes propias de una ficha policial, se extrajera una fotografía de un acusado de una red social, lo que no tiene por qué propiciar una mayor propensión al reconocimiento.

Se han dirigido a los testigos numerosas preguntas y se han formulado alegaciones en relación con otro aspecto igualmente intrascendente, cual es cuándo y con quién acudieron en concreto a dependencias policiales a participar en la diligencia. Lo que consta en las actuaciones es una serie de diligencias firmadas en cada caso por quien participa individualmente en ellas, sin que conste ni que hubieran participado conjuntamente ni que se hubieran comunicado entre los testigos la composición de las baterías o el resultado de su reconocimiento o cualquier otra circunstancia relacionada con este aspecto que pudiera interferir en la fiabilidad de los reconocimientos.

Hemos de detenernos en este punto en una reflexión más general. Cuando la identificación del presunto autor de un determinado delito no es posible en los primeros compases de la investigación sobre el terreno mediante la obtención de algún elemento de prueba suficientemente consistente y cuando dicha identificación depende de la percepción visual del autor por parte de la víctima o de cualquier otro testigo, es perfectamente posible y hasta en cierto modo frecuente la aportación posterior de una nueva percepción visual en múltiples formas. El testigo puede volver a ver al autor o puede también ver en un momento posterior su imagen, puede ser que en una grabación o en una fotografía y en ambos casos en circunstancias que pueden perfectamente no tener nada que ver con un reconocimiento fotográfico. Singularmente presente en los tiempos que corren está, por ejemplo, la indicación de haber reconocido al autor de los hechos entre las múltiples fotografías que circulan y se comparten por las redes sociales, por aplicaciones de teléfonos móviles, etc., indicación que, desde luego, sirve en la práctica judicial como punto de partida de una identificación fiable. No por el hecho de que en estos casos no se haya practicado una diligencia al efecto, o no se haya señalado a una persona entre varias o no se hayan seguido unas pautas o reglas en la identificación, puede prescindirse por irregular de la identificación así obtenida, que es eficaz en el esclarecimiento de la autoría de infracciones tales como robos con intimidación, lesiones o agresiones sexuales, por citar algunas de las más frecuentes.

Precisamente la STS 444/2016 citada que es invocada vía informe por la defensa representa un ejemplo ilustrativo de las variadas posibilidades que existen en cuanto a la obtención y percepción de imágenes de presuntos autores de hechos delictivos. La resolución no contempla, en realidad, un supuesto de diligencia policial de reconocimiento. En el supuesto analizado por el Alto Tribunal, la víctima reconoció a uno de los asaltantes de su vivienda de entre las personas que formaban parte de una fotografía en la que aparecían los asistentes a un bautizo. El reconocimiento fue aceptado como "una prueba indiciaria de especial relevancia". Si bien la inicial identificación fotográfica no fue más que una diligencia de investigación, "con posterioridad se practicaron dos reconocimientos en rueda en la instrucción y una identificación contradictoria en fase de juicio oral, cuya firmeza y credibilidad pudo ser valorada directamente por el propio Tribunal sentenciador, que es lo que puede ser calificado como prueba de cargo apta para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia". Y se añade:



"No se vulnera la regla de mostrar una pluralidad de fotografías obrantes genéricamente en los archivos policiales, o al menos de características fisonómicas acordes con la descripción realizada por la víctima, cuando existe un indicio relevante que permite reducir el campo de sospechosos a un colectivo más reducido y se dispone precisamente de una fotografía de los integrantes de dicho grupo que puede ser examinada, sin sugestión alguna, por la propia víctima. En consecuencia no puede ser aceptada la alegación de la parte recurrente de que se vulneraron las condiciones de fiabilidad de la identificación fotográfica policial, con repercusión en la validez del posterior reconocimiento presencial tanto en la instrucción como en el juicio".

Si la misma resolución que se cita como expresión de las garantías que ha de representar el reconocimiento fotográfico llega a la conclusión de la irreprochabilidad de la identificación del presunto autor como base del reconocimiento en un supuesto como el indicado, en el que ni siquiera se garantizaba una exhibición de personas de similares características, con mayor razón ha de llegarse en el supuesto que analizamos a la conclusión de validez y regularidad en las distintas exhibiciones de fotografías efectuadas a las víctimas.

Se extiende esta conclusión a la última de las indicaciones de las defensas relativas al hecho de que solo hubiera tres personas de raza negra entre las fotografías exhibidas. Es cierto que pudo mostrarse un mayor número de fotografías a fin de incluir más personas con esta característica. Entendemos, sin embargo, que en absoluto se trata de una circunstancia de entidad suficiente para invalidar el reconocimiento. La exigencia en este punto no es la misma que se exige por ley a la práctica de un reconocimiento en rueda. Como veremos, ninguna objeción cabe oponer a la diligencia que se practicó en relación con el acusado de raza negra. Las víctimas pudieron decidir, con la misma libertad que con relación a las fotografías de los otros dos acusados, si reconocían en la de Arturo a uno de los autores de los hechos.

No podemos, en conclusión, y esto es lo relevante, siquiera intuir una intervención policial con vocación de influir en el reconocimiento. Ninguna circunstancia de las que han trascendido en relación con la práctica de los reconocimientos en sede policial puede considerarse susceptible de afectar a la consistencia del proceso de identificación. Todos los testigos que participaron en los reconocimientos, por otro lado, han negado rotundamente cualquier sugestión u orientación por parte de los funcionarios policiales y tampoco se tiene ninguna constancia de una supuesta exhibición de vídeos o fotografías en el mismo domicilio e inmediatamente después de los hechos a que se refieren las defensas en sus interrogatorios".

b) En orden a las ruedas de reconocimiento y tras analizar con meritorio detalle cada una de ellas y las circunstancias de cada testigo:

"La Sala no alberga ninguna duda acerca del reconocimiento de los tres acusados por las tres testigos en los términos que han quedado establecidos. Ninguna de ellas ha mostrado la más mínima duda al respecto, ratificando las diligencias practicadas en período de instrucción y explicando con claridad las circunstancias del reconocimiento. Como resultado de estas declaraciones y reconocimientos ha de llegarse a la conclusión de que Borja y Benito fueron los dos primeros en entrar (el segundo de menor altura y con más volumen, de ahí puede venir la descripción de los testigos: puede verse la diferencia en las fotografías a los folios 342 y 419) y posteriormente entró Arturo que ejerció una actitud amenazante y violenta precisamente contra las dos testigos que finalmente lo reconocieron.

En cuanto a lo que la doctrina jurisprudencial denomina "factores ambientales y personales" que condicionan la fiabilidad del reconocimiento, al contrario de lo que se alega por la defensa no podemos sino destacar circunstancias de especial idoneidad: el tiempo de exposición fue muy largo, sobre todo en relación con las dos primeras testigos, también notable en la tercera; las condiciones de luz eran óptimas, y la distancia con los agresores muy corta y en algunos casos mínima toda vez que todas las testigos fueron compelidas por la fuerza, golpeadas, empujadas o atadas por alguno o algunos de ellos en algún momento del suceso: su relación con ellos fue muy intensa.

Es lógico y razonable que las defensas traten de hacer valer lo que ha trascendido desde el inicio en todas las declaraciones en cuanto a los medios utilizados por los autores para ocultar su rostro. Sin embargo, en absoluto puede la Sala estimar que nos encontramos ante una circunstancia obstativa de la consistencia y fiabilidad de los reconocimientos.

No estamos, muy al contrario de lo que se señala en algún momento, ante una identificación simplemente por los ojos. No está claro qué utilizó cada uno de los acusados. Las víctimas hablan en ocasiones de pasamontañas y, con más frecuencia, de buffs y gorros. Lo que sí está claro es que todos actuaron en algún momento a presencia de las víctimas con el rostro descubierto, tal y como se desprende de las declaraciones que hemos analizado. Y también está claro que los elementos que utilizaron para taparse no lo hacían totalmente y además se iban moviendo dejando ver un parte mayor de la cara. Es además, algo comprensible en un suceso



cuya duración se prolongó cerca de dos horas. No estamos ante una actuación fugaz en la que se emplea constantemente el típico pasamontañas con las dos únicas aberturas para los ojos.

c) Sobre otros elementos corroboradores que refuerzan la convicción:

"El primer dato a tener en cuenta es que fueron reconocidas tres personas que tenían una estrecha relación personal, tal y como por ellos mismos se admite.

Contamos con un segundo dato que une a los tres no sólo entre sí sino también con el asalto de un modo significativo y podríamos decir que hasta concluyente. A los acusados les fueron intervenidos sus teléfonos móviles y posteriormente entregados a la Policía Científica de la Ertzaintza para el estudio y análisis de toda la información contenida en los mismos en relación con los hechos objeto de investigación, obteniéndose el siguiente resultado:

-Sobre las 21:41 horas del día 28 de diciembre de 2017 se produjo en el móvil de Arturo el visionado de un vídeo emitido en la web [www.eitb.eus](http://www.eitb.eus) relativo a la noticia del atraco objeto de enjuiciamiento.

-En la misma web se consultaron noticias relativas al atraco por el acusado Benito sobre las 22:26 horas del mismo día.

-El otro acusado, Borja, vio la noticia del atraco en la web [m.publico.es](http://m.publico.es) ese mismo día sobre las 22:23 horas.

Queda constancia, pues, de que prácticamente al mismo tiempo los tres acusados consultaron en sus teléfonos móviles noticias sobre el asalto a la vivienda. No es cierto, al contrario de lo que se alega, que se tratara de un enlace que recibieron en sus teléfonos y que abrieron al recibirlo. Aunque así hubiera sido, no quedaría ni mucho menos invalidada la relevancia de este dato, pero es que, si se repasan las referencias que se contienen en los folios 779 a 781 de las actuaciones podemos ver que las referencias de las páginas consultadas no son las mismas. Se ve, además, que el primero en realizar la consulta fue Arturo, mediante el visionado del vídeo, quien perfectamente pudo poner en conocimiento de los otros dos, que consultaron las noticias prácticamente al mismo tiempo, que el robo en la vivienda ya estaba en los medios de comunicación.

Hemos de otorgar, pues, a este dato, a este interés simultáneo por parte de los tres acusados en la consulta de la información, una importancia destacada.

Lo que consta a partir de aquí son otros elementos de prueba, igualmente de interés, que afectan por separado a cada uno de los acusados.

Siguiendo con los resultados del examen de los teléfonos, en el perteneciente a Borja existía una "nota" fechada el 12 de febrero de 2017 en la que podía leerse " CALLE000 NUM000", precisamente la dirección de DIRECCION000 en la que el día 22 de diciembre de ese mismo año tuvieron lugar los hechos; circunstancia igualmente muy relevante, sobre la que ninguna explicación se ha ofrecido. Y, finalmente, con fecha 21/12/2017, el día anterior al asalto, se comprobó que Arturo mantuvo una conversación por whatsapp con su hermano Marino indicándole que tenía una cosa buena y que en breve tendría dinero para mandarle (folio 774).

Se practicaron también diligencias de entrada y registro, convenientemente autorizadas, en las viviendas, dependencias y vehículos utilizados por los acusados, con resultados igualmente relevantes.

Ya hemos dicho que a tenor de las manifestaciones de las víctimas, quien fue identificado como Arturo, el asaltante más alto de raza negra, portaba y esgrimió frente a ellas en diferentes momentos un destornillador y una pistola. En el registro practicado en el vehículo perteneciente a este acusado, matrícula ...YKW, se encontró, en primer lugar, una pistola sin cargador en la parte de atrás del asiento del conductor (folio 374).

La pistola también fue objeto de análisis pericial (folios 648 y ss.). Se trataba de una pistola que carecía de marcas y caracteres identificativos, preparada para disparar balines esféricos de plástico de seis milímetros de diámetro y que se encontraba en correcto estado de conservación y funcionamiento, apta, por su forma, dimensiones y color para dar lugar a equívoco al ser confundida con un arma real. Estaba elaborada con metal de baja calidad y plástico. No era un arma real, con su potencialidad lesiva, pero en modo alguno se trataba de un juguete, como dice su propietario en el juicio oral.

En la parte delantera izquierda, en la guantera, se encontró un destornillador de color azul y gris, sin marca, modificado para convertirse en un punzón. Este destornillador fue reconocido por la testigo Sra. Victoria como de similares características al utilizado por el auto de los hechos, en comparecencia en la que también afirmó, al igual que en el juicio oral, que tenía la punta afilada.

También se encontraron en el vehículo de este acusado, en una trampilla en el maletero un cuello de forro polar, dos gorros de lana y dos guantes.



En la vivienda de residencia del acusado Benito se encontró un frasco de colonia "Pure XS" de 50 ml. de Paco Rabanne y un par de guantes de tela y plástico de color gris y blanco. Ambos objetos le fueron exhibidos a Dña. Marí Jose, reconociendo el primero como de la misma marca, modelo y capacidad que el que le fue sustraído el día de los hechos, que había comprado para regalárselo a su hermano, reconociendo igualmente los guantes como de las mismas características de los usados por los autores del hecho. El mismo reconocimiento de los guantes fue efectuado por su hermana y por la testigo Sra. Victoria. Dña. Adelina reconoció igualmente como similares las botas encontradas en la vivienda de este acusado.

Todos estos reconocimientos han sido ratificados en el juicio oral, aportando elementos de prueba complementarios que tienen también su peso probatorio. Todos esos objetos, que se corresponden supuestamente con objetos utilizados en el asalto, con las ropas de los asaltantes o con objetos que se llevaron de allí, han sido reconocidos como similares. Se dice también por las defensas que no se acredita que fueran los mismos. Si así fuera, es evidente, el valor probatorio de los reconocimientos sería determinante, lo que se tiene en cuenta, sin embargo, es su significado a la luz del resto de datos de que disponemos".

d) Por fin la sentencia se entretiene en refutar la relevancia que las defensas quieren dar a la alerta inicial que llegaría al teléfono 112 con la mención de personas árabes y suramericanas. Y lo hace también en términos plenamente suavorios:

"En absoluto esa mención a dos personas árabes entre los asaltantes que, de uno u otro modo, se reitera en los momentos también iniciales de las denuncias, constituye un dato susceptible de afectar al valor de la prueba que ha sido analizada. No se invalida, en particular, el proceso de identificación de los tres acusados por el hecho de que en ninguno de ellos concorra esa condición.

Ninguna de las víctimas han señalado que fueran claramente de esa procedencia por razón de su apariencia exterior, tan solo señalan que alguno de ellos parecía que hablaban en árabe, llegando a manifestar en el juicio oral alguna de aquellas que daba la sensación de que querían dar esa apariencia. También señalaron que varios de los partícipes eran sudamericanos, en este caso, sí, por el aspecto, cualidad que sí concurre en los acusados. Ha de tenerse en cuenta, por otro lado, que se refiere la participación de una cuarta persona de quien nada sabemos.

Es evidente que las apreciaciones que pudieran haberse efectuado en ese primer momento en relación a un punto como éste no puede pretenderse que condicionen o prevalezcan sobre los resultados de una investigación que, con apoyo en sólidos cimientos, ha conducido a otras conclusiones.

Existe prueba incriminatoria suficiente para llegar a un pronunciamiento condenatorio. La prueba -también las diligencias de investigación consistentes en reconocimientos fotográficos- ha sido practicada con todas las garantías y obtenida sin incidencia ilegítima en derechos fundamentales; y, además, es válida: no pueden tacharse de nulos o contaminantes los reconocimientos en fotografía por lo ya expuesto. La identificación está además respaldada por elementos corroboradores importantes que la Audiencia se preocupó igualmente de conseguir.

Todas las exigencias del derecho a la presunción de inocencia están escrupulosamente respetadas. En consecuencia, estos motivos decaen.

### **Séptimo.**

El tercero de los motivos de ambos recursos va dedicado a cuestiones de subsunción jurídica que se introducen por la puerta del art. 849.1 LECrim.

Se alega aplicación indebida del art. 163.1 CP ( detención ilegal). No existiría concurso medial con el delito de robo, sino concurso de normas. La privación de libertad habría sido la estrictamente indispensable para llevar a cabo los actos depredatorios, lo que llevaría a considerar absorbidas las privaciones de libertad en el delito de robo en tanto que una de las víctimas pudo despojarse de las sujeciones que la mantenía inmóvil con facilidad una vez huyeron los autores y conseguir la liberación de todos.

Es tema discutido y susceptible de respuestas distintas el problema de las relaciones entre los delitos de robo con violencia e intimidación y detenciones ilegales. La solución depende de cada supuesto concreto: la secuencia fáctica será la que determine cuál es la subsunción correcta en cada caso. Los recurrentes invocan cierta jurisprudencia. Su cita es correcta. Pero, proyectada al caso concreto ahora analizado, conduce a conclusiones distintas de las postuladas en los recursos. También en el dictamen del Fiscal y en la resolución de la Audiencia Provincial encontramos un ramillete de citas pertinentes que nos llevan a considerar adecuada la calificación jurídica efectuada por el Tribunal de Instancia y ratificada por el Tribunal Superior de Justicia.



La doctrina de esta Sala, como bien recuerdan los precedentes invocados, distingue tres hipótesis (entre muchas otras, STS 366/2014, de 12 de mayo):

- i) absorción ( concurso aparente) cuando la privación de libertad no excede de la ordinaria que puede considerarse connatural o concomitante a todo delito de robo con intimidación;
- ii) concurso medial, cuando la privación de libertad excede de ese mínimo indispensable pero es instrumental: está exclusivamente al servicio de los actos depredatorios; y
- iii) concurso real en casos en que a) la pluralidad de personas detenidas impone esa solución pues solo una de las detenciones es susceptible de agruparse como concurso medial; b) la detención está desconectada del robo medialmente: hay simultaneidad o igual marco temporal pero la privación de libertad es un objetivo autónomo y diferente desconectado del ánimo lucrativo; c) la prolongación de la detención desborda lo "necesario" (en el sentido del art. 77 CP) para el robo.

La Audiencia ha acudido correctamente al concurso medial para una de las detenciones y ha penado por separado las restantes. Apoya su decisión en un contundente y bien expuesto e interpretado aparato jurisprudencial que no podemos más que tener por reproducido. Es difícil añadir algo que no sea reiterativo a la exhaustiva disección que hace la Audiencia Provincial. La excelencia que caracteriza la motivación fáctica de la sentencia de instancia es predicable también de su motivación jurídica.

La privación de libertad excedió en mucho de la que es connatural o inherente a un delito de robo. Cuando se habla de "exceso" hay que pensar no en el supuesto concreto sino en los robos "prototípicos", por así decir. La planificación o ejecución de un delito de robo en el que la privación de libertad de la víctima va a ser nimia, merece una respuesta penal distinta que su diseño pensando en una prolongada inmovilización. En este segundo caso el mayor desvalor de la acción reclama la doble calificación, aunque en el supuesto concreto (por eso es un concurso medial: medio necesario) la privación de libertad fuese esencial al concreto robo así planificado o desarrollado.

No se trata tanto de que la detención se prolonga más allá, aunque fuese solo unos minutos, del robo en sí, cuanto que, en sí misma, excedía de lo que puede considerarse inherente a un delito de robo.

Es indiferente que alguna de las víctimas pudiesen desasirse de la sujeción al abandonar la vivienda los autores. Es patente que el tiempo durante el que se prolongaron los hechos (cerca de dos horas) se impidió la libertad de movimientos de todos (algunos desde el principio; otros conforme fueron llegando), no solo por el mecanismo físico de sujeción, sino también por la presencia de cuatro personas, algunos con armas mediante las que le conminaban a no estorbar su acción.

Dos horas es mucho tiempo; desde luego, mucho más de lo que comporta el delito de robo con violencia o intimidación contemplado como supuesto ordinario en el art. 242 CP en que la privación de libertad será casi momentánea o de escasos minutos.

## Noveno.

En otro orden de cosas se reclama la aplicación del subtipo atenuado del art. 163.2 CP. Es implanteable: tal modalidad atenuada exige que no se haya conseguido el propósito perseguido (apoderamiento de efectos y huida), y, además, que la liberación se lleve a cabo por los autores.

Otra vez debe bastarnos la reproducción de un pasaje de la sentencia de instancia para contestar el motivo que se hace valer en casación. Pese a existir efectivamente algún ya lejano precedente jurisprudencial que podría abonar la tesis de los recursos ( SSTS 1548/2004, de 27 de diciembre y 119/2005, de 7 de febrero), hoy la doctrina jurisprudencial consolidada y pacífica respalda la solución jurídica propugnada por la Audiencia. Podemos suscribir en su integridad de argumentario del Tribunal que transcribimos.

"No existe ninguna base para la apreciación del tipo previsto en el artículo 163.2 CP, que establece la imposición de la pena inferior en grado para el supuesto de que "el culpable diera libertad al encerrado o detenido dentro de los tres primeros días de su detención, sin haber logrado el objeto que se había propuesto".

Analiza extensamente este tipo atenuado, por ejemplo, la STS 376/2017, de 24 de mayo, que resume así la orientación más moderna en la aplicación del precepto, con cita de las SSTS 615/2016, de 8 de julio, 863/2015, de 30 de diciembre y 814/2016, de 28 de octubre:

"Aunque en la doctrina ha existido algún punto de inflexión al respecto y se ha llegado a aplicar el tipo atenuado del delito de detención ilegal ( art. 163.2 CP ) cuando se ha apreciado que por parte de los autores del robo existió una cierta dejación o falta de diligencia a la hora de atar a la víctima o de retenerla, concluyendo que



eso permitía aceptar que los autores del robo no tenían intención de que la privación de libertad se prolongase en exceso, la Jurisprudencia más reciente ha abandonado esta tesis y restringe la aplicación del tipo atenuado del delito de detención ilegal para aquellos supuestos en los que es el autor por su propia voluntad -a modo de arrepentimiento- es el que pone fin a la situación de privación de libertad o al encierro y no cuando, como en este caso, es la víctima la que logra por sí sola liberarse". ( ...).

"... la premisa esencial para la apreciación del tipo privilegiado es la concurrencia de un arrepentimiento durante la fase comisiva del delito, por lo que no resultará procedente cuando la liberación venga mediatizada en modo alguno y resulte por ello ajena a la determinación del culpable; lo que se aprecia en todos aquellos supuestos en los que el abandono de la actuación delictiva responde, no a la voluntariedad del autor, sino a la actuación de las fuerzas policiales, del propio detenido o de otros particulares".

La reciente STS 421/2018, de 26 de septiembre continúa con esta línea interpretativa.

Ninguna actuación en este sentido ni tampoco ningún arrepentimiento cabe apreciar en la actuación de los asaltantes, que simplemente abandonaron el lugar dejando a todos los moradores atados.

Hay que tener en cuenta, por otro lado, que el segundo requisito del precepto exige que el autor no haya conseguido su propósito. Como señala la mencionada STS 376/2017, "el subtipo atenuado no es aplicable a los casos en los que el autor haya conseguido aquello que perseguía obtener mediante la detención, pues entonces ya la privación de libertad de la víctima carece de interés para él, desapareciendo la necesidad de reconocer una conducta teñida de un cierto arrepentimiento que el tipo pretende privilegiar, en cuanto redunde en beneficio de los derechos antes atacados". Es nítida la imposibilidad de apreciar la atenuación por este segundo requisito objetivo atendiendo a la secuencia de los hechos.

Los motivos decaen.

#### **Décimo.**

El recurso de Arturo incluye finalmente unas consideraciones sobre la cuantía de la responsabilidad civil que no respetan el hecho probado. Cuestiona la corrección de la tasación y la fiabilidad en esos extremos de las manifestaciones efectuadas por las víctimas. Eso no solo supone contradecir lo proclamado como probado con la secuela de la inadmisibilidad del motivo ( art. 884.3º LECrim) sino también llevar improcedentemente el principio in dubio o la presunción de inocencia a un tema de responsabilidad civil, materia en la que los estándares probatorios no son tan exigentes como los necesarios para una condena penal ( certeza más allá de toda duda razonable).

El motivo no es prosperable.

#### **Undécimo.**

La desestimación de los recursos obliga a condenar a los recurrentes al pago de las respectivas costas ( art. 901 LECrim).

### **FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido.

1.- DESESTIMAR los recursos de casación interpuestos por Arturo, Benito y Borja contra sentencia de fecha 16 de mayo de 2019 dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco que desestimaba el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia nº 22/2019 de fecha 22 de enero de 2019 dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Vizcaya en causa seguida contra los mismos por delitos de detención ilegal en concurso medial con un delito de robo.

2.- Imponer el pago de las costas ocasionadas en sus respectivos recursos a Arturo, Benito y Borja.

Comuníquese esta resolución al Tribunal Superior de Justicia del País Vasco y la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Vizcaya a los efectos procesales oportunos con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.



Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta Francisco Monterde Ferrer Antonio del Moral García

Susana Polo García Carmen Lamela Díaz

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.