



Roj: **STS 3656/2021 - ECLI:ES:TS:2021:3656**

Id Cendoj: **28079120012021100741**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **30/09/2021**

Nº de Recurso: **10307/2021**

Nº de Resolución: **740/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación penal**

Ponente: **ANDRES PALOMO DEL ARCO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 740/2021**

Fecha de sentencia: 30/09/2021

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10307/2021 P

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 28/09/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco

Procedencia: SAL DE LO CIVIL Y PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAIS VASCO

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

Transcrito por: HPP

Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: 10307/2021 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 740/2021**

Excmos. Sres.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Vicente Magro Servet

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 30 de septiembre de 2021.



Esta Sala ha visto el recurso de casación por infracción de precepto constitucional, infracción de ley y quebrantamiento de forma, **número 10307/2021**, interpuesto por **D Miguel** representado por la Procuradora D<sup>a</sup> Begoña Cendoya Argüello bajo la dirección letrada de D. Mario Norberto Silva Arriola, **D. Obdulio** representado por la Procuradora D<sup>a</sup> Raquel Nieto Bolaño bajo la dirección letrada de D. *José Aguilar García* y **D. Pedro** representado por la Procuradora D<sup>a</sup> Sonia de la Serna Blázquez bajo la dirección letrada de D<sup>a</sup> Evangelina Sierra Muñoz, contra la sentencia núm. 23/2021 dictada en el Rollo de Apelación núm. 7/2021 por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de fecha 26 de marzo de 2021 que resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia núm. 165/2020 dictada el 18 de noviembre de 2021 por la Audiencia Provincial de Álava, Sección Segunda en el Rollo Penal Abreviado 35/2020.

Interviene el **Ministerio Fiscal**

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Juzgado de Instrucción núm. 1 de Vitoria-Gasteiz instruyó el Procedimiento Abreviado con el núm. 641/2019 por delitos de robo con violencia en establecimiento público, delito de tención ilegal y de tenencia de armas, contra D. Miguel, Obdulio y Pedro, y una vez abierto el juicio oral, lo remitió a la Audiencia Provincial de Álava, Sección Segunda, en la que vista la causa dictó en el Rollo penal abreviado 35/2020 sentencia núm. 165/2020 en fecha 18 de noviembre de 2020 que contiene los siguientes **hechos probados**:

"PRIMERO.- Los acusados Obdulio, Miguel y Pedro, actuando de común acuerdo y guiados por el ánimo de obtener un beneficio patrimonial ilícito, planearon durante días los hechos que se relatan a continuación, en los que actuaban todos ellos siguiendo un plan preconcebido con distribución previa de funciones.

Los acusados, sobre las 14:25 horas del día 8 de mayo de 2019, acudieron a la Plaza San Juan nº 2 de la localidad de Salvatierra/Agurain, donde radica una **sucursal** de la entidad **bancaria** Caja Laboral, que en aquel momento se encontraba en horario de apertura al público y los empleados preparando el cierre de la jornada laboral.

Los tres acusados accedieron al interior de la **sucursal** sita en el inmueble antes mencionado con unos segundos de diferencia, Obdulio y Pedro ocultaban sus rostros con una prenda tipo buff o braga oscura que les tapaba hasta la nariz y Miguel ocultaba sus facciones con una capucha, a fin los tres de evitar ser identificados por las personas que pudieran allí encontrarse, como habían convenido. El acusado Obdulio se ocultaba también tras unas gafas de espejo.

Una vez en el interior, el acusado Obdulio se dirigió a la cajera de la **sucursal**, Dña. Jacinta y, con el ánimo de coartar su libertad y doblegar su voluntad, le exhibió un revólver de fogueo que portaba escondido en el interior de su chaqueta, mientras la agarraba del brazo y la trasladaba a la parte trasera de la oficina, donde se encontraba el gestor D. Victorio y la gestora Dña. Laura.

El acusado, exhibiendo en todo momento el arma que portaba en la mano derecha, les advirtió de que se encontraban ante un **atracó** y exigió a Dña. Laura la apertura de la caja fuerte de seguridad del establecimiento, mientras los otros dos acusados se mantenían en estado vigilante y Pedro rociaba de pintura las cámaras de seguridad con un spray. Miguel empuñaba lo que parecía una pistola simulada cuyas características físicas no se han podido determinar.

En ese momento, a las 14:26 horas, accedió a la zona de cajero para operar en él la cliente Dña. Mercedes. Ante este hecho, el acusado Pedro, con el rostro cubierto, la abordó desde atrás, la agarró del brazo izquierdo y, en contra de su voluntad, la llevó al fondo de la **sucursal** donde se hallaban los empleados.

A continuación, procedieron al cierre de la persiana para aislar la oficina de la zona de cajeros y Obdulio sustituyó a Pedro en la labor de pintar con pintura en spray las cámaras de seguridad, pues éste tenía dificultades para respirar.

Los tres acusados trasladaron a la fuerza a las cuatro personas mencionadas a una sala de reuniones situada en la zona trasera de la **sucursal**, donde el acusado Miguel les advirtió que "si hacían tonterías o activaban la alarma, volarían cabezas" y alguna otra amenaza verbal, mientras exhibía la pistola que portaba en todo momento.

Los acusados exigieron a estas cuatro personas que se mantuvieran mirando al suelo y a la pared y, a continuación, les exigieron la entrega de sus terminales telefónicos. Dña. Mercedes procedió a entregar el terminal Xiaomi Mi A1 de su propiedad, Dña. Jacinta entregó su terminal telefónico, un Alcatel Onetouch



5054X, y Dña. Laura entregó su terminal telefónico Samsung J6 plus. El móvil de D. Victorio se quedó en su mesa de trabajo.

Ante el requerimiento de los acusados, a las 14:27 Dña. Victorio procedió a activar la apertura de la caja de seguridad, que contaba con un retardo de varios minutos. En este periodo de tiempo, las personas que se encontraban en la **sucursal** estaban vigiladas en todo momento por los acusados, que les conminaban a no moverse ni comunicarse entre ellos.

Obdulio accedió al habitáculo donde se hallaba la caja fuerte, haciéndose acompañar de Dña. Laura para esperar su apertura, lo que sucedió a las 14:33. El acusado se apoderó de un total de 50.795 euros en billetes de distintos valores que se encontraban en ese momento depositados en la citada caja y los guardó en una bolsa de papel marrón que portaba.

A fin de proteger la huida y evitar un pronto auxilio, a las 14:35 los acusados entregaron unas bridas a D. Victorio exigiéndole que le colocase las mismas a Dña. Mercedes en las manos a fin de inmovilizarla. Posteriormente, los acusados han inmovilizado con bridas a D. Victorio, atándole las manos por debajo de una pierna, a Dña. Jacinta le inmovilizaron con bridas con las que ataron sus muñecas, y a Dña. Laura le inmovilizaron atándole las muñecas con bridas al reposabrazos de una silla.

A las 14:36 se marchó Miguel, seguido segundos después por Pedro, que llevaba la bolsa con el dinero, y lo hicieron con los terminales telefónicos entregados por empleadas y cliente. Obdulio permaneció unos minutos más, advirtiendo a las víctimas, que continuaban inmovilizadas, que debían dejar pasar diez minutos antes de intentar liberarse o dar alguna voz de alarma si querían que todo saliese bien. Abandonó la **sucursal** a las 14:42.

A los pocos minutos de abandonar el local el último de los acusados, Dña. Laura y D<sup>a</sup>. Jacinta lograron soltarse de sus ataduras y, tras cortar las bridas de las demás personas retenidas con unas tijeras, dieron la voz de alarma.

SEGUNDO.- El día 17 de julio de 2019 se procedió a la detención de los tres acusados, tras un operativo de entradas y registros domiciliarios acordado por el Juzgado de Instrucción nº 3 de Vitoria-Gasteiz.

En el registro realizado en el domicilio de Obdulio, sito en la CALLE000 nº NUM000 de la localidad de Pasaia, se ocuparon tres paquetes de bridas de plástico, una bolsa de plástico que contenía 1.600 euros en billetes, así como un total de 525 euros en billetes de distintos valores que portaba el acusado en el momento de su detención. Este dinero tenía su origen en la sustracción anteriormente relatada.

Asimismo, se procedió a la ocupación de una pistola semiautomática Zoraki modelo M906-TD calibre 9 mm con nº de serie NUM001, preparada para percutir cartuchos tipo salvas, detonador o fogueo, que había sido manipulada para eliminar la pieza que impide realizar disparos con munición real. Esta arma se encontraba en condiciones idóneas para disparar los cartuchos de fogueo ocupados, que habían sido manipulados a fin de introducirles una pieza de plomo macizo a modo de proyectil. Asimismo, se ocupó una pistola semiautomática tipo detonadora de fabricante desconocido, sin troqueles de fabricante, preparada para percutir cartuchos de tipo salvas, detonador o fogueo de calibre 8 mm. Esta arma había sido manipulada para reducir el tamaño del calibre y permitir disparar munición metálica de fuego real de 6,5 mm. Esta arma se encontraba en condiciones de disparar cartuchos de fuego real de este calibre. Se ocuparon también tres cajas con un total de 150 cartuchos de munición de 9 mm.

No ha quedado acreditado que ambas armas fueran utilizadas por los acusados para la perpetración de los hechos descritos en el apartado anterior.

En el registro del domicilio del acusado Miguel, sito en la CALLE001 nº NUM002 de la localidad de Andoain, se ocupó una bolsa de plástico con guantes de plástico empleados para la comisión del hecho, una caja de metal que contenía 615 euros en billetes de 5 euros y otra caja de metal que contenía 8.290 euros, dinero éste procedente de la sustracción relatada.

En el registro del domicilio del acusado Pedro, sito en la CALLE002 nº NUM003 de la localidad de Donostia, se ocuparon 6.200 euros en billetes de distinto nominal procedentes de la sustracción relatada.

TERCERO.- El acusado Obdulio ha sido ejecutoriamente condenado en virtud de sentencia firme de fecha 3 de octubre de 2005, dictada por el Juzgado de lo Penal nº 2 de San Sebastián en el procedimiento abreviado 6/2005, como autor de un delito de robo con violencia o intimidación del artículo 242 del Código Penal, a la pena de seis años y cuatro meses de prisión con accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Asimismo, ha sido ejecutoriamente condenado en virtud de sentencia firme de fecha 10 de mayo de 2011 dictada por el Juzgado de lo Penal nº 2 de Vitoria-Gasteiz, como autor de un delito de robo con violencia o intimidación del artículo 242 del Código Penal, a la pena de



cuatro años y tres meses de prisión con accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y, como autor de un delito de robo con violencia o intimidación en grado de tentativa, a la pena de dieciocho meses de prisión con accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

El acusado Pedro ha sido ejecutoriamente condenado en virtud de sentencia firme de fecha 15 de julio de 2004, dictada por el Juzgado de lo Penal nº 2 de Burgos en el procedimiento abreviado 200/2004, como autor de un delito de robo con violencia o intimidación del artículo 242 del Código Penal, a la pena de tres años y seis meses de prisión con accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, que extinguió el 31 de octubre de 2018.

CUARTO.- Los tres acusados son adictos a la heroína y a otros estupefacientes desde hace lustros, lo que ha afectado a sus capacidades intelectual-volitivas, y el 8 de mayo de 2019 cometieron los hechos antes descritos para sufragar sus consumos y hábitos tóxicos.

QUINTO.- El teléfono móvil de Dña. Jacinta fue recuperado días más tarde en la vía pública y restituido a su propietaria.

Dña. Mercedes y Dña. Laura reclaman la indemnización que pudiera corresponderles por los terminales sustraídos y no recuperados, cuyo valor asciende a 166,86 euros el de aquella y 211,98 euros el de ésta.

El importe sustraído en la oficina **bancaria** asciende a 50.795 euros, que la entidad Laboral Kutxa reclama".

**SEGUNDO.-** La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"Condenar a Obdulio , Miguel y Pedro , como autores criminalmente responsables de un delito de detención ilegal del artículo 163.1 del Código, en concurso medial con un delito de robo con intimidación en establecimiento abierto al público y con uso de instrumento peligroso, a las penas de cinco años de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por igual tiempo.

Condenamos a Obdulio , Miguel y Pedro , como autores criminalmente responsables de tres delitos de detención ilegal del artículo 163.1 del Código, a las penas, por cada delito, de cuatro años de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por igual tiempo.

Concurren en los tres acusados y en los delitos de detención ilegal la circunstancia agravante de disfraz y la circunstancia atenuante de toxicomanía.

Concurren en los tres acusados y en el delito de robo con intimidación la circunstancia agravante de disfraz y la circunstancia atenuante de toxicomanía, y, además, en Obdulio y Pedro la circunstancia agravante de reincidencia.

Condenamos a Obdulio , como autor criminalmente responsable de un delito de tenencia ilícita de armas, a las penas de un año de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por igual tiempo.

Establecemos un máximo de cumplimiento efectivo de condena de quince años de prisión para los tres acusados.

Acordamos el comiso de los efectos e instrumentos incautados en las diligencias de entrada y registro, a los que se dará el destino legal, así como al dinero aprehendido para el resarcimiento de las perjudicadas.

Acordamos la devolución a D<sup>a</sup>. Azucena de la caja de Caudales y los 2.200 euros que contenía, ocupados en la diligencia de registro del domicilio de Pedro .

Condenamos a los acusados, como responsables civiles, a que por iguales terceras partes indemnicen a Caja Laboral Popular Cooperativa de Crédito/Laboral Kutxa en la cantidad de 50.795 euros, a Dña. Mercedes en la cantidad de 166,86 euros y Dña. Laura en la cantidad de 211,98 euros, respondiendo de manera solidaria entre sí ante las acreedoras. Estas cantidades devengarán los intereses legales del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Condenamos a Obdulio al pago de seis dieciochoavas partes de las costas del proceso, y a Miguel y Pedro al pago de cinco dieciochoavas partes cada uno, declarándose de oficio las dos dieciochoavas partes restantes.

El recurso susceptible es el RECURSO DE APELACIÓN ante la sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de esta Comunidad Autónoma, debiéndose interponer ante esta Audiencia Provincial dentro del plazo de 10 días contados a partir del siguiente a la notificación de la sentencia".

**TERCERO.-** Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de los condenados Miguel , Obdulio y Pedro , dictándose sentencia núm. 23/2021 por la Sala Civil y Penal del

Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en fecha 26 de marzo de 2021, en el Rollo de Apelación núm. 7/2021, cuyo Fallo es el siguiente:

"DESESTIMAMOS los Recursos de apelación interpuestos por las representaciones procesales de Miguel , Obdulio y Pedro contra sentencia de fecha 18.11.20, dictada por la Audiencia Provincial de Álava-Sección Segunda en el Rollo penal abreviado 35/2020, por los delitos de robo con intimidación, tenencia ilícita de armas y detención ilegal, que se confirma. Con imposición de costas a los recurrentes.

MODO DE IMPUGNACIÓN: mediante RECURSO DE CASACIÓN que se preparará ante este Tribunal, en el plazo de CINCO DÍAS siguientes al de la última notificación de la resolución recurrida, por escrito autorizado por Abogado y Procurador, en el que se solicitará testimonio de la resolución que se quiera recurrir y manifestará la clase o clases de recurso que trate de utilizar".

**CUARTO.-** Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por la representación legal de los condenados, Miguel , Obdulio y Pedro que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

**QUINTO.-** Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, las representaciones legales de los recurrentes formalizaron sus recursos alegando los siguientes **motivos de casación**:

Recurso de Miguel

**Motivo Único.** - Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1º LECrim. por indebida aplicación de los arts. 242.1 y 2, 163 y 77 CP

Recurso de Obdulio

**Motivo Primero.-** Por infracción de ley por indebida aplicación de los artículos 242.1 y 2, 163 y 77 del Código penal, en cuanto a la indebida consideración del concurso medial del delito de detención ilegal al concurrir concurso de normas.

**Motivo Segundo.-** Por infracción de ley al amparo de lo previsto en el art 849.1º de la LECrim, por indebida inaplicación del tipo atenuado de detención ilegal, previsto en el artículo 163.2 del Código Penal.

Recurso de Pedro .

**Motivo Primero.-** a) Al amparo del artículo 849 LECrim, por violación del artículo 24.2 de la Constitución Española, en concreto del derecho a la presunción de inocencia, ya que no se ha practicado prueba de cargo de suficiente entidad en el acto del juicio que avale la autoría de mi representado, con respecto a los delitos por los que se le condenan. b) Infracción del artículo 242.4 del Código Penal, al no haberse calificado los hechos de forma ajena al tipo atenuado señalado en la sentencia recurrida. c) Vulneración del artículo 8.3 del C.P., dado que los delitos de detención ilegal, en el presente caso, quedan absorbidos por el delito de robo con intimidación.

**Motivo Segundo.-** Conforme al artículo 849.2, error en la apreciación de la prueba, basada en los documentos que obran en autos y en concreto el documento consistente en el informe pericial fisionómico que aparece en las páginas 145 y ss, siendo relevante que este informe carece de las garantías reales para poder acreditarse como prueba fehaciente en esta caso, considerando esta parte que del mismo no se extrae que mi mandante haya sido el que ha perpetrado el **atracó**.

**SEXTO.-** Conferido traslado para instrucción, la representación procesal de Obdulio se da por instruido y se adhiere al recurso de los otros dos recurrentes; el Ministerio Fiscal interesa la inadmisión a trámite de los recursos interpuestos y, subsidiariamente, la desestimación de sus respectivos motivos en su escrito de fecha 16 de julio de 2021; la Sala los admitió a trámite quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

**SÉPTIMO.-** Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 28 de septiembre de 2021.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El primer motivo que formula Miguel es por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1º LECrim por indebida aplicación de los arts. 242.1 y 2, 163 y 77 CP.

1. Alega que ha sido indebidamente aplicado el art. 77 CP, al haber quedado subsumida la violencia ejercida sobre las víctimas en el tipo del art. 242 CP, sin darse el tipo del art. 163 CP como delito autónomo y



concurrible; afirma la existencia de un aparente concurso de normas pero no de tipos penales; pues entiende que la violencia inherente al delito de robo perpetrado fue muy inferior a la habitual en este tipo de **atracos**, nadie sufrió lesiones físicas ni fue menoscabado moralmente con agravios o amenazas, más allá de las comprensivas en la violencia sancionada e integrada en el tipo, de allí que la privación de movimientos limitaba a escasos minutos de las cuatro personas atracadas, sin que excediera del tiempo de consumación del robo, es decir el fin sustancial de la acción que no era otro que el sustraer dinero, con el mínimo de violencia posible, siendo destacable también el perfil sociológico y humano de los autores, tres hombres mayores (63 años, el recurrente), enfermos todos por ser adictos a las drogas con independencia de que actuaran o no drogados, compelidos compulsivamente al hecho, que no sustraen nada a sus víctimas ni amagan siquiera violencia en particular sobre alguna y que usan armas simuladas.

2. En similar modo, también los otros dos recurrentes, abundan en este motivo. Así **Obdulio** formula su primer motivo por infracción de ley por indebida aplicación de los artículos 242.1 y 2, 163 y 77 del Código penal, en cuanto a la indebida consideración del concurso medial del delito de detención ilegal al concurrir concurso de normas.

Destaca que la detención fue medio esencial e imprescindible para el apoderamiento y se produjo exclusivamente durante el tiempo necesario para la ejecución del delito, incluyendo la huida del lugar de todos los intervinientes. Que el exceso por unos breves instantes posteriores a la toma de posesión material de los efectos finalmente sustraídos, guardaba una relación directa con el robo, al cual le era inherente e intrínseca; brevedad, remarca, que no puede ponerse en tela de juicio, pues el tiempo de duración de la detención de los presentes no se prolongó más allá del tiempo que tardaron los acusados en adquirir la posesión material del dinero, y la inmediata huida del lugar. La única circunstancia que podía retenerlos por unos minutos más fue una mínima advertencia realizada por el Sr. Obdulio - intimidatoria, pero de nulo contenido real -, para que les otorgasen unos minutos antes de dar la voz de alarma. Sin embargo, no se ha logrado acreditar la duración del tiempo transcurrido entre la salida del Sr. Obdulio de la **sucursal**, y la salida de las víctimas.

Añade, en relación con las ataduras que se efectuaron sobre las víctimas, que fueron de carácter rudimentario y de escasísima entidad, permitiendo la libertad de movimientos ambulatorios, minorando únicamente algunos movimientos no esenciales a efectos de libertad; que fueron aplicadas las ligaduras para obstaculizar sus movimientos, para entorpecerlos, y ganar tiempo a efectos de protección de la huida; no puede acudirse a esas escasísimas ligaduras para calificar este hecho como una detención ilegal o una privación de libertad prolongada en el tiempo, cuando nada les impedía, a todos y cada uno de los presentes, abandonar el lugar de los hechos por su propio pie, o solicitar ayuda para desasirse de las ataduras de forma inmediata al abandono del lugar por parte de los sujetos activos; además, las ataduras no eran tan fuertes como para evitar que las víctimas no pudieran soltarse toda vez que a Dña. Laura y a Dña. Jacinta las ataron con bridas en las muñecas, muy flojo según señalaron, lo que les permitía su movilidad; y si Dña. Mercedes no se pudo soltar ella sola se debió a que el propio D. Victorio así lo decidió, según el mismo manifestó puesto que solo los acusados meramente le ordenaron que la atara, nada más. Así pues, bien pudo D. Victorio colocar las bridas más flojas para poder posibilitar su propia liberación. La atadura con las bridas fue el mecanismo necesario para que quedara garantizado el apoderamiento del botín sin problemas, un mecanismo más de garantía del ilícito gestado sobre la marcha.

Es decir, en consideración a la intimidación empleada por los asaltantes al abandonar la **sucursal** para evitar que los sujetos solicitasen auxilio, posibilitaba no hacerlo, pues nada le impedía pedirlo, el acusado, simplemente les conminó a demorarse en el tiempo durante unos minutos más. Pero nada les impedía solicitar dicha ayuda de forma inmediata, como así realizaron, más allá de la prudencia que guarda una persona media en la misma situación para evitar males mayores.

3. También Pedro alega vulneración del artículo 8.3 CP, dado que los delitos de detención ilegal, en el presente caso, quedan absorbidos por el delito de robo con intimidación.

Afirma que la privación de libertad ha 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. Así, 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 pensado en una prolongada inmovilización, es en este segundo caso donde debe aplicarse la doble calificación. Recuerda que el propio relato de hechos de la sentencia, se dice que el tiempo transcurrido en el **atracó** es de veintidós minutos, tiempo mínimo necesario para cometer el delito, no se utilizó más tiempo y tampoco se utilizaron medios o violencia para asegurar la huida, es más los propios testigos manifiestan que las bridas utilizadas estaban flojas, lo que les permitió liberarse de ellas sin esfuerzo, una vez se marcharon los atracadores, hasta fueron amables, según manifestaciones de los testigos directos de los hechos.



También destaca que las sujeciones de manos o pies empleadas fueron colocadas de manera floja, no hacían daño, ni impedían la huida, lo que indica que la intención de los atracadores no era causar daño, tan solo llevarse el dinero.

4. El criterio jurisprudencial, en estos supuestos, es conocido y reiterado tanto en las sentencias recurridas como por los recurrentes, si bien, resultan discrepancias para determinar en cuál de las alternativas jurisprudenciales se enmarca el caso de autos.

La casuística conlleva que esta cuestión sea altamente discutida y se defiendan para este problema de las relaciones entre los delitos de robo con violencia e intimidación y las detenciones ilegales muy diversas soluciones, en función de cada supuesto concreto.

La doctrina de esta Sala distingue dos alternativas: i) concurso de normas o concurso aparente de delitos, cuando la privación de libertad no excede de la ordinaria que puede considerarse connatural o concomitante a un delito de robo con intimidación, en cuyo caso el delito de robo absorbe el de detención ilegal; y ii) concurso de delitos en los demás supuestos.

Dentro del concurso de delitos, a su vez: i) se considera medial si la privación de libertad excede de ese mínimo indispensable pero es instrumental: está exclusivamente al servicio de los actos predatorios; y ii) se considera real en los casos donde: a) la pluralidad de personas detenidas impone esa solución pues una de las detenciones formará ya el concurso medial, debiendo pensarse las otras por separado; b) la detención está desconectada del robo medialmente: hay simultaneidad, ocasionalidad o igual marco temporal, pero la privación de libertad llega a convertirse en un objetivo autónomo y diferente desconectado del ánimo lucrativo; c) la prolongación de la detención desborda lo "necesario".

5. Aunque para mejor comprensión y matices del distingo jurisprudencial de la relación concursal entre los delitos de robo con violencia o intimidación y el delito de detención ilegal, conviene citar extensivamente la reiterada jurisprudencia que conduce a esa síntesis, en aras de superar el esquematismo reduccionista de cada alternativa y en aras de encontrar en los casos fronterizos, los matices circunstanciales que ayudan a encontrar la solución, superando un automatismo acrítico; valga por ejemplo la STS núm. 385/2010 de 29 de abril, citada luego en varias ocasiones como sucede en la STS 863/2015, de 30 de diciembre, que establecen (el subrayado es ahora adicionado) que:

*(...) el delito de robo absorbe la pérdida transitoria de libertad cuando se realiza durante el episodio del hecho, y está pues comprendida dentro de la normal dinámica comisiva, siempre que quede limitada al tiempo estrictamente necesario para efectuar el despojo según el "modus operandi" de que se trate. Por el contrario, el delito de detención ilegal adquiere autonomía propia respecto del robo cuando la privación de libertad es gratuita e innecesaria porque se prolonga más allá de lo que sería necesario para consumir el desapoderamiento.*

*En el primer caso nos encontraríamos ante un concurso de normas que se solucionaría según la regla 3ª del artículo 8º del Código Penal, absorbiendo el delito de robo el de detención ilegal según la técnica de la consunción. En el segundo caso, se produciría una situación de concurso real de delitos, en cuanto la detención ilegal quedaría fuera del ámbito del robo, adquiriendo autonomía propia e independiente del delito contra el patrimonio, debiendo sancionarse por separado cada una de las infracciones. Existe, no obstante, un tercer supuesto o variante, intermedio entre los mencionados, que tiene lugar cuando la privación de libertad de la víctima del robo no está completamente desvinculada del ilícito acto depredador (supuesto primero), ni se desarrolla durante el tiempo estrictamente imprescindible del episodio central del delito contra el patrimonio (supuesto segundo), sino que, aunque no pierda su relación con la actividad depredatoria, la privación de libertad de la víctima alcanza entidad propia y es penalmente reprochable por sí misma, aunque por el contexto en que se desarrolla ha de considerarse como un medio para alcanzar el objetivo pretendido por los autores, de suerte que deberá ser contemplada como un instrumento al servicio del proyecto de apoderamiento de los bienes ajenos. Dicho en otras palabras, se trataría de un delito cometido como medio necesario para cometer el principal perseguido por los autores, por lo que estaríamos ante un concurso medial o instrumental contemplado en el art. 77 C.P. ...*

*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.*

*Veamos tres supuestos diferentes:*

1º- El que podemos considerar ordinario, que parte de la concepción de que en todo delito de robo con violencia o intimidación en las personas hay siempre una privación de la libertad ambulatoria, consecuencia necesaria del acto de amenaza o de fuerza física que paraliza los movimientos de la víctima. Habría aquí ese concurso



de normas, con particular aplicación de la regla de la absorción del nº 3º del art. 8 C.P, porque el precepto más amplio o complejo -el mencionado robo- consume en su seno aquel otro más simple -la detención ilegal-. *En este supuesto encajan no sólo los casos de comisión más o menos instantánea o breve del robo, sino también aquellos otros en que, por la mecánica de la comisión delictiva elegida por el autor, hay alguna prolongación temporal*, de modo que también el traslado forzado de un lugar a otro de la víctima o de un rehén o su retención mientras se obtiene el objeto del delito se considera que forma parte de esa intimidación o violencia que se utiliza contra el sujeto pasivo. Si hay una coincidencia temporal entre el hecho de la obtención del elemento patrimonial y el de la privación de libertad ambulatoria, puede aplicarse esta regla de la absorción. En este grupo habría que incluir, en principio, los casos tan frecuentes de obtención de dinero con tarjetas de crédito mediante el traslado forzado de la víctima a un cajero automático.

2º.- *Otro supuesto es aquel en que no se produce esa coincidencia temporal, pues, consumado el hecho de la apropiación material del bien mueble ajeno, se deja a la víctima o a algún rehén atado, esposado, encerrado, en definitiva impedido para moverse de un sitio a otro. Si ello se hace en condiciones tales que el autor del hecho puede pensar que esa privación de libertad posterior al hecho de la consumación del robo ha de ser, no por unos breves momentos, ordinariamente el necesario para poder escapar, sino que cabe prever que tardará algún tiempo en verse libre , nos hallaríamos ante un concurso real de delitos, el primero de robo, y el posterior de detención ilegal a castigar conforme al art. 73 CP . Véase en este sentido la sentencia de esta Sala de 12 de junio de 2001 que excluyó dos delitos de detención ilegal porque la liberación de los dos encerrados en el búnker del supermercado se produjo transcurridos unos cuarenta y cinco minutos. Los empleados del establecimiento tardaron ese tiempo en encontrar el mando a distancia con el que abrir la puerta, circunstancia no imputable a los acusados al no ser previsible para ellos.*

3º.- *Por último, puede ocurrir que sí exista esa coincidencia temporal entre los dos delitos, pues la detención se produce durante el episodio central del robo, es decir, mientras se están realizando las actividades necesarias para el apoderamiento de la cosa; pero ello durante un prolongado periodo de tiempo durante el cual simultáneamente se está produciendo el despojo patrimonial y el atentado a la libertad personal. Desde el punto de vista del criterio de la valoración jurídica, hay que decir en estos casos la significación ilícita de la detención tiene tal relevancia que no cabe afirmar su absorción en el robo como elemento integrante de la violencia o intimidación propia de este último delito. Nos encontraríamos entonces ante un concurso ideal de delitos del art. 77 CP . Así se vienen pronunciando en los casos de duración claramente excesiva, aunque hay que comprender la dificultad que existe para distinguir este supuesto del examinado en primer lugar. Véanse las sentencias de este tribunal de 8 de octubre de 98 , 3 de marzo de 1999 , 11 de septiembre de 2000 y 25 de enero de 2002 . Las tres últimas contemplan casos de tres horas en la privación de libertad transcurridas mientras los autores del robo tenían retenida a la víctima a la que pretendían despojar de su dinero usando su tarjeta en uno o varios cajeros automáticos. Tan larga privación de libertad no puede considerarse consumida en la violencia o intimidación personal que acompaña a estos delitos de robo. Es necesario aplicar las sanciones de los dos delitos para abarcar la total ilicitud punible de estos comportamientos". Y en la de 12 de marzo de 2004, en un caso con ciertas semejanzas al presente, se aplica el concurso de delitos, no el de normas, a un caso en el que la duración del robo y de las detenciones ilegales duró 45 minutos, porque "ni el tipo de robo ni el de detención abarcaron por sí solos al contenido del injusto".*

*El concurso será el previsto en el artículo 77 del Código Penal , cuando la detención sea medio necesario para cometer el robo o se produzca durante la dinámica comisiva del mismo. Así en los casos de detención para despojar a la víctima de sus cosas muebles o para asegurar la ejecución del robo o la fuga del culpable ( SSTS. 1008/98 de 11 de septiembre , 1620/2001 de 25 de septiembre , 1652/2002 de 9 de octubre )".*

En similar modo, la STS 844/2010, de 13 de octubre (con cita a su vez de la 53/2005, de 24 de febrero), desarrolla la triple alternativa:

i) existirá concurso de normas únicamente en aquellos supuestos de mínima duración temporal, en los que la detención, encierro o paralización del sujeto pasivo tiene lugar durante el episodio central del apoderamiento, es decir, mientras se desarrolla la actividad de aprehensión de la cosa mueble que se va a sustraer, y la privación de libertad ambulatoria de la víctima queda limitada al *tiempo e intensidad* estrictamente necesarios para efectuar el despojo conforme a la dinámica comisiva empleada, entendiéndose que sólo en estos casos la detención ilegal queda absorbida por el robo, teniendo en cuenta que este delito con violencia o intimidación afecta, aun cuando sea de modo instantáneo, a la libertad deambulatoria del perjudicado;

ii) en segundo lugar, precisamente en aquellos casos en que la privación de libertad ambulatoria no se limita al tiempo e intensidad necesarios para cometer el delito de robo con intimidación se dará el concurso ideal siempre que aquella (la privación de libertad) constituya un medio necesario, en sentido amplio, para la comisión del robo, pero su *intensidad o duración* excedan la mínima privación momentánea de libertad ínsita en la dinámica comisiva del delito contra la propiedad, afectando de un modo relevante y autónomo el bien jurídico



protegido en el delito de detención ilegal. *Cuando la dinámica comisiva desplegada conlleva precisamente la inmovilización de la víctima como medio para conseguir el desapoderamiento y esta situación se prolonga de forma relevante excediendo del mínimo indispensable para cometer el robo, máxime cuando su objeto es incluso indeterminado* y a expensas de lo que puedan despojar los autores, la relación con concurso ideal (art. 77) es la solución adecuada teniendo en cuenta la doble vulneración de bienes jurídicos autónomos; y

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

6. En autos, la sentencia de la Audiencia opta y el TSJ confirma, la existencia de un delito de detención ilegal del artículo 163.1 del Código, en concurso medial con un delito de robo con intimidación en establecimiento abierto al público, en concurso real con tres delitos de detención ilegal del artículo 163.1 del Código, al ser cuatro personas a las que se condujeron a una habitación y les colocaron bridas.

6.1. Las razones expresadas en la sentencia recurrida para denegar la existencia de concurso de normas, fueron tres:

(i) Que se esperó a la apertura de la caja de seguridad, dotada de un mecanismo de retardo, que supuso la espera de varios minutos, pero en todo caso de un tiempo indeterminado cuando se planeó el **atracó** y que, en ningún caso dio lugar a una acción instantánea; no fue entrar, coger el dinero y salir.

(ii) Que no sólo se retuvo a los empleados que se encontraban dentro de la **sucursal bancaria**, sino también a una cliente de la entidad que pretendía usar el cajero automático, a la que se introdujo por la fuerza en el local.

(iii) Que se inmovilizó con bridas a los rehenes, de forma que, concluido el **atracó** siguieron inmovilizados unos minutos.

6.2. Es decir, confirma el criterio utilizado por la Audiencia Provincial de la necesidad de la exacta coincidencia temporal de la privación de libertad con el tiempo necesario e imprescindible para cometer el delito de robo (con cita de la STS 366/2014, de 12 de mayo) o *mínima* duración temporal limitada al tiempo estrictamente necesario para efectuar el despojo conforme al modus operandi (con cita de la STS 1790/2000, de 22 de noviembre).

Añadía la Audiencia que no cabe la absorción, porque *"la privación de libertad de las personas que se encontraban en las **sucursales**, no solo superó el tiempo necesario para el robo, sino que además, tuvo la finalidad de conseguir la impunidad"* ( STS. nº 1115/2010, de 16 de diciembre). Y en ésta consideración *" esindiferente que una de las víctimas estuviese mal atada, por lo que pudo desasirse de la sujeción por sí mismo al abandonar la vivienda [aquí la **sucursal bancaria**] los autores"* ( STS nº 518/2014, de 3 de junio). Al tiempo que predica identidad de supuesto con el contemplado en la STS nº 832/2010, de 5 de octubre.

6.3 Por su parte, el Ministerio Fiscal, en su informe impugnativo del recurso, además de argumentar que la planificación del **atracó**, por su complejidad, precisaba a priori de un tiempo más que relevante para cometerlo, que se evidencia con el episodio de la cliente, que igualmente fue llevada con los empleados al fondo de la **sucursal**; y en cuanto pretendían llevarse el dinero de la caja de seguridad de apertura retardada, implicaba esperar a que transcurriera el tiempo con empleados y clientes; a lo que se une que al abandonar los asaltantes la **sucursal**, dejaron maniatados con bridas a todas las personas que tenían retenidas en su interior, advirtiéndoles que debían dejar pasar diez minutos antes de intentar liberarse.

Y con cita de la STS 177/2014, de 28 de febrero, recuerda que la Sala II ha apreciado el concurso medial en los delitos de detención ilegal y robo en supuestos en los que la privación de libertad ha durado 15 minutos ( STS 1372/2011, de 21 de diciembre); 20 minutos ( STS 809/2010, de 29 de septiembre); 20 minutos ( STS 372/2010, de 29 de abril); 30 minutos ( STS 609/2013, de 28 de junio); 50 minutos ( STS 878/2009, de 7 de septiembre); y una hora ( STS 50/2004, de 30 de junio). Listado que también recogía entre otras, la antes citada 385/2010 de 29 de abril.

6.3.1. Aunque hemos de precisar que esta misma resolución, recuerda que no sólo se atiende al elemento cronológico, cuya extensión aislada, no siempre es dato significativo para concretar el concurso: *en tales casos, y también en otros similares, se han sopesado las circunstancias específicas de cada supuesto, atendiendo no solo al tiempo de la detención, sino también a la forma en que esta se ejecutó, al momento concreto en que se inició y finalizó, y también al grado de intensidad con que se practicó la privación de libertad.*



7. Dado que en autos, el exceso cronológico, es el único elemento que ha servido para afirmar la existencia de un concurso de delito en detrimento del concurso de normas, valga recordar que el **atraco** a la entidad **bancaria**, alcanzó una duración total de 17 minutos, pues como afirma la declaración de hechos probados, los asaltantes accedieron a la **sucursal bancaria** sobre las 14:25 horas y el último de ellos ( Obdulio ) la abandonó a las 14:42 horas. A dicho lapso se pondera también en la sentencia recurrida, los "pocos minutos", según expresión del factum, que transcurrieron antes de que dos de las personas retenidas lograran soltarse de sus ataduras.

7.1. Y 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. Y en similar modo, la STS 372/2010, de 29 de abril, al analizar este componente temporal en este deslinde concursal, indica que conforme a la expresión "duración" cabe hablar de un límite mínimo por razón del cual se estima absorbida la detención por el delito patrimonial si dura un período de tiempo mínimamente irrelevante ( Tribunal Supremo Sala 2ª, núm. 856/2007, de 25 de octubre, rec. 11189/2006: lo que excluye el delito en caso de privaciones de libertad instantáneas o fugaces), y de un límite máximo que permite diferenciar la calificación de un concurso medial frente a un concurso real. Este criterio adolece de cierta ineludible indeterminación, puesta de relieve en nuestra Sentencia núm. 1539/2005, de 22 de diciembre, rec. 211/2005.

7.2. Mientras que en las sentencias citadas, sucede:

- En la STS núm.1790/2000, de 22 de noviembre, se resalta en la narración probada y expresamente se indica en la fundamentación, que la privación de libertad ambulatoria no se limitó al *tiempo e intensidad* necesarios para cometer el delito de robo con intimidación.

- En la STS núm. 50/2004, de 30 de junio, igualmente la plasticidad del relato revela ese exceso y la propia fundamentación señala que la privación de las víctimas de su facultad deambulatoria superó en mucho, *tanto en el tiempo como en su intensidad*, a lo razonablemente necesario para cometer la acción depredadora que también se juzga.

- En la STS núm. 878/2009, de 7 de septiembre, igualmente el exceso intensivo es patente y la detención ilegal precede en bastante tiempo a la estricta acción contra el patrimonio: "es patente que la privación, por cincuenta minutos, de la libertad del director de la **sucursal**, que tuvo como escenario desde su casa hasta la **sucursal** y la espera allí hasta que llegó el empleado que tenía la combinación de la caja fuerte excedió claramente de lo que puede ser necesario para un acto depredatorio".

- En la STS 372/2010, de 29 de abril, donde la detención y la sustracción violenta duró veinte minutos, dejando maniatadas a las víctimas, se estimó concurso medial entre el robo y la detención ilegal, pero en atención a la *intensidad* de la privación de libertad, no en función de su duración:

*En el caso presente la situación que se contempla en el relato fáctico es la de una privación de libertad de dos personas que fueron atadas y amordazadas desde el primer momento por los acusados mientras cometían el robo, permaneciendo éstos en el domicilio unos 20 minutos, dejando atados y amordazados a las víctimas cuando abandonaron la vivienda, dicha privación de libertad constituye ciertamente, medio necesario, en sentido amplio y objetivo, para la comisión del robo, pero su intensidad -no olvidemos que las víctimas fueron golpeadas reiteradamente mientras permanecían inmovilizadas, resultando... con lesiones consistentes en tres heridas por arma blanca en cuero cabelludo, herida por arma blanca en zona glútea fractura costal, contusión en codo y policontusiones y hematomas, de los que tardó en curar 120 días con 60 de incapacidad, y ... con lesiones consistentes en síndrome de ansiedad aguda, de las que tardó en curar 30 días, con 14 de incapacidad para sus ocupaciones habituales- excedió de la mínima privación de libertad ínsita en la dinámica comisión del delito contra la propiedad afectando de un modo relevante y autónomo al bien jurídico protegido en el delito de detención ilegal...".*

- En la STS nº 809/2010, de 29 de septiembre, se estima concurso medial entre el robo y la detención ilegal que efectivamente duró veinte minutos, en atención a la prolongación de la privación de libertad, con significativo traslado de ubicación, *una vez consumado el delito*:

*En el caso, el recurrente, junto con otros, abordó a la víctima con la finalidad de apoderarse del tabaco que llevaba para su distribución y del dinero ya recaudado con ella, y lo obligaron a introducirse en la furgoneta que utilizaba, en la que, conducida por uno de los acusados, lo trasladaron hasta un descampado situado en una zona apartada, donde, luego de trasladar los efectos cuya sustracción pretendían a su propio vehículo, lo dejaron maniatado, aunque sin nudos, de forma que pronto pudo deshacerse de ellos y pedir ayuda. La privación de libertad se extendió por un tiempo aproximado de veinte minutos.*



La privación de libertad que se produce en el momento en que la víctima es amenazada con el arma y resulta imposibilitada de hacer su voluntad, queda absorbida por el delito de robo, pues es imposible ejecutar una apropiación de un objeto mediante violencia o intimidación si quien lo posee puede optar con toda libertad por no entregarlo abandonando el lugar. Sin embargo, los acusados, que, liberando al asaltado, podrían haberse apropiado del vehículo, como hicieron, y trasladarlo a otro lugar con la finalidad de trasladar los efectos a su propio medio de transporte, optaron por prolongar la privación de libertad de la víctima, manteniéndola en esa situación hasta que consideraron asegurada su acción. Por lo tanto, la detención, aunque vinculada a la ejecución, se prolongó lo suficiente para valorarla de forma independiente, de manera que la decisión del Tribunal de instancia no constituye una infracción de ley, por lo que la alegación debe ser desestimada.

- En la STS 832/2010, de 5 de octubre, se estima concurso real, pero igualmente la intensidad de la privación de libertad es evidente y además " la privación de libertad se mantuvo una vez terminando el acto sustractivo, debiendo esperar a que llegara el padre, y esposo, de las perjudicadas, para remediar la privación de libertad, extremo que era ajeno al conocimiento de los autores de la privación de libertad", a diferencia del caso de autos, de donde no concurre la identidad afirmada: El hecho probado refiere que los acusados, y otro, entraron en la finca. Al advertir la presencia de la hija de los propietarios la empujaron al suelo y la maniataron y colocándole una pistola en la sien la conminaron a que dijera si había más gente en la vivienda, sus sistemas de seguridad y la ubicación de la caja. También maniataron a la madre a quien obligaron a comunicar el sistema de apertura de la caja fuerte y a la que maniataron a la cama. Allí las dejaron hasta que transcurridos quince minutos llegó el propietario de la vivienda que las liberó.

- En la STS nº 1115/2010, de 16 de diciembre, " se narra la entrada de los dos recurrentes con pistolas semejantes a las de verdad, y tras la inmovilización de las personas que se encontraban en el interior de las **sucursales** bancarias, para lo que habían esperado la hora en la que menos gente había –en los tres casos sobre las 14 horas– procedieron a inmovilizar a los que estaban en su interior, y tras obtener el botín, y después de volverlos a atar y asegurar su inmovilidad para evitar el posible auxilio, se ausentaron, obteniendo el botín antes repetido"; de modo que se concluye que se está en la situación del concurso real de delitos, porque la privación de libertad de las personas que se encontraban en las **sucursales**, no solo superó el tiempo necesario para el robo, sino que además, tuvo la finalidad de conseguir la impunidad, y así en el factum se dice que la detención y nuevo aseguramiento de los detenidos fue "...para impedir que los empleados pudieran pedir un pronto auxilio...". Es decir, responde a la persistencia de la prolongación deliberada e ilimitada de la privación de la libertad deambularía, tras la sustracción.

- En la STS nº 1372/2011, de 21 de diciembre, también se estima concurso real, pero tras el apoderamiento del dinero, la forma y los medios utilizados por los acusados para privar de libertad a las víctimas, evidencian su propósito de que éstas no pudieran deshacerse prontamente de sus ataduras, de desprenderse de las mordazas para pedir auxilio ni de salir del baño en pocos minutos sino que esa mecánica comisiva tenía por objetivo prolongar la privación de libertad mucho más tiempo del necesario incluso para escapar del lugar.

- En la STS nº 609/2013, de 28 de junio, igualmente se contempla un exceso tanto intensivo como temporal, donde la inmovilización perdura tras los treinta minutos que dura el episodio central: En el caso enjuiciado, la Audiencia aplica un concurso medial, dado el tiempo que duró el suceso central, unos treinta minutos, y que los asaltantes ataron a los moradores empleando bridas y cables, los colocaron boca abajo en el suelo exhibiéndoles lo que a todas luces parecía ser un arma real, llevando a cabo un profuso registro de la vivienda atracada, en el que levantaron literalmente las habitaciones de arriba abajo, en busca de dinero y de droga, con resultado infructuoso; y finalmente, no solamente les dejaron atados y en el suelo a los moradores de la vivienda, junto a la propietaria de la misma, sino que ocultaron sus teléfonos móviles (en el horno situado en la cocina) con la intención de dificultar la petición de ayuda. De tal manera, que el objeto del robo era indefinido y la intensidad de la privación de libertad muy considerable, junto a un tiempo de media hora, lo que constituyen parámetros suficientes para justificar la decisión que tomó al respecto la Sala sentenciadora de instancia.

- En la STS 177/2014, de 28 de febrero, se indica, al descender al caso concreto objeto de enjuiciamiento se comprueba, en primer lugar, que el Tribunal de instancia afirma que la duración de la privación de libertad para ejecutar el delito de robo se extendió por un tiempo de una hora y cuarenta y cinco minutos; ...algunas de las víctimas fueron sujetadas de pies y manos con cinta adhesiva ya desde el inicio del **atracó**, según se describe en los hechos probados, y a las restantes las sujetaron con la cinta de embalar al final del **atracó**, antes de marcharse, con el fin de asegurar la fuga. A lo anterior ha de sumarse que algunas de las mujeres, en concreto cinco, fueron agredidas por los acusados, resultando con las lesiones leves que se especifican en el "factum": herida incisa con cicatriz de tres centímetros; contusión dorsal; traumatismo craneal; contusión lumbar y occipital; y contusión facial. Por consiguiente, tanto por el tiempo de la detención como por la forma y las condiciones en que tuvo lugar la privación de la libertad ambulatoria, se considera que la aplicación del concurso ideal-medial previsto en el art. 77 del C. Penal se ajusta a derecho.



- En la STS nº 366/2014, de 12 de mayo, se traslada a la víctima a un descampado tras un trayecto de veinte minutos y queda allí custodiada por dos de los autores, mientras los otros dos con su tarjeta, intenta utilizarla, consiguen extraer trescientos euros, vuelven tras un "largo período de tiempo" y le dejan allí llevándose su vehículo; por lo que concluye la sentencia: *No es posible la absorción pretendida por el recurrente si tenemos en cuenta no solo el lapso de tiempo alcanzado por la privación de la libertad ambulatoria del perjudicado, ya que la retención se produce una vez que los acusados ya contaban con la información necesaria para poder extraer el dinero de la cuenta bancaria... y a mayor abundamiento podrían haberse apoderado de su vehículo sin ser necesario para tales fines tenerle retenido "durante un largo período de tiempo".*

- En la STS . nº 518/2014, de 3 de junio , donde la detención de una madre y sus dos hijos, en su domicilio duró cuarenta minutos y al salir les dejaron atados, se argumenta: *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 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 (que es donde pone el acento la Audiencia) cuanto que, en sí misma, excedía de lo que puede considerarse inherente a un delito de robo.*

8. Consecuentemente, de la jurisprudencia invocada en las propias resoluciones, cuando no media exceso en la intensidad de la privación de la libertad ambulatoria por la forma y las condiciones en que tuvo lugar, sino que exclusivamente se atiende al factor tiempo, observamos:

a) El exceso cronológico en la detención sobre el robo, que determina la concurrencia delictiva, efectivamente también puede revelarse cuando la previsión ex ante determina que el episodio de la sustracción excederá de lo que sería un robo "prototípico"; con una breve duración del de libertad.

Duración que no se excede, calificándose de nimia, cuando conlleva un concreto desplazamiento a la ubicación de un cajero automático para extraer numerario bajo intimidación ( SSTS 835/2010, de 6 de octubre ó 609/2013, de 28 de junio con cita de otras varias).

La STS 322/2020 de 17 de junio, indica que en el concurso de normas, "encajan no sólo los casos de comisión más o menos instantánea o breve del robo, sino también aquellos otros en que, por la mecánica de la comisión delictiva elegida por el autor, hay alguna prolongación temporal, de modo que también el traslado forzado de un lugar a otro de la víctima o de un rehén o su retención mientras se obtiene el objeto del delito se considera que forman parte de esa intimidación o violencia que se utiliza contra el sujeto pasivo, con tal que sea de breve duración".

El propio Tribunal de apelación, al analizar este extremo indica que una interpretación razonable de la idea de que se produce la absorción "en el supuesto en el que la privación de libertad coincide temporal y exactamente con el tiempo necesario e imprescindible para cometer el delito principal" debe conciliarse con una breve duración del delito". Aunque a continuación, entiende que esperar a la reapertura, conlleva una previsión de una sustracción prolongada en el tiempo; en autos se indica que fueron cinco o seis minutos, sin que se aporte la razón de la inferencia de que los autores contaban o al menos atendían a la posibilidad de esperar a retardo de apertura ilimitada o excesivamente prolongada en el tiempo.

b) También se incurre en concurso delictivo, en el caso de que una vez consumado el delito se prolongue la privación de libertad; pero, en este caso, no resulta primordial la finalidad, "para lograr su impunidad", "para posibilitar su huida", sino el exceso sobre el episodio de sustracción.

Una dilatada línea jurisprudencial de la que son exponentes la STS 1706/2002 de 9 de octubre, 1509/2004 de 14 de diciembre, 385/2010 de 29 de abril, 863/2015, de 30 de diciembre, o la 322/2020 de 17 de junio, reitera como hemos ya transcrito que en todo delito de robo con violencia o intimidación en las personas hay siempre una privación de la libertad ambulatoria, consecuencia necesaria del acto de amenaza o de fuerza física que paraliza los movimientos de la víctima; y que persiste el concurso de normas, no sólo en los casos de comisión más o menos instantánea o breve del robo, sino también aquellos otros en que, por la mecánica de la comisión delictiva elegida por el autor, hay alguna prolongación temporal.

c) La prolongación de la privación deambulatoria más allá de la sustracción, igualmente debe ponderarse desde la propia entidad de la privación y la puesta de medios por el autor, para su perduración por un tiempo *relevante*; pero si desde la previsión del autor, por el lugar concreto, mínima atadura de fácil liberación, posibilidad de deambulación o de solicitar efectiva ayuda, se concluye racionalmente que esa prolongación va a ser mínima,



de escasa relevancia, no integra razón suficiente para atender a una consideración autónoma del ilícito de detención.

Igualmente las referidas sentencias STS 1706/2002 de 9 de octubre, 1509/2004 de 14 de diciembre, 385/2010 de 29 de abril, 863/2015, de 30 de diciembre, o la 322/2020 de 17 de junio, entre otras, admiten que esa privación de libertad posterior al hecho de la consumación del robo lo sea por unos breves momentos, sin que la absorción deje de operar; que ejemplifican al concretar que ordinariamente es el *tiempo el necesario para poder escapar*.

En el caso de la 1117/2001, de 12 de junio, donde los vigilantes quedaron encerrados en el bunker durante cuarenta y cinco minutos, se casó la sentencia y se absolvió por las detenciones ilegales, porque los vigilantes, estaban siendo vistos por los compañeros y la demora en poder salir, obedeció al tiempo que los compañeros tardaron en encontrar el mando a distancia para abrir el bunker.

En definitiva, cuando las ataduras, son colocadas de tal forma que conllevan desde la previsión del autor, una casi inmediata liberación, no cabe entender que medie una prolongación significativa para que deje de operar el concurso de normas. Así, en la razón por la cual en la sentencia núm. 863/2015, de 30 de diciembre, se indica la existencia de un concurso de delitos, reside en que "los acusados se marcharon de la casa abandonaron a las víctimas atadas (y bien atadas) de pies y manos, es decir, privadas de libertad"; y en la núm. 385/2010 de 29 de abril, además de obvios excesos en la intensidad de la privación de libertad, significativamente se especifica que dejaron a las víctimas, inmovilizadas atadas y maniatadas, de pies y manos, incluso en relación a una de ellas, tirando fuerte de las bridas para evitar que pudiera liberarse con facilidad, asegurándose que quedaba bien sujeta.

9. En cuya consideración, la mayor identidad fáctica en cuando a los elementos de subsunción a ponderar del caso de autos, la encontramos en la contemplada en la sentencia de esta Sala nº 788/2017, de 7 de diciembre, donde los autores accedieron a una vivienda manipulando la cerradura, ataron con bridas a sus moradores, que se hallaban durmiendo, registraron las habitaciones, recogieron el dinero y objetos de valor que encontraron, lo que entendieron que era de valor y abandonaron el domicilio, dejando atados a los moradores, cerrando la puerta de entrada con un juego de llaves, que cogieron del interior; y así se recoge:

*En el caso presente, se declara probado que los acusados, mientras que se apoderaban de las cosas que luego sustrajeron, ataron de pies y manos a tres de las víctimas, atando solo de las manos a las otras dos, y que las dejaron encerradas en la vivienda cerrando la puerta de entrada con unas llaves que cogieron del interior. Una de las víctimas, cuando los asaltantes abandonaron el piso, consiguió cortar las bridas de las demás, abrir la puerta con otras llaves y pedir auxilio, quedando libres todas ellas. En el relato fáctico se dice que esto tuvo lugar "transcurrido un tiempo" (sic) desde que los acusados abandonaron el lugar. Tampoco se precisa el tiempo total de duración del robo.*

*No puede interpretarse en contra del reo la imprecisión en el periodo de tiempo transcurrido desde que los acusados abandonaron el lugar hasta que las víctimas se liberaron, ni tampoco el relativo a la duración total del acto delictivo. Además, la liberación se produjo, no solo con rapidez, sino también con facilidad. En ese sentido, no puede dejar de valorarse que, aunque las víctimas estaban todas atadas, lo que sin duda dificultaba sus movimientos, dos de ellas solo estaban atadas de manos, por lo que podían desplazarse sin dificultades. Y, también, que, aunque los acusados abandonaron el piso dejando la puerta de entrada cerrada con unas llaves que se llevaron, no es extraño suponer que cada uno de los que vivían en el domicilio dispusieran de un juego de llaves lo que les permitiría abrir la puerta, salir al exterior y pedir auxilio, como efectivamente ocurrió. Por otro lado, no se recoge en la sentencia que la duración total del robo haya sido excesiva, de manera que las víctimas no estuvieron privadas de libertad por un largo periodo de tiempo. Por lo tanto, los acusados hicieron lo necesario para que la privación de libertad les permitiera ejecutar el robo y disponer de un breve tiempo para la huida, pero permitiendo que los asaltados recuperasen la libertad sin dificultad excesiva y pudieran pedir ayuda a terceras personas. De esta forma, la privación de libertad que sufrieron las víctimas no superó de forma relevante el tiempo necesario para la misma comisión del robo, por lo que debe apreciarse un concurso aparente de normas en el que la detención ilegal queda absorbida por el robo con intimidación, de manera que la sanción del robo abarca la totalidad de la antijuricidad del conjunto de la conducta.*

Otro supuesto límite, de mayor intensidad y duración que el de autos, donde se casa la sentencia para absolver por los delitos de detención ilegal, se contiene en la STS 1001/2009, de 1 de octubre, que describe un **atracó** donde una vez que entraron los asaltantes, y anuladas que fueron las cámaras de seguridad de la entidad **bancaria**, obligaron a los seis empleados referidos en el factum a bajar al sótano, lugar donde fueron maniatados, permaneciendo arrodillados de cara a la pared, "permaneciendo retenidos por un tiempo aproximado de 30 minutos, no pudiendo acceder a las cámaras de dinero [como era su intención] al ser



sorprendidos por fuerzas de la Policía Local y de la Guardia Civil, que habían sido alertadas; y así fundamenta la persistencia de la absorción de la privación deambulatoria por el robo violento:

*la duración de la privación de libertad, en nuestro caso, no excedió de la correspondiente al propio comienzo del apoderamiento, que supuso unos treinta minutos aproximadamente. Siendo ello así, es evidente que no podemos aplicar en perjuicio de reo las posibilidades ulteriores que los autores cubrían en su designio criminal, esto es, liberar inmediatamente a los cautivos, o dejarlos atados con posterioridad al robo, una vez consumado éste. La realidad es que fueron inmediatamente liberados, una vez se frustró el propósito de los autores por la intervención de la policía judicial. Hasta ese momento, la detención no sobrepasaba la estrictamente necesaria para el robo, pues es inherente a tal delito la inmovilización de los empleados de la entidad **bancaria**, sin cuya paralización, por el efecto intimidante de las armas, o por sus ataduras, no era posible concebir la comisión delictiva (un **atracó** a una entidad **bancaria**).*

10. En autos, como indican los hechos probados, a la empleada **bancaria** y a la clienta que ya había accedido a la zona del cajero, las condujeron sucesivamente a la parte trasera de la oficina donde ya se encontraban el gestor y la gestora bancarios, donde los retuvieron en la sala de reuniones conminándoles con la exhibición de un revólver de foguero y una pistola que parecía simulada; desde que acceden a la **sucursal** hasta que la abandona el último de los atracadores, transcurren diecisiete minutos; en ese ínterin exigieron la apertura de la caja de seguridad, que tenía un mecanismo de retardo de seis minutos, se apoderaron de su contenido, ataron con bridas a empleados y clienta, marcharon dos de ellos con el dinero y los teléfonos de tres de los embriados -el del gestor quedó en su mesa- y cinco o seis minutos después, el último de los atracadores.

Las bridas colocadas fueron de fácil liberación; especialmente en el caso de D<sup>a</sup> Jacinta , que tal como se describe no estaba privada de libertad deambulatoria, al colocarle las bridas en las muñecas, como tampoco de D<sup>ña</sup>. Laura , aunque con una ligera dificultad añadida, pues le ataron las muñecas con bridas al reposabrazos de una silla; y desde luego no les impedía pedir ayuda, pues nada indican los hechos sobre que restaran encerrados o que fueran inutilizados los teléfonos fijos de la **sucursal**. Es decir, desde la previsión de quien las coloca en la situación y espacio que deja a los atados, necesariamente se comprende y acepta su pronta liberación, al dejar incluso a alguno de ellos con posibilidad de deambulación, sólo con las muñecas anudadas. De modo, que la privación de libertad termina cuando Obdulio , sale de la **sucursal**, pues aunque restan los tres empleados y clienta embriados, lo es en condiciones que permiten fácilmente desasirse de las ataduras; y aunque se les conmina a no hacerlo pasados unos minutos, debe entenderse tal exigencia como una coacción, pero no como prolongación de la privación de libertad, cuando les cabía la opción de desatender ese mandato y podían sin oposición alguna proceder a desatarse, como así hicieron.

11. Por tanto, resultan insuficientes las razones esgrimidas en la sentencia recurrida para condenar por los delitos de detención ilegal; pues:

(i) Nada permite inferir, que en la planeación se aceptara o que sea habitual que el retardo de apertura de la caja de seguridad, exceda de unos breves minutos. Tampoco que se bajaran persianas o se inutilizaran cámaras; en cuanto medida de seguridad y prevención habitual en múltiples **atracos**, sin relación directa con su duración.

(ii) La retención de la clienta, que ya accede a la zona de cajeros un minuto después de los atracadores, no conllevó una demora adicional a la sustracción; y en la previsión del **atracó**, es obvio que dicha posibilidad existía.

(iii) La inmovilización tras el **atracó**, se realizó de forma que la liberación de las ataduras fuera fácil; hasta el extremo que se hizo sin privar de la libertad deambulatoria, a dos de las empleadas.

Como expresara la STS nº 379/2011, de 11 de mayo, deberá apreciarse un delito de detención ilegal cuando la privación de la libertad en la víctima, por su duración o por sus especiales características, presente una entidad cuyo aspecto negativo en cuanto ataque al bien jurídico protegido, no quede cubierto por la sanción del delito de robo; tal ocurrirá cuando se prolongue por más tiempo del necesario para ejecutar el apoderamiento o cuando se desproporcione en función del delito de robo concreto cometido; en definitiva, cuando objetivamente tenga mayor entidad el ataque a la libertad que el ataque al patrimonio, aun considerando la inevitable privación de libertad que conlleva ( SSTS 479/2003 de 31 de marzo, 12/2005 de 20 de enero), o cuando la privación de libertad aparezca como un agregado sobre-abundante, como un elemento adicional a la violencia ejercida por los autores, suficiente en sí misma para cometer el robo.

Nada de ello acontece en autos, sin que los cinco o seis minutos que tarda en salir el último de los atracadores, cuando los otros dos ya habían salido con el dinero, implique una demora *relevante* desde la perspectiva de la acción sustractiva, la dinámica empleada y tiempo intervenido. Con frecuencia las citas jurisprudenciales se alude a unos breves momentos necesarios para escapar; y en autos quien precede en la salida al último de los atracadores, es persona con dificultad para deambular por sus problemas respiratorios, hasta el extremo,



nos dice el *factum*, que no pudo culminar la sencilla tarea de oscurecer con pintura en spray las cámaras de seguridad; y aunque ciertamente, la ideación del autor o las circunstancias personales de estos, no sirven para justificar una prolongación significativa, el tiempo empleado, en las circunstancias concurrentes descritas en autos, no adquiere esa demora breve, una relevancia tal, que conlleve a concluir que objetivamente adquiere mayor entidad el ataque a la libertad que el ataque al patrimonio.

Consecuentemente este motivo, que ha sido formulado de manera individualizada por cada recurrente, debe ser estimado para cada uno de ellos.

**SEGUNDO.-** Estimado el anterior motivo, resta sin objeto el segundo y último de los formulados por *Obdulio*

**TERCERO.-** Restan por ende, los demás motivos formulados por *Pedro*

1. Dentro de la amalgama de quejas concentradas en su primer motivo la primera hace referencia al quebranto de su derecho a la presunción de inocencia; pues entiende que no se ha practicado prueba de cargo de suficiente entidad en el acto del juicio que avale la autoría del recurrente.

Argumenta que la sentencia de apelación, se basa tan solo en pruebas indirectas, cuando los propios participantes en los hechos niegan que el recurrente participara en los mismos; de modo que, indica por todo argumento, la condena se ha producido de manera subjetiva que lleva a la arbitrariedad e incongruencia, pues no existe un marco probatorio que pueda llevar a su condena. No participó en el robo y no hay prueba alguna que demuestre que participó, concluye apodícticamente.

2. El derecho a la presunción de inocencia reconocido en el artículo 24 CE implica, en el marco del proceso penal, que toda persona acusada de un delito o falta debe ser considerada inocente hasta que se demuestre su culpabilidad con arreglo a la Ley, y, por lo tanto, después de un proceso justo, ( artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículo 6.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Como regla de tratamiento, la presunción de inocencia impide tener por culpable a quien no ha sido así declarado tras un previo juicio justo (por todas, STC 153/2009, de 25 de junio, FJ 5) y, como regla de juicio en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, se configura como derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que la culpabilidad haya quedado establecida más allá de toda duda razonable (entre muchas, últimamente, STC 78/2013, de 8 de abril, FJ 2) ( STC 185/2014). Todo ello supone que se haya desarrollado una actividad probatoria de cargo con arreglo a las previsiones constitucionales y legales, y por lo tanto válida, cuyo contenido incriminatorio, racionalmente valorado de acuerdo con las reglas de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicos, sea suficiente para desvirtuar aquella presunción inicial, permitiendo al Tribunal alcanzar una certeza que pueda considerarse objetiva, en tanto que asumible por la generalidad, sobre la realidad de los hechos ocurridos y la participación del acusado, de manera que con base en la misma pueda declararlos probados, excluyendo sobre los mismos la existencia de dudas que puedan calificarse como razonables.

El control casacional se orienta a verificar estos extremos, validez y suficiencia de la prueba y racionalidad en su valoración, sin que suponga una nueva oportunidad para proceder de nuevo a la valoración del material probatorio, de manera que no es posible que el Tribunal de casación, que no ha presenciado las pruebas personales practicadas en el plenario, sustituya la realizada por el Tribunal de instancia ante el cual se practicaron.

No se trata, por lo tanto, de comparar la valoración probatoria efectuada por el Tribunal y la que sostiene la parte que recurre o cualquier otra posible, sino, más limitadamente, de comprobar, de un lado, la regularidad de la prueba utilizada, es decir, su ajuste a la Constitución y a la ley, y, de otro lado, la racionalidad del proceso argumentativo. Esta forma de proceder en el control de la racionalidad del proceso valorativo no implica que el Tribunal que resuelve el recurso pueda realizar una nueva valoración de las pruebas cuya práctica no ha presenciado, especialmente las de carácter personal. Se trata, solamente, de comprobar que el Tribunal de instancia se ha ajustado a las reglas de la lógica, no ha desconocido injustificadamente las máximas de experiencia y no ha ignorado los conocimientos científicos, y que, por lo tanto, su valoración de las pruebas no ha sido manifiestamente errónea, absurda, caprichosa o absolutamente inconsistente.

Por otro lado, en cuanto a la prueba indiciaria, la STS nº 220/2015, de 9 de abril, recogía el contenido de la STC 128/2011, de 18 de julio, la cual, enlazando con ideas reiteradísimas, sintetiza la doctrina sobre la aptitud de la prueba indiciaria para constituirse en la actividad probatoria de cargo que sustenta una condena: "A falta de prueba directa de cargo, también la prueba indiciaria puede sustentar un pronunciamiento condenatorio, sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia, siempre que: 1) el hecho o los hechos bases (o indicios) han de estar plenamente probados; 2) los hechos constitutivos del delito deben deducirse precisamente de estos hechos bases completamente probados; 3) se pueda controlar la razonabilidad de la inferencia, para lo



que es preciso, en primer lugar, que el órgano judicial exteriorice los hechos que están acreditados, o indicios, y, sobre todo que explique el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia; y, finalmente, que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común o, "en una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a los criterios colectivos vigentes" ( SSTC 300/2005, de 21 de noviembre, FJ 3; 111/2008, de 22 de septiembre, FJ 3 y 70/2010, FJ 3). Asumiendo "la radical falta de competencia de esta jurisdicción de amparo para la valoración de la actividad probatoria practicada en un proceso penal y para la evaluación de dicha valoración conforme a criterios de calidad o de oportunidad" ( SSTC 137/2005, de 23 de mayo, FJ 2 y 111/2008, de 22 de septiembre, FJ 3), sólo se considera vulnerado el derecho a la presunción de inocencia en este ámbito de enjuiciamiento cuando "la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada" ( SSTC 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 4; 111/2008, de 22 de septiembre, FJ 3; 109/2009, de 11 de mayo, FJ 3; 70/2010, de 18 de octubre, FJ 3; 25/2011, de 14 de marzo, FJ 8)".

Cuando se trata del recurso de casación en procedimientos en los que, tras la reforma operada por la Ley 41/2015, existe un recurso de apelación previo a la casación, al igual que ocurre con los seguidos conforme a la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, la valoración de la prueba efectuada por el jurado y concretada por el Magistrado Presidente en la sentencia del Tribunal, ya ha sido previamente revisada por el Tribunal Superior de Justicia al resolver el recurso de apelación, donde deberá haber procedido a las comprobaciones antes mencionadas. En consecuencia, en estos aspectos, ya se ha dado cumplimiento a la exigencia contenida en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en cuanto reconoce el derecho de toda persona declarada culpable de un delito a someter el fallo condenatorio y la pena a un Tribunal superior.

De otro lado, la sentencia contra la que se interpone el recurso de casación es la dictada por el Tribunal Superior de Justicia, que no ha presenciado la práctica de la prueba y, por lo tanto, no ha dispuesto de la inmediación que sí ha tenido el Tribunal del jurado.

Desde esta perspectiva, el control que corresponde al Tribunal Supremo, cuando se alega vulneración de la presunción de inocencia, se concreta, en realidad, en verificar si la respuesta que ha dado el Tribunal de apelación ha sido racional y ha respetado la doctrina del Tribunal Constitucional y de esta Sala Segunda sobre el alcance de la revisión, sobre la motivación y sobre la validez de las pruebas. En definitiva, se concreta en cuatro puntos: a) en primer lugar, si el Tribunal Superior de Justicia, al examinar la sentencia del Tribunal del Jurado, se ha mantenido dentro de los límites de revisión que le corresponden; b) en segundo lugar, si ha aplicado correctamente la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional sobre la necesidad de motivar la valoración de la prueba, tanto al resolver sobre la queja de falta de motivación, en su caso, como al fundamentar sus propias decisiones; c) en tercer lugar, si ha respetado la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional acerca de las garantías y reglas relativas a la obtención y práctica de las pruebas, con objeto de determinar su validez como elementos de cargo; d) en cuarto lugar, si el Tribunal de la apelación ha resuelto las alegaciones del recurrente sobre la existencia de prueba de forma racional, es decir, con sujeción a las reglas de la lógica, a las máximas de experiencia y a los conocimientos científicos.

3. La sentencia de apelación, ya indicó al recurrente, que la Audiencia Provincial realiza un pormenorizado y detallado análisis de la prueba practicada para determinar los hechos declarados probados; como bien dice el Ministerio Fiscal la identificación del recurrente está sustentada en múltiples pruebas que, valoradas completa y conjuntamente suponen el sustento necesario de la convicción de la Sala de instancia: informes identificativos, seguimiento de vehículos y teléfonos... e incluso que un coacusado llamara " Sebastián " al recurrente tanto en el **atraco** como en el acto del juicio oral o que los testigos manifestasen que uno de los atracadores tenía problemas para respirar -condición que la propia parte impugnante reconoce-.

Y efectivamente, la Audiencia Provincial, en una racional y pormenorizada valoración de la prueba, absolutamente encomiable, desgrana el acervo probatorio de donde fluye de manera absolutamente fuera de toda duda, la autoría del recurrente:

En el acto de juicio oral, los acusados **Obdulio** y **Miguel** han reconocido su participación en el robo de la **sucursal bancaria** y han exculpado al coacusado **Pedro**, del que dicen que no estaba allí y no intervino de manera alguna. El aludido también ha negado su participación en el delito. Consecuentemente, la controversia en la presente causa se centra en la autoría atribuida a **Pedro** y en la calificación jurídica de los hechos. Empezaremos con lo primero.

**Obdulio** relata que solía ir a la localidad alavesa de Salvatierra a comprar droga, en compañía de **Miguel**, desde mediados de 2018 aproximadamente; que es posible que el 30 de abril y el 3 de mayo de 2019 estuvieran allí; que cree haber coincidido alguna vez en Salvatierra con **Pedro**, que acudía a lo mismo que ellos, pero no iban juntos; que el 8 de mayo de 2019 no le vio allí; que ese día les surgió la idea de atracar la **sucursal**,



pues necesitaban dinero para adquirir estupefacientes; fue algo espontáneo y a ello se apuntó un tal Carlos Alberto , del que no quiere dar más datos; guantes, bridas, spray de pintura los llevaba en el coche junto a otras herramientas, y también el revólver de fogueo que usó. Al acabar, los tres hicieron un reparto rápido del dinero en el coche y luego, en casa, hizo números más precisos.

Miguel viene a contar más o menos lo mismo, aunque no recuerda ni si estuvo en Salvatierra el 30 de abril y el 3 de mayo de 2019, ni si en dicho pueblo ha coincidido alguna vez con Pedro . El 8 de mayo de 2019 Obdulio y él no pudieron adquirir droga, porque el "camello" decidió no fiarles, y entonces se les ocurrió la idea del robo. Él compró una pistola pequeña de plástico duro para intimidar y dice que se dio cuenta de que había un tercer atracador cuando le vio llevando hacia el fondo de la oficina a una cliente. Afirma que no sabe quién era ese hombre, no sabe si salió de la **sucursal** al mismo tiempo que él, no le vio la cara, y no recuerda haberle llamado " Sebastián ". Asevera que en el reparto del dinero, dentro del coche, no estaba ese otro varón, aunque Obdulio hizo tres partes. Preguntado acerca de su relación con Pedro , manifiesta que lo ha tratado ahora en prisión, que no tiene conciencia de conocerlo de antes. Preguntado sobre si no estuvo en su casa en junio de 2019, responde que a su domicilio va mucha gente a consumir drogas y que, si estuvo, no se quedó con su cara.

En cuanto a cómo se desarrolló el robo, ninguno de los dos entra en contradicción sobre los hechos nucleares con los testigos presenciales (los empleados bancarios Victorio , Laura y Jacinta , y la cliente Mercedes ) y es lo que se expone en el relato de hechos probados.

Pedro nos informa que conoce a los otros dos coacusados, aunque tiene más relación con Obdulio y con Miguel ha coincidido poco. A veces se habían encontrado los tres, comprando droga en el mismo sitio. Dice que a ello no solía ir a Salvatierra, aun cuando alguna vez ha ido, no recuerda si en abril o mayo de 2019. No recuerda si fue a Salvatierra el 30 de abril y el 3 de mayo de 2019. Circula mucho por la carretera N-I, camino del puerto de Opakua o de Vitoria. No intervino en el **atraco**, ni lo planeó, ni lo supo, y no se reconoce en los fotogramas que se le exhiben donde aparece el tercer varón (folio 273).

Como vemos, los tres acusados han negado la controvertida autoría y procede valorar si hay prueba bastante que enerve la presunción de inocencia que ampara a Pedro .

Los cuatro testigos presenciales no podían reconocer a los autores del **atraco**, pues iban embozados y les conminaban a que bajaran la mirada, pero, según explicó el instructor del atestado, suboficial de la Policía Autónoma Vasca con número profesional NUM004 , con la descripción física que pudieron ofrecer (edad, estatura) comenzaron las indagaciones entre los delincuentes con antecedentes por delitos parecidos que coincidieran físicamente, y de ese modo y con imágenes extraídas de una cámara de seguridad de la oficina (folios 67 a 69), llegaron a sospechar de Miguel . Le sometieron a vigilancia y seguimiento en el entorno de su domicilio en la localidad guipuzcoana de Andoain y eso les llevó hasta Obdulio y Pedro , a los que vieron con aquél y que coincidían con las descripciones físicas aportadas por los testigos y con aquellas imágenes (diligencia policial de exposición de hechos a los folios 131 y siguientes, y testifical del suboficial nº NUM004 ).

En el curso de las investigaciones policiales, se elaboró un informe pericial fisonómico (folios 149 a 173), que ha sido ratificado y aclarado en juicio por sus autores, los agentes de la Ertzaintza nº NUM005 y NUM006 . Usaron como imágenes dubitadas fotogramas de las grabaciones de las cámaras de seguridad y como indubitadas las de las reseñas policiales y las que se sacaron al efecto durante los seguimientos de los sospechosos. Han explicado que en sus análisis siguen un protocolo de buenas prácticas común a los especialistas de todos los cuerpos policiales. En una escala de correspondencia que va de -3 a +3, concluyeron que el grado respecto de Miguel era de +3 y, sobre Obdulio y Pedro , de +2.

La defensa de Pedro se ha esforzado en sus alegaciones finales en desacreditar este informe pericial. Dice que no hay garantías de autenticidad de las imágenes indubitadas (folio 164), pero no niega que sea su cliente, y, de hecho, lo es, como ha podido comprobar in situ y personalmente el Tribunal durante el desarrollo del juicio. Sugiere que dichas imágenes pueden estar manipuladas, pues en unas parece que es calvo y en otras no, o que su calvicie es distinta. Sin embargo, resulta evidente de su visualización que las discrepancias que quiere apreciar el abogado hallan fácil explicación en la distinta posición de la cabeza del fotografiado, y, por tanto, perspectiva de la imagen; en definitiva, en unas fotos aparece mejor la calva que en otras. Seguidamente, alega que, ni dando por buenas las imágenes, la comparación es positiva.

Examinadas por el Tribunal las imágenes, la coincidencia en cuanto al primero ( Miguel ) salta a la vista. Incluso para una persona leiga en reconocimientos faciales, el segundo ( Obdulio ) también puede ser identificado sin problemas. Respecto del tercero, que es lo controvertido, un rápido vistazo ofrece parecido físico. Son los técnicos los que nos ilustran acerca de la correspondencia sobre Pedro . Existen rasgos físicos que experimentan escasa variabilidad, como el contorno de la cabeza, la frente, la morfología y patrón de la calvicie, las cejas, y también el pabellón auricular, que es muy particular de cada persona. En esos cinco patrones hallaron coincidencias entre las imágenes dubitadas del tercer atracador y el acusado que niega su autoría.



Pese a los esfuerzos de la defensa, hemos de asumir como correctas las apreciaciones de los técnicos, pues existen esas cinco correspondencias, como puede apreciarse en las imágenes obrantes a los folios 160, 164 y 169. Es evidente que el patrón de calvicie es el mismo (aunque en las fotos indubitadas le ha crecido algo el pelo), y similar la forma de la cabeza y trazo de las arrugas de la frente; incluso el pabellón auricular izquierdo, a pensar de que en las imágenes del **atraco** está levemente deformado por la presión del buff con el que se cubre.

Contra lo que dice esta defensa, la Policía no se encontró con un sospechoso propicio (el acusado) y edificó el informe fisonómico para cargarle el robo, porque lo cierto es que las conclusiones del dictamen han sido solventemente sostenidas en juicio por los peritos y el Tribunal puede comprobar que tienen sólido fundamento.

Con todo, se trata de un indicio incriminatorio que ha de ponderarse con el resto de pruebas y vemos que existen más indicios.

La Policía Judicial recabó los datos de geolocalización de los teléfonos móviles de los tres acusados y los cruzó con los ofrecidos por la empresa Bidegi (pasos OCR) en el puerto de Etxegarate, que comunica Navarra y Álava con Guipúzcoa, donde viven los tres (véanse, folios 679 a 699). El resultado fue que el 30 de abril de 2019 se detectó el paso del vehículo Renault Space de Pedro por esa carretera en sentido Irún-Madrid (es decir, de Guipúzcoa hacia Álava) y las geolocalizaciones de los teléfonos de los tres acusados revelan el recorrido de la zona de Rentería-Andoain (donde viven) hasta Salvatierra, en las mismas franjas horarias. Ese día las cámaras de seguridad de la **sucursal** captaron las piernas de tres personas que hicieron varias pasadas frente a la misma a una hora en que los tres estaban ya en esta última localidad (descripción de las imágenes y fotogramas a los folios 233 a 237).

El 3 de mayo de 2019 el Renault Laguna de Obdulio pasó en la misma dirección por el puerto de Etxegarate y su teléfono móvil fue geolocalizado en Salvatierra. El de Pedro no y el de Miguel no confirma todo el recorrido, pero las cámaras de seguridad le captaron pasando dos veces junto a la **sucursal** (descripción de las imágenes y fotogramas a los folios 234, 238 y 239).

El día de autos, 8 de mayo de 2019, pasaron por el puerto hacia Álava el Renault Laguna de Obdulio, seguido del Renault Space de Pedro, aunque el camino de vuelta por la misma carretera sólo lo hace aquél. Ese día el teléfono de Obdulio no ofrece datos entre las 12:50 y las 19:31, el de Miguel entre las 11:41 y las 17:17 (ambos se conectan y desconectan en la zona de Andoain) y el de Pedro entre las 11:38 y las 17:24 (conectado y desconectado en la zona de Pasaia).

Estos datos avalan la tesis incriminatoria de que Pedro acompañó a los otros dos en un reconocimiento del terreno el 30 de abril de 2019 y de nuevo el día del robo.

La testigo y empleada de Caja Laboral Laura relata que, en un momento durante el desarrollo del robo, uno de los atracadores llamó "Sebastián" al tercer varón cuya identidad se discute, y el coacusado Miguel, en su declaración en el plenario, llamó "Sebastián" a Pedro.

Finalmente, contamos con las grabaciones de las cámaras de seguridad de la **sucursal bancaria**, visionadas durante el juicio oral. Las mismas muestran el desarrollo del **atraco**. Casi a las 14:25 entra primero Obdulio, seguido segundos después de Miguel, que porta una bolsa grande de papel, y segundos más tarde, el tercer varón. Enseguida éste comienza a rociar de pintura las cámaras con un spray. A las 14:26 accede la testigo Juliana a la zona de cajeros y ese tercer hombre la aborda por detrás y la conduce a la parte posterior de la oficina, tal como ella ha declarado. Casi a las 14:27 se baja la persiana que separa los cajeros de la oficina. Los empleados y la cliente han sido llevados a una dependencia al fondo del local, menos Laura, que se mueve haciendo lo que le mandan los atracadores. A las 14:36 se marcha Pedro, el tercer ladrón espera unos segundos y sale detrás con la bolsa de papel. A las 14:42 se va Obdulio (la descripción del visionado obra a los folios 240 a 247).

En lo que ahora interesa, el Tribunal aprecia similitud entre ese tercer hombre y el acusado Pedro, en estatura, complexión física, hombros cargados y modo de andar.

Más aún, se puede ver por la cámara correspondiente a la mesa 1 que a las 14:27 el varón se apoya en una pequeña mampara de cristal lateral al mostrador de la entrada y el movimiento de su espalda revela que tiene dificultades para respirar. A las 14:29 vuelve a hacerlo y Obdulio tiene que asumir la labor de seguir rociando de pintura las cámaras.

La empleada y testigo Jacinta manifiesta que al atracador "de pelo blanco" le costaba hablar y moverse, como si tuviera dificultades para respirar. En su declaración lo distingue de Obdulio, persona que la abordó en la zona del mostrador, y no puede referirse a Miguel, pues tapaba su pelo con la capucha de su chamarra, de



modo que se trataría del tercer hombre, aunque no tenga el pelo blanco. En todo caso, avala la apreciación del Tribunal de que lo visto en las grabaciones son problemas respiratorios.

Pedro está diagnosticado de EPOC severo fenotipo enfisema agudizado, esto es, padece problemas respiratorios, una insuficiencia respiratoria crónica que le lleva a requerir tratamiento de oxigenoterapia con gafas nasales (documental a los folios 498 y 499, 636 y 637 y 787 a 791 de las actuaciones, y folio 182 del rollo de sala; informe médico-forense a los folios 209 a 212 del rollo).

La defensa sostiene que su padecimiento le incapacita, le impide físicamente realizar los hechos que se le atribuyen. Sin embargo, la Médico forense Dra. Santiago aclaró que la suya es una enfermedad crónica y severa, pero no aguda, salvo episodios ocasionales, y que estos pacientes crónicos suelen adaptarse a su dolencia y a las limitaciones de la misma, lo que les permite cierta capacidad y autonomía. No hay prueba alguna de que el acusado padeciera un cuadro agudo en las fechas del hecho enjuiciado. Entre las pruebas diagnósticas que analiza la perito se encuentra un test de marcha, según el cual puede andar 437 metros sin realizar paradas, lo que supone capacidad para recorrer la distancia que pudiera haber entre la **sucursal** y el lugar de estacionamiento de su automóvil.

Automóvil que ese día cruzó el puerto de Etxegarate en dirección desde Guipúzcoa, donde vive, hacia Álava, y, por tanto, en dirección a Salvatierra, aproximadamente hacia las 13:55, con tiempo para estar a las 14:25 entrando en la **sucursal**. A similar hora pasó el coche de Obdulio con tiempo para perpetrar el **atracó** (comprobación cronológica al folio 232 y testifical del agente nº NUM007).

Los tres estuvieron juntos en el robo, como lo estuvieron el 30 de abril de 2019 en Salvatierra, con toda probabilidad inspeccionando la zona, como deriva de las geolocalizaciones de los terminales móviles de los tres, de las imágenes del paso OCR del puerto y de las imágenes de ese día de una de las cámaras de seguridad de la **sucursal bancaria**.

No hay datos de geolocalizaciones el 8 de mayo de 2019 al momento del **atracó**, pero ello no es menos revelador, puesto que precisamente los teléfonos de los tres dejaron de estar operativos durante el tiempo que se tarda en reunirse, recorrer el trayecto desde Andoain o San Sebastián hasta Salvatierra, cometer el robo y regresar. Miguel y Pedro tuvieron sus móviles apagados en la misma franja horaria. Es muy improbable que se trate de una casualidad, que precisamente a horas más o menos aproximadas los tres terminales estén apagados el día de autos, y, por el contrario, es muy consistente la deducción de que los tres dejaron inoperativos sus teléfonos precisamente para no ser geolocalizados a esas horas en Salvatierra.

A Pedro uno de los coacusados le llamó " Sebastián " durante el desarrollo del **atracó** (testifical de la Sra. Laura ) y, en la sala de vistas delante del Tribunal, " Sebastián " le llamó Miguel .

La identificación deriva también de las propias impresiones sensoriales del Tribunal en cuanto a las características físicas del tercer ladrón y el acusado Pedro , confirmadas en cuanto a fisonomía por un informe pericial de la Policía Científica ratificado en juicio, al que no cabe poner tacha alguna en cuanto a los parámetros de correlación y conclusiones, pese a las alegaciones de esta defensa.

La valoración conjunta de todo ello, pese a los esfuerzos argumentativos de esta defensa, nos ofrece múltiples indicios que convergen en una dirección unívoca hacia la autoría de Pedro .

Cierto que en la diligencia de entrada y registro del domicilio de Pedro no se hallaron prendas de vestir y calzado que pudieran coincidir con las que portaba durante el robo, y las bridas encontradas eran pequeñas para poder relacionarlas con las usadas en el delito (folios 423 a 428 y 530 a 534; testifical del oficial de la Ertzaintza nº NUM008 ), pero sí tenía 108 billetes de cincuenta euros, 35 de veinte euros y 1 de cien euros, es decir, seis mil doscientos euros.

El acusado ha dicho que el numerario procedía de su trabajo (vida laboral a los folios 162 y ss. del rollo de sala), de las pagas extras, y que guardaba tal cantidad en casa, porque él y su pareja planeaban comprar una autocaravana. Ha declarado ella, la testigo Azucena , y no ha dicho nada de una autocaravana; manifiesta que tenían mucho dinero en casa, porque no les gusta tenerlo en el banco. Supone que el dinero de Pedro lo ahorraría de su trabajo, pero no sabe desde cuándo lo guardaba en el domicilio. También dice que Pedro no tomaba drogas, mientras que él asevera que en aquella época estaba "bastante liadillo" con la heroína, por lo que parece que la Sra. Azucena poco sabía de las actividades de su pareja y nada convincente puede aportar sobre la procedencia del numerario. En definitiva, que, a salvo la declaración del acusado, no hay ninguna prueba del origen lícito del dinero (extracciones de su cuenta corriente, por ejemplo); no es lógico que decidiera depositar el dinero "ahorrado" fuera de la cuenta **bancaria** donde cobraba sus haberes laborales, hasta una cantidad de varios miles de euros.



Los intentos de los otros dos acusados por exculparle carecen de solidez. Señalar a un tal Leopoldo, como hace Obdulio, de nada sirve si nada aporta para una identificación que dé verosimilitud a lo que cuenta. El relato de Miguel es sencillamente increíble. No es creíble que entre a robar a una caja de ahorros y allí dentro se encuentre que no son dos, sino tres los atracadores, que tiene un tercer compañero. No lo es que no sepa si el tercer varón salió con él de la **sucursal**, cuando era aquél quien llevaba el botín. Sobre el primer reparto del dinero, en el coche, se contradice con lo que narra Obdulio. Y tampoco es creíble que no conociera a Pedro hasta entrar a prisión, cuando en los seguimientos y vigilancia policiales les vieron a los tres juntos en el entorno de la vivienda del propio Miguel. Hasta Pedro dice que conocía a Miguel de haber coincidido comprando droga.

Tampoco es creíble lo que cuentan Obdulio y Miguel de que la idea del **atraco** se les ocurrió ese mismo día estando en Salvatierra, pues tenían todo lo necesario para ello (armas, guantes, buffs, spray de pintura). Las **sucursales** bancarias tienen cajas fuertes de apertura retardada, como es de conocimiento general, lo que exige una planificación para la inevitable espera. Y la tenían, con las labores y funciones bien distribuidas entre los tres, lo que no se improvisa. Además, como hemos reseñado, se les localiza en dos días previos en el pueblo y alrededores de la oficina **bancaria**, sin duda comprobando el entorno y características del lugar y preparando el robo. Y cuando fueron a hacerlo, los tres tuvieron la precaución de apagar sus teléfonos antes de ponerse en ruta hacia Salvatierra. Incluso en casa de Miguel había un cuaderno de espiral con una anotación manuscrita que decía "cerrado por fallo informático. Perdonen las molestias" (evidencia A6; folios 381, 382 y 680) que quizás esperaban usar en el robo y llevaban preparada. El relato de una idea espontánea es tan poco convincente como el de un tercer atracador llamado Leopoldo (Obdulio) o desconocido (Miguel).

Consecuentemente, existe prueba de cargo bastante para enervar la presunción de inocencia y no apreciamos razones para aplicar la regla in dubio pro reo. Pedro participó en el robo con intimidación, junto a Obdulio y Miguel.

El motivo se desestima.

**CUARTO.**- El segundo submotivo, lo sustenta por "infracción del artículo 242.4 del Código Penal, al no haberse calificado los hechos de forma ajena al tipo señalado en la sentencia recurrida".

1. Literalmente argumenta: "A tener en cuenta que en el **atraco** la violencia o intimidación ha sido rápida y de muy escasa entidad, no ha habido contacto físico, ni lesiones. En el presente caso, es posible la aplicación del tipo atenuado, los hechos ocurren de una manera muy rápida, sin violencia, habiendo tan solo intentado que el robo pasase rápidamente asegurando mínimamente la huida sin que haya habido violencia, ni amenazas de gravedad. De hecho, el subtipo atenuado debe aplicarse cuando las amenazas sean de entidad mínima, mínimos forcejeos, empujones, agarrones físicos, corta duración, aspectos que en el presente caso ni se existen; aquí nadie forcejea, ni empuja, ni agarra a nadie".

2. El motivo debe ser desestimado. Ya recibió adecuada respuesta el recurrente en la sentencia de apelación, a pesar de no haber sido formulado en la instancia, con cita de la doctrina de esta sala Segunda, concretamente de la sentencia de fecha 643/2019, de 20 de diciembre, donde con cita de otras anteriores, se destaca que la norma constituye una previsión orientada a la mejor adaptación de la pena a las circunstancias del caso concreto, tratando de evitar una pena desproporcionada para actos que mereciendo la calificación de robo con violencia o intimidación y no de hurto, presentarían un escaso elemento coaccionador contra la víctima y se alejarían de manera sustantiva de la ordinaria lesividad que estos ataques comportan para la libertad individual del sujeto pasivo o para su integridad física; que viene determinada por la menor antijuridicidad del hecho, no por consideraciones relativas a una culpabilidad disminuida, de forma que consigue así establecer un escalón o enlace natural entre el robo con fuerza y el robo con intimidación, cuando la magnitud del ataque personal está notablemente disminuida.

Consecuentemente, en autos, como bien motiva la sentencia de apelación, no cabe tal tipo atenuado cuando fueron pluralidad los sujetos activos, iban cubiertos y provistos de armas de apariencia real, reteniendo a las personas que se encontraban dentro de la **sucursal** -e incluso a una usuaria que se acercó al cajero una vez iniciado el **atraco**-.

**QUINTO.**- El último motivo lo formula al amparo del art. 849.2 LECrim, por error en la apreciación de la prueba, basada en los documentos que obran en autos y en concreto el documento consistente en el informe pericial fisionómico que aparece en las páginas 145 y ss, siendo relevante que este informe carece de las garantías reales para poder acreditarse como prueba fehaciente en este caso, considerando esta parte que del mismo no se extrae que el recurrente haya sido el que ha perpetrado el **atraco**.



Impugna el recurso el Ministerio Fiscal: i) por integrar cuestión nueva, al haber sido introducido *per saltum* por no haber sido planteado como tal en el recurso de apelación; ii) ni ha sido la única prueba por la que el ahora recurrente ha sido condenado ni se detecta cualquier atisbo de error en la valoración del mismo.

Compartimos plenamente ambos enunciados. La doctrina reiterada de esta Sala (SSTS 427/2015 de 1 de julio, 20/2016 de 26 de enero, 468/2016 de 31 de mayo, 843/2017 de 21 de diciembre, entre muchas) ha vedado la llamada casación *per saltum*, no permitiéndose que cuestiones no formuladas en el recurso de apelación y por consiguiente sobre las que no pudo pronunciarse la sentencia de apelación puedan plantearse en casación. La STS 411/2015, de 1 de julio explicaba que la concreción de las pretensiones planteadas ante el Tribunal Superior, permite establecer un límite al amplio contenido del recurso de casación, en el que el Tribunal Supremo solo está autorizado a conocer, examinar y resolver aquellas cuestiones que planteadas en apelación no hayan sido íntegramente estimadas. La razón no es otra que el recurso de casación se da contra la sentencia del Tribunal Superior, por lo que todas aquellas cuestiones de la naturaleza que fueran, que se pudieron plantear ante el Tribunal Superior de Justicia y no se plantearon oportunamente el recurrente perdió la oportunidad procesal de hacerlo "*per saltum*" ante el Tribunal Supremo. Las partes no disponen de la opción de atacar la sentencia por unos determinados motivos o causas planteando a capricho unas ante el Tribunal Superior de Justicia, y otras ante el Tribunal Supremo. Esta Sala de casación solo examina la corrección legal o constitucional de la sentencia del Tribunal Superior.

En todo caso, este motivo tampoco autoriza revisar la valoración de la prueba realizada; además de que ninguna contradicción resulta entre el contenido del informe pericial y ninguna conclusión divergente o tergiversada del mismo ha sido incorporada al *factum* por el Tribunal.

El motivo se desestima.

**SEXTO.**- De conformidad con el art. 901 LECrim, en caso de estimación del recurso, las costas procesales se declararán de oficio.

## FALLO

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

1) Estimar el recurso de casación formulado por la representación procesal de **D Miguel** contra la sentencia núm. 23/2021 dictada en el Rollo de Apelación núm. 7/2021 por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de fecha 26 de marzo de 2021 que resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia núm. 165/2020 dictada el 18 de noviembre de 2021 por la Audiencia Provincial de Álava, Sección Segunda, en el Rollo Penal Abreviado 35/2020; cuya resolución casamos y anulamos, en los términos que se precisarán en la segunda sentencia que a continuación se dicta.

2) Estimar el recurso de casación formulado por la representación procesal **D. Obdulio** contra la sentencia núm. 23/2021 dictada en el Rollo de Apelación núm. 7/2021 por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de fecha 26 de marzo de 2021 que resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia núm. 165/2020 dictada el 18 de noviembre de 2021 por la Audiencia Provincial de Álava, Sección Segunda, en el Rollo Penal Abreviado 35/2020; cuya resolución casamos y anulamos, en los términos que se precisarán en la segunda sentencia que a continuación se dicta.

3) Estimar el recurso de casación formulado por la representación procesal de **D. Pedro** contra la sentencia núm. 23/2021 dictada en el Rollo de Apelación núm. 7/2021 por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de fecha 26 de marzo de 2021 que resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia núm. 165/2020 dictada el 18 de noviembre de 2021 por la Audiencia Provincial de Álava, Sección Segunda, en el Rollo Penal Abreviado 35/2020; cuya resolución casamos y anulamos, en los términos que se precisarán en la segunda sentencia que a continuación se dicta.

4) Declaramos de oficio las costas generadas por los respectivos recursos de los anteriores recurrentes.

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 Andrés Palomo Del Arco Vicente Magro Servet

Eduardo de Porres Ortiz de Urbina Ángel Luis Hurtado Adrián

RECURSO CASACION (P) núm.: 10307/2021 P



Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

## TRIBUNAL SUPREMO

### Sala de lo Penal

#### Segunda Sentencia

Excmos. Sres.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Vicente Magro Servet

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 30 de septiembre de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso de casación por infracción de precepto constitucional, infracción de ley y quebrantamiento de forma, **número 10307/2021**, interpuesto por **D Miguel** representado por la Procuradora D<sup>a</sup> Begoña Cendoya Argüello bajo la dirección letrada de D. Mario Norberto Silva Arriola, **D. Obdulio** representado por la Procuradora D<sup>a</sup> Raquel Nieto Bolaño bajo la dirección letrada de D. José Aguilar García y **D. Pedro** representado por la Procuradora D<sup>a</sup> Sonia de la Serna Blázquez bajo la dirección letrada de D<sup>a</sup> Evangelina Sierra Muñoz, contra la sentencia núm. 23/2021 dictada en el Rollo de Apelación núm. 7/2021 por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de fecha 26 de marzo de 2021 que resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia núm. 165/2020 dictada el 18 de noviembre de 2021 por la Audiencia Provincial de Álava, Sección Segunda en el Rollo Penal Abreviado 35/2020, sentencia que ha sido casada y anulada por la dictada en el día de la fecha por esta sala integrada como se expresa .

Interviene el **Ministerio Fiscal**

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**ÚNICO-** Se aceptan y se dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia de instancia, que no fueren incompatibles con los de la sentencia rescindente y con esta segunda.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**ÚNICO.-** Por las razones expuestas en el primero de los fundamentos de nuestra sentencia casacional, los acusados deben ser absueltos de los delitos de detención ilegal de que venían acusados al resultar ser absorbidos por el delito de robo con intimidación en establecimiento abierto al público y con uso de instrumento peligroso.

En definitiva restan solo condenados por esta delito previsto en el art. 242.2 y 3 CP, donde el marco punitivo viene dado por la prisión de cuatro años y tres meses a cinco años; y que al concurrir la circunstancia agravante de disfraz y la circunstancia atenuante de toxicomanía en los tres acusados y además en Obdulio y Pedro la circunstancia agravante de reincidencia, sin que en su ponderación, como argumenta la sentencia de instancia, predomine respecto de ninguno de los tres recurrentes, cualificación atenuatoria o agravatoria, lo que determina que puede ser recorrida la pena en toda su extensión, en atención a la patente gravedad del hecho y la concurrente privación de ambulatoria de empleados y clientela durante la sustracción, que aunque sin entidad para atender a una consideración autónoma del delito de detención ilegal, resulta circunstancia ponderable en la individualización, procede imponer la pena en su umbral máximo.

#### FALLO

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

- 1) Absolvemos libremente a **D Miguel** de los delitos de detención ilegal de que venía acusado.
- 2) Absolvemos libremente a **D. Obdulio** de los delitos de detención ilegal de que venía acusado.



- 3) Absolvemos libremente a D. Pedro de los delitos de detención ilegal de que venía acusado.
- 4) Consecuentemente declaramos de oficio las dos terceras partes de las costas causadas en la instancia.
- 5) Condenamos a D. Miguel como autor criminalmente responsable de un delito de robo con intimidación en establecimiento abierto al público y con uso de instrumento peligroso, concurriendo la circunstancia agravante de disfraz y la circunstancia atenuante de toxicomanía a las penas de cinco años de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por igual tiempo; con abono de una dieciochava parte de las costas causadas en la instancia.
- 6) Condenamos a D. Obdulio como autor criminalmente responsable de un delito de robo con intimidación en establecimiento abierto al público y con uso de instrumento peligroso, concurriendo las circunstancias agravantes de reincidencia y disfraz y la circunstancia atenuante de toxicomanía a las penas de cinco años de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por igual tiempo; con abono por este delito, de una dieciochava parte de las costas causadas en la instancia.
- 7) Condenamos a D. Pedro como autor criminalmente responsable de un delito de robo con intimidación en establecimiento abierto al público y con uso de instrumento peligroso, concurriendo las circunstancias agravantes de reincidencia y disfraz y la circunstancia atenuante de toxicomanía a las penas de cinco años de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por igual tiempo; con abono de una dieciochava parte de las costas causadas en la instancia.
- 8) Mantenemos el resto de los pronunciamientos de la sentencia recurrida, en particular la condena por tenencia ilícita de armas a D. Obdulio, que conlleva la imposición de una sextava parte más de las costas originadas a sumar a la impuesta por el delito de robo (cuatro dieciochoavos en total); así como se mantienen los pronunciamientos sobre responsabilidad civil y comiso.

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 Andrés Palomo Del Arco Vicente Magro Servet

Eduardo de Porres Ortiz de Urbina Ángel Luis Hurtado Adrián