



Roj: **STS 4687/2017 - ECLI:ES:TS:2017:4687**

Id Cendoj: **28079120012017100854**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **07/12/2017**

Nº de Recurso: **10185/2017**

Nº de Resolución: **788/2017**

Procedimiento: **Penal. Apelación procedimiento abreviado**

Ponente: **MIGUEL COLMENERO MENENDEZ DE LUARCA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 898/2017,**
STS 4687/2017

RECURSO CASACION (P) núm.: 10185/2017 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 788/2017

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Andres Martinez Arrieta

D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Luciano Varela Castro

D^a. Ana Maria Ferrer Garcia

En Madrid, a 7 de diciembre de 2017.

Esta sala ha visto el recurso de Casación nº 10185/2017-P, por infracción de Ley y de preceptos Constitucionales, interpuesto por los acusados **D. Mateo Nemesio** , representado por la procuradora D^a. M^a Teresa Marcos Moreno, bajo la dirección letrada de D. Carlos Alberto Ruano Sainz; **D. Felicísimo Mauricio** , representado por el procurador D. Norberto Pablo Jerez Fernández, bajo la dirección letrada de D. Arturo Miguel García Hernández; **D. Sixto Emilio** , representado por la procuradora D^a. M^a Concepción Delgado Azqueta, bajo la dirección letrada de D^a. Sonia Martín Carrasquilla; **D. Conrado Porfirio** , representado por la procuradora D^a. Sandra Ana Hernández, bajo la dirección letrada de D. Juan Manuel Fernández Ortega; **y D. Constantino Geronimo** , representado por la procuradora D^a. Patricia Martín López, bajo la dirección letrada de D. Pedro M^a Román Maeso, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 7^a), con fecha 23 de enero de 2017 .

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- En la Sección 7ª de la Audiencia Provincial, en el rollo de sala número 19/2016, seguido contra D. Conrado Porfirio , D. Felicísimo Mauricio , D. Mateo Nemesio , D. Sixto Emilio y D. Constantino Geronimo , se dictó sentencia, con fecha 23 de enero de 2017 , que contiene los siguientes **HECHOS**:

«Examinada la prueba practicada, se declaran como HECHOS PROBADOS: los acusados Conrado Porfirio , Felicísimo Mauricio , Mateo Nemesio , Sixto Emilio y Constantino Geronimo , todos mayores de edad, sin antecedentes penales, a excepción del último, ejecutoriamente condenado en sentencia firme de fecha 29-10-2014, por un delito de robo con fuerza en las cosas, puestos de común acuerdo y con el propósito de obtener un beneficio ilícito, el día 12 de enero de 2015, una vez reunidos, accedieron a la vivienda sita en la C/ DIRECCION000 nº NUM000 , piso NUM001 NUM002 , de Madrid, manipulando la cerradura de la puerta de entrada a la vivienda. En dicho domicilio vivían varios ciudadanos de origen chino.

Tres de los acusados, sin que se haya podido determinar cuáles, cubrieron su rostro con pasamontañas, así como llevando todos unas placas simulando identificación policial, para hacerse pasar por tales.

Una vez en el interior del domicilio, se dirigieron a las diferentes habitaciones, en las que se encontraban durmiendo sus ocupantes. Así entraron en la habitación de Crescencia Justa , a quien exhibieron lo que parecía una pistola, de ignoradas características, volteándola sobre la cama, atándola con unas bridas de plástico pies y manos y cubriéndola con un edredón a fin de que no pudiera verles. Otros dos acusados se dirigieron a la habitación de Simon Cirilo , a quien apuntando con lo que parecía una pistola, de ignoradas características, le inmovilizaron de pies y manos, arrastrándole hasta la habitación de su madre Crescencia Justa , echándole encima de la cama, cubriéndola con el edredón. Los acusados localizaron en el baño a Montserrat Zaira , embarazada de siete meses, obligándola a salir, llevándola igualmente a la habitación de Crescencia Justa , atándola de pies y manos y dejándola sentada.

Sobre las 09:00 horas llegaron al domicilio Noemi Loreto y Carolina Crescencia , donde fueron encañonadas en la cabeza con una pistola de ignoradas características, obligándolas a ir a la habitación de Crescencia Justa , donde igualmente las ataron de manos, con unas bridas de plástico, empujándolas sobre la cama y cubriéndolas con un edredón.

Al menos uno de los acusados permaneció en la habitación en actitud vigilante, mientras que los demás acusados registraban el domicilio.

Fruto de dicho registro los acusados se apoderaron de 3.000 euros, una gargantilla de oro, un reloj marca Cartier, un reloj marca Lotus (nº de serie NUM003) y un juego de pendientes de oro blanco con piedra, pertenecientes a Noemi Loreto ; de 2.000 euros, un reloj marca Festina (nº de referencia NUM004), otro reloj marca Fossil (nº de serie NUM005) y un tercero marca Jaguar (nº de serie NUM006), pertenecientes a Antonieta Rocio y de 1.000 euros pertenecientes a Crescencia Justa .

Obtenidos los anteriores objetos y dinero, los acusados abandonaron el domicilio, dejando atados a los moradores, cerrando la puerta de entrada con un juego de llaves, que cogieron del interior.

Una vez en el exterior los acusados se dirigieron a los vehículos que habían dejado estacionados en las inmediaciones, introduciéndose Felicísimo Mauricio y Sixto Emilio en el vehículo Opel Veltra (.... ZKS), Mateo Nemesio en el Peugeot (.... ZPJ) y Conrado Porfirio y Constantino Geronimo en el Opel Astra (.... MMC), dirigiéndose todos ellos y por separado al domicilio de Conrado Porfirio , sito en la c/ DIRECCION001 nº NUM007 , de Madrid.

Transcurrido un tiempo desde que abandonaron el domicilio de la c/ DIRECCION000 los acusados, al no oír ruidos en su interior, una de las moradoras, logró romper las bridas, con unas tijeras u objeto similar, abriendo la puerta del domicilio con otras llaves, logrando salir del domicilio Carolina Crescencia , pidiendo auxilio y acudiendo varias dotaciones de la Policía Nacional al lugar.

En el registro del domicilio de Conrado Porfirio , sito en la c/ DIRECCION001 nº NUM007 , de Madrid, se encontró el reloj Fossil, el reloj Lotus, antes relacionados y el juego de llaves del domicilio de las víctimas, así como un pasamontañas negro y una baliza.

En el domicilio de Felicísimo Mauricio , sito en la Avda. DIRECCION002 , de Madrid, se encontró un par de pantalones y botas similares a las usadas por agentes de policía y varios localizadores de baliza.

En el domicilio de Mateo Nemesio se encontraron varias bridas, similares a las utilizadas para inmovilizar a las víctimas, así como dos inhibidores de frecuencia y dos llaves de grilletes policiales.

Dª. Montserrat Zaira ha renunciado a las acciones civiles que le pudieran corresponder.

Los efectos sustraídos y no recuperados, pertenecientes a Dª. Noemi Loreto han sido tasados pericialmente en la cantidad de 1.095 euros.



Los relojes Fossil y Lotus, reconocidos por sus propietarias, les han sido entregados(sic)».

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia en la citada sentencia, dictó la siguiente **Parte Dispositiva**:

«Que debemos condenar y condenamos a Conrado Porfirio , Felicísimo Mauricio , Mateo Nemesio , Sixto Emilio y Constantino Geronimo , como autores responsables, cada uno, de un delito de robo con intimidación en casa habitada, en concurso medial con un delito de detención ilegal y de cuatro delitos de detención ilegal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, en los cuatro primeros y la agravante de reincidencia en el último, a las penas de: a) por el delito de robo con intimidación en concurso medial con un delito de detención ilegal a las penas de cinco años y seis meses de prisión, que será de seis años de prisión para Constantino Geronimo y la accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo, si lo tuvieran reconocido, durante el tiempo de la condena. b) por cada uno de los cuatro delitos de detención ilegal la pena de cuatro años y seis meses de prisión y accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo, si lo tuvieran reconocido, por el tiempo de la condena.

Asimismo se le impone a cada acusado una quinta parte de las costas causadas en este juicio.

Los condenados deberán indemnizar de forma conjunta y solidaria a: a) Carolina Crescencia en la cantidad de 1.095 €, por los efectos sustraídos y no recuperados y en la cantidad de 3.000 € por el dinero sustraído. b) Crescencia Justa en la cantidad de 1.000 € por el dinero sustraído.

A dichas cantidades les será de aplicación el art. 576.1 L.E.C .

Para el cumplimiento de las penas privativas de libertad impuestas, les abonamos el tiempo que los condenados hayan estado privados de libertad por esta causa.

Las penas impuestas de prisión, de conformidad con el art. 89.5 del Código Penal , serán sustituidas por la expulsión del territorio nacional y prohibición de regresar a España durante diez años, una vez que los penados hayan accedido al tercer grado penitenciario o cumplido las tres cuartas partes de la condena impuesta(sic)».

TERCERO.- Notificada la resolución a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de Ley y de precepto Constitucional, por **D. Mateo Nemesio , D. Felicísimo Mauricio , D. Sixto Emilio , D. Conrado Porfirio y D. Constantino Geronimo** , que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a Sala del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los correspondientes recursos.

CUARTO.- En el recurso interpuesto por la representación del recurrente **D. Mateo Nemesio** , lo basó en los siguientes motivos de casación:

1.- A. Motivos de casación infracción de precepto constitucional:

1º. El artículo 24.1 de la Constitución Española (CE) en su contenido de derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, motivación de la sentencia, el silogismo jurídico es solo una narración de fe a la declaración de un solo funcionario policial que se erige en testigo pasivo de un delito, obviando las innumerables contradicciones planteadas por las defensas a lo largo de las sesiones de juicio oral y en los escritos de calificaciones, fragmentando por omisión al valorar la prueba creando un vacío fundamentador que trasciende al art. 741 de la LECRIM , falta de control jurisdiccional a las intervenciones telefónicas; y en los fs. 14/15 de la sentencia en cuestión se describen hecho y argumentaciones ajenas a este procedimiento lo que motiva una infracción a la tutela judicial efectiva que implica siempre motivación de la sentencia.

2º. El artículo 24.1 de la Constitución Española (derecho fundamental a la presunción de inocencia, toda vez que no existe prueba certera para dar por probadas las autorías, y asimismo jamás debió haberse producido condena por Montserrat Zaira toda vez que la misma jamás declaró ante las defensas, y por dicho motivo en acto de juicio se protestó la lectura de sus declaraciones, por vulneración el principio de contradicción y causar indefensión -disco 4 hora 12:00 a 12:05-;

3º. El artículo 18.1 y 3º de la Constitución Española (CE) en relación al art. 24 CE en cuanto al derecho a la intimidad y secreto de las comunicaciones, toda vez que tuvieron finalidad prospectiva las intromisiones a las comunicaciones autorizadas y además jamás pudieron ser controladas por que los soportes informáticos fueron entregados al Tribunal con posterioridad a las detenciones;

4º. El artículo 18.2 de la Constitución Española (CE) en relación al art. 24 CE en cuanto al derecho a la inviolabilidad del domicilio, toda vez que los registros derivan de las anteriores interceptaciones.

B. *Infracción de Ley.*

B.1) de conformidad a lo dispuesto en el artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por:



a) por aplicación indebida del art. 242.1º y 2º del CP, toda vez que la única testifical de cargo y policial no tiene asidero alguno con el marco de lo afirmado, máxime habiendo realizado un seguimiento que inicia a las nueve de la mañana y continúa por la tarde, sin que procedan a la inmediata detención; y por otra parte podría hablarse de tentativa inidónea toda vez que el funcionario NUM008 CNP tuvo el dominio de la acción toda vez que los siguió durante la salida de DIRECCION000 a DIRECCION001. Por otra parte, la indeterminación de los hechos probados en cuanto al tiempo -reza *transcurrido un tiempo*- permite suplir dicho vacío en la narración de hechos de la forma más favorable a los condenados, absorbiéndola en la figura del robo;

b) por aplicación indebida del art. 163.1º del CP, toda vez que la privación ambulatorial habida fue la necesaria para el acto predatorio, y tal es así que en menos de dos minutos de escapados los intrusos, una súbdita china reclama la protección policial en la calle, en su caso concurso medial de las figuras penales pero no como se ha hecho aplicar un concurso real;

c) por inaplicación del artículo 61 y 66, 77.2 del CP, en cuanto a la graduación penal a imponer, y la aplicación del concurso media menos favorable;

d) por inaplicación de lo dispuesto en los artículos 141, 579 y c.c. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en concordando con los arts. 238 y 240 de la LOPJ.

e) Por inaplicación de lo dispuesto en los artículos 545, y c.c. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

C. Quebrantamiento de forma (art. 851 LECrim).

QUINTO.- En el recurso interpuesto por la representación del recurrente **D. Felicísimo Mauricio**, lo basó en los siguientes motivos de casación:

Fundamentos legales y doctrinales aducidos como motivo de casación por quebrantamiento de forma.-

1.- Motivo primero de casación.-

Por quebrantamiento de forma al amparo de lo dispuesto por el número 1 del artículo 851 de la LECriminal, por no expresarse en la Sentencia clara y terminantemente cuales son los hechos que se consideren probados en relación con los delitos de detención ilegal y robo con violencia.

Esto es así puesto que el relato de hechos probados de una sentencia debe contener, aunque sea, los pronunciamientos mínimos necesarios que posteriormente nos han de conducir a un fallo condenatorio, hechos que no puedan ser suplidos, ni mucho menos, en el posterior Razonamiento Jurídico.

Fundamentos legales y doctrinales aducidos como motivos de casación por infracción de ley.

2.- Motivo segundo de casación.-

Por Infracción de Ley, al amparo de lo preceptuado en el art. 849 - 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuando dados los hechos que se declaren probados en sentencia, se hubiera infringido un precepto penal de carácter sustantivo.

Respetuosamente entendemos que, en atención al contenido del relato fáctico de la Sentencia, se han infringido los arts. 242.1 y 2 CP y 163.1 CP en relación con el art. 8.3 del mismo texto legal respecto a los delitos de detención ilegal y robo con violencia por los que ha sido condenado nuestro poderdante.

El artículo 8 del Código Penal establece: "Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos del CP, y no comprendidos en los art 73 a 77, se castigarán según las siguientes reglas:

1. El precepto especial se aplicará con preferencia al general.
2. El precepto subsidiario se aplicará sólo en defecto del principal, ya se declare expresamente dicha subsidiariedad, ya sea ésta tácitamente deducible.
3. El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél.
4. En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor".

3.- Motivo tercero de casación.-

Breve extracto de su contenido.- Por Infracción de Ley, al amparo de lo preceptuado en el art. 849 - 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuando dados los hechos que se declaren probados en sentencia, se hubiera infringido un precepto penal de carácter sustantivo.



En primer lugar debemos señalar que se plantea el presente motivo casacional de manera alternativa y subsidiaria para el hipotético caso de que no fuese estimado nuestro anterior motivo.

Respetuosamente entendemos que, en atención a las consecuencias punitivas de la condena que le ha sido impuesta a nuestro poderdante, se han infringido por aplicación indebida el artículo 77 del código penal en relación con los arts. 76.1 , 242.1 y 2 CP y 163.1 CP respecto a los delitos de detención ilegal y robo con violencia por los que ha sido condenado nuestro poderdante.

Fundamentos legales y doctrinales aducidos como motivos de casación por infracción de precepto constitucional.

4.- Motivo cuarto de casación.-

Breve extracto de su contenido: Por Infracción de Precepto Constitucional, al amparo del art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por vulneración del derecho a la presunción de inocencia de nuestro poderdante, consagrado en el art. 24.2 de la Constitución Española .

Nuestro poderdante ha sido condenado como autor responsable de un delito de robo con intimidación en concurso con detención ilegal, así como por cuatro delitos de detención ilegal, a las penas de cinco años y seis meses de prisión por el primero de los delitos y cuatro años y seis meses por cada uno de los delitos de detención ilegal.

Respetuosamente entendemos que ni en la fase instructora, ni en plenario se ha practicado la más mínima prueba de cargo suficiente y necesaria para enervar su derecho a la presunción de inocencia, reconocido en art. 24.2 de nuestra Constitución .

5.- Motivo quinto de casación.

Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones consagrado en el art. 18.3 de nuestra Constitución .

Entendemos que las intervenciones telefónicas practicadas en las presentes actuaciones son nulas de pleno derecho, al haberse realizado con vulneración del derecho de nuestro poderdante al secreto de sus comunicaciones, consagrado en el art. 18.3 de la Constitución , dada la falta de control judicial, así como de proporcionalidad de dicha medida, que provoca la nulidad del resto de pruebas obtenidas en función de aquel auto, a tenor de lo dispuesto en el art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

6. - Motivo sexto de casación.-

Por Infracción de Precepto Constitucional, al amparo del art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio consagrado en el art. 18.2 de nuestra Constitución .

7.- Motivo séptimo de casación.-

Por Infracción de Precepto Constitucional, al amparo del art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado en el art. 24.1 de la Constitución Española , en relación con el art. 120.3 de nuestra Carta Magna y 77 del Código Penal .

Antes de desarrollar el presente motivo casacional, hemos de señalar que es complementario a nuestro tercer motivo formalizado por Infracción de Ley.

SEXTO.- En el recurso interpuesto por la representación del recurrente **D. Sixto Emilio** , lo basó en los siguientes motivos de casación:

1 y 2.- Primer y segundo motivo : fundamentos doctrinales y legales aducidos como motivos de casación por infracción conforme al art 5,4 de la LOPJ de preceptos constitucionales por vulneración de los derechos a un proceso con todas las garantías, a un juez imparcial al juez ordinario predeterminado así como del derecho al secreto de las comunicaciones por vulneración de lo dispuesto en el art 18,3 de la CE en relación con el art 11,1 de la LOPJ .

Ambos motivos, el de infracción del derecho al secreto de las comunicaciones e infracción al juez ordinario predeterminado por la ley, y a un proceso con todas las garantía están tan íntimamente relacionadas que se procederá a desarrollar ambos motivos en uno solo, pues por conexión de antijuricidad si se consideraran estimados devendrían nulas todas las pruebas que traen causa de ellas y por ende todas las propuestas por el ministerio fiscal y que sirvieron de base a la ilustísima sala para acordar una sentencia condenatoria en los términos señalados en la misma..

a) Vulneración de derechos fundamentales, en concreto al principio constitucional de inviolabilidad al secreto de las comunicaciones del art 18,3 CE en relación con el 24,2 del mismo cuerpo legal .



3.- Tercer motivo.- Infracción de precepto constitucional.- Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ y por vía del número 4 de dicha norma en relación con el art. 852 por haber mediado vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 derecho a la presunción de inocencia.

4 y 5.- Motivo cuarto y quinto.-

Infracción de Ley del artículo 849.1 de la LECrim en relación con el artículo 242,1 y 2 y 163.1 y 77 todos ellos del Código Penal por indebida aplicación del tipo y de la agravante de notoria importancia.

SÉTIMO.- En el recurso interpuesto por la representación del recurrente **D. Conrado Porfirio** , lo basó en los siguientes motivos de casación:

1.- Primer motivo de casación.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ en erelación con el artículo 852 LECrim al haberse vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en los artículos 24.1 y 2 de la Constitución Española por infracción del derecho a la presunción de inocencia.

2.- Segundo motivo de casación.- Por infracción de Ley al amparo del artículo 849.1 de la LECrim por aplicación indebida del artículo 77 CP en relación con los artículos 241.1 y 2 CP y 163.1 CP , e inaplicación de la regla 3ª del artículo 8 CP .

3.- Tercer motivo de casación.- Por infracción de Ley al amparo del artículo 849.1 de la LECrim por aplicación indebida del artículo 28 CP e inaplicación del artículo 29 CP en relación con el artículo 241.1 y 2 CP e inaplicación del artículo 298 CP .

OCTAVO.- En el recurso interpuesto por la representación del recurrente **D. Constantino Geronimo** , lo basó en los siguientes motivos de casación:

1.- Primero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , al haberse vulnerado el art. 24 de la CE . Derecho a la proporcionalidad de las penas y a un proceso con todas las garantías, en relación con el artículo 11.1 de la LOPJ . En el presente procedimiento, y en base a los hechos acontecidos en el día de la vista y de los hechos que condujeron a la mencionada sentencia, no se puede estar de acuerdo, ya que la condena es absolutamente desproporcionada.

2.- Segundo.-

Por infracción de Ley, al amparo del número primero del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , al haberse infringido el art. 2 y el 14 del Código Penal, el 69, el 73, y el 242.1 del Código Penal .

3.- Tercero.-

Por infracción de Ley, al amparo de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en las reglas para determinar la autoría de los hechos, un error en la valoración de los hechos y de la prueba, y aunque nuestro Tribunal no es muy dado a entrar a valorar lo que ya han hecho, si entendemos que debiera entrar cuando el error sea manifiesto o cuando falten elementos esenciales de prueba que no han sido tenidos en cuenta a la hora de llegar a tal convicción.

4.- Cuarto.-

Por infracción de Ley al aplicar la interpretación más gravosa para el reo.

El cuarto motivo radica en la interpretación que se hace de los hechos por parte de la Sección de la Audiencia, ya que en todas y cada una se hace la más perjudicial para los reos, en las declaraciones de los testigos e imputados, ya que el Juzgador considera que no tiene validez para una serie de cuestiones, lo cual hasta lo podemos entender, pero si no les da validez, no se le puede dar en su conjunto, y no en lo que perjudica a mi representado, ya que nadie ha sabido dar una explicación clara de nada, y, sin embargo, todas las manifestaciones de todos los que han aportado la misma, son interpretadas en contra y buscando la condena de mi representado, por lo que entendemos que el motivo deber ser acogido, y decretar la nulidad de los fundamentos basados en las mismas.

5.- Quinto.-

Por quebrantamiento de forma, al amparo del núm. uno, inciso segundo, del art. 851 LECrim ., por resultar manifiesta contradicción entre los hechos declarados probados en la Sentencia y la participación de mi representado en los mismos, así como la imposibilidad de mi representado en solicitar pruebas en fase de instrucción, al haber concluido la misma al tiempo de su detención.

NOVENO.- Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos de casación interpuestos, queda instruido de los mismos, impugnando los motivos de los mismos e interesa su desestimación por las consideraciones que se exponen en el escrito que obra unido a los presentes autos; instruidos los recurrentes de los recursos presentados de contrario, por parte de la representación procesal de D. Mateo Nemesio se manifiesta su



adhesión al resto de recursos interpuestos; quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

DÉCIMO.- Hecho el señalamiento para Fallo, se celebró la votación prevenida el día 30 de Noviembre de 2017.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Audiencia Provincial de Madrid, Sección 7ª, condenó a los acusados Conrado Porfirio , Felicísimo Mauricio , Mateo Nemesio , Sixto Emilio y Constantino Geronimo como autores de un delito de robo con intimidación en casa habitada, en concurso medial con un delito de detención ilegal y de cuatro delitos de detención ilegal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad en los cuatro primeros y la agravante de reincidencia en el delito de robo en el último, a las penas de seis años de prisión a Constantino Geronimo y de cinco años y seis meses de prisión a cada uno de los demás, por el delito de robo con intimidación en concurso medial con un delito de detención ilegal, y de cuatro años y seis meses de prisión por cada delito de detención ilegal. Contra la sentencia interponen recurso de casación los condenados.

Recurso interpuesto por Sixto Emilio

En los motivos primero y segundo, al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), denuncia la vulneración de los derechos a un proceso con todas las garantías, a un juez imparcial, al juez ordinario y al secreto de las comunicaciones telefónicas. Sostiene que carecían de motivación suficiente.

1. La jurisprudencia de esta Sala sobre las intervenciones telefónicas y las exigencias que deben cumplirse para que puedan considerarse justificadas, es amplia, reiterada y bien conocida, lo que excusa una cita pormenorizada.

Como hemos reiterado en numerosas ocasiones, uno de los elementos imprescindibles para justificar las escuchas telefónicas es la existencia de indicios objetivos de la existencia del delito y de la participación del sospechoso. El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, dispone en el artículo 8.1 que "toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia", nociones que incluyen el secreto de las comunicaciones telefónicas, según una reiterada doctrina jurisprudencial del TEDH. Añade el Convenio Europeo, en el artículo 8.2, que "no podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho (respeto a la vida privada y familiar, domicilio y correspondencia) sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás". El carácter necesario de la medida depende de la existencia de indicios de la comisión de un delito grave, que requiera por lo tanto una intervención del Estado, y de la inexistencia de posibilidades reales, en el caso, de desarrollar la investigación a través de medios menos gravosos.

El artículo 579 de la LECrim, que, a la fecha de los hechos, contenía, aunque escueta e insatisfactoriamente, la necesaria habilitación legal, se refiere, en lo que aquí interesa, a las comunicaciones telefónicas del procesado o de personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal. Esta regulación ha sido sustituida por la mucho más detallada contenida en los artículos 588 bis a) y siguientes introducidos por la reforma operada por la LO 13/2015, en los que se hace referencia expresa a la necesidad de exposición detallada de "los indicios de criminalidad que se hayan puesto de manifiesto durante la investigación previa a la solicitud de autorización del acto de injerencia" [artículo 588 bis b)]. En la precisión de lo que deba entenderse por indicio, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la de esta Sala han señalado que la sospecha acerca de la comisión del delito o de la participación del sospechoso no puede ser considerada un indicio, por más contundente que sea su expresión, ni tampoco, consecuentemente, puede serlo la afirmación de la existencia del delito y de la participación; o de su posibilidad o probabilidad. Por el contrario, lo que se exige son datos o elementos, que, desde una perspectiva objetiva justifiquen la sospecha.

Y ha exigido que se trate de datos objetivos, accesibles por terceros, verificables, seriamente sugestivos de la comisión del delito y de la participación del sospechoso, y que estén al alcance del Juez en el momento previo a su decisión, de modo que éste los conozca y los pueda valorar; y que se expresen de tal forma en su resolución que aquella valoración pueda luego ser controlada, en su racionalidad, por otro Tribunal.

En consecuencia no es suficiente que quien solicita la medida comunique, sobre la base de sus noticias o informaciones, que sabe o cree saber que el sospechoso ha cometido, está cometiendo, o va a cometer un delito; o que ha practicado una investigación y que exponga a continuación sus conclusiones. Por el contrario, es preciso que traslade al juez las razones de tal afirmación, o el contenido de aquella indagación, identificando



las diligencias practicadas y los datos objetivos relevantes alcanzados como su resultado, pues precisamente esos elementos son los que deben ser valorados por el Juez para decidir acerca de la consistencia de los indicios y, en consecuencia, de la necesidad y proporcionalidad de la restricción del derecho fundamental que le es solicitada. En este sentido en la STC nº 197/2009 , se decía que "... el Tribunal ha considerado insuficiente la mera afirmación de la existencia de una investigación previa, sin especificar en qué consiste, ni cuál ha sido su resultado por muy provisional que éste pueda ser ...".

En definitiva, en el derecho español, el juez, en el cumplimiento de su función de protección del derecho fundamental, no puede operar exclusivamente sobre la confianza que le merezca la sospecha policial en sí misma considerada, sino que ha de hacerlo sobre el significado razonable de los datos objetivos que se le aportan, valorados como indicios, obtenidos por la policía en el intento inicial de verificación de la consistencia de sus sospechas. Ello no supone que haya de prescindirse absolutamente de la experiencia policial, pero sí implica que, necesariamente, haya de ser sometida en cada caso a la crítica racional por parte del Juez, en relación con los datos objetivos disponibles.

Por otro lado, para valorar la consistencia de los indicios no puede tenerse en cuenta como un dato relevante el éxito obtenido en la investigación. En primer lugar, porque tal valoración ha de referirse al momento en el que se adopta la resolución judicial. Por razones obvias, el derecho al secreto de las comunicaciones desaparecería en la práctica si solamente se anularan las intervenciones que no han dado resultado. Y en segundo lugar, porque los Tribunales solamente controlan las intervenciones telefónicas que han dado resultados que permiten una condena penal, pues las demás finalizan en el archivo.

2. En el caso, aunque el recurrente menciona varios derechos fundamentales, finalmente, en la argumentación de los motivos, se refiere solamente al derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas. Se queja de la falta de motivación en el primer auto y en los posteriores que se remiten al primero, que nada tenía que ver con los hechos que luego se declaran probados.

Efectivamente, la intervención telefónica se acuerda debido a que se ha tenido conocimiento de un grupo de individuos que ha cometido un robo con intimidación en una vivienda, habiendo sido identificados fotográficamente alguno de ellos. Al entender que se trata de un grupo criminal organizado, dada su forma de actuar, se solicita la intervención telefónica de los que han sido identificados fotográficamente, lo cual es acordado por el Juez. Durante esa investigación, en uno de los seguimientos realizado el día 12 de enero de 2015, en las primeras horas de la mañana, uno de los agentes policiales que interviene en las vigilancias de los sospechosos, observa cómo, sobre las 9 de la mañana, cinco individuos salen de un portal en la c/ DIRECCION000 , NUM000 , de Madrid. Conoce de otras actuaciones a tres de ellos, y toma la matrícula del vehículo que utilizan los otros dos. Los siguen y tienen luego conocimiento de que en ese edificio se ha cometido, sobre esa hora, un robo con intimidación en una vivienda, por lo que relacionan con el hecho a las personas que había visto abandonar el citado edificio.

Por lo tanto, el Juez tenía sobrados motivos para justificar la restricción del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas de varias personas que habían sido identificadas, aun cuando fuera solo fotográficamente, como miembros de un grupo organizado autor de un robo con intimidación en casa habitada. Y de esa investigación surge el conocimiento de otros hechos, los aquí enjuiciados. No existe, por lo tanto, vulneración de derecho alguno.

Los motivos, pues, se desestiman.

SEGUNDO.- En el tercer motivo denuncia la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia. Dice que las pruebas que el Tribunal ha tenido en cuenta son la testifical de los perjudicados y de los agentes de policía, sin que haga mención a las imágenes que se visionaron en el juicio ni el oficio remitido a La Caixa relativo a las posibles imágenes del recurrente en esa sucursal bancaria. Señala que el único indicio es un reconocimiento efectuado por el agente NUM008 , cuya veracidad pone en duda, pues cuando continúan los seguimientos ya conocían que se había denunciado el robo y podrían haber procedido a la detención, sin que lo hicieran.

1. El derecho a la presunción de inocencia reconocido en el artículo 24 CE implica que toda persona acusada de un delito o falta debe ser considerada inocente hasta que se demuestre su culpabilidad con arreglo a la Ley (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), lo cual 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, en cuanto que permita al Tribunal alcanzar una certeza objetiva sobre los hechos ocurridos y con base en la misma declararlos probados, así como la



participación del acusado en ellos, descartando, al mismo tiempo y en su caso, la versión alternativa por carencia de la necesaria racionalidad. El control casacional se orienta a verificar estos extremos, sin que suponga una nueva valoración del material probatorio sustituyendo la realizada por el tribunal de instancia.

2. La prueba principal que ha tenido en cuenta el Tribunal, fue la declaración de las víctimas respecto de la forma en que tuvieron lugar los hechos y la declaración del subinspector de Policía nº NUM008 , en cuanto a la identidad de los autores. Este agente de la autoridad manifestó que, cuando realizaba labores de vigilancia por otros hechos delictivos en los que consideraban implicados al recurrente, a Mateo Nemesio y a Felicísimo Mauricio , observó como el recurrente, junto con los otros dos, salía del edificio del nº NUM000 de la c/ DIRECCION000 , seguidos luego por los otros dos acusados, entonces aún no identificados. Aunque los siguieron a causa del operativo inicial de vigilancia, tienen conocimiento más tarde de una denuncia según la cual en aquel edificio se había cometido, sobre la misma hora, un robo con intimidación, por lo que relacionaron a los sospechosos con la comisión del mismo.

Se pregunta el recurrente por qué no se procedió entonces a la detención de los sospechosos, poniendo en duda que el testigo se haya ajustado a la verdad. Sin perjuicio de que la valoración de la credibilidad de los testigos corresponde al Tribunal, y de que no se aprecia en el caso arbitrariedad alguna al adoptar la decisión, durante el juicio oral, el testigo prestó declaración ante el Tribunal, de forma que las partes pudieron hacerle las preguntas que tuvieron por oportunas, de tal forma que pudieron aclarar esos extremos. De todos modos, en la fundamentación jurídica de la sentencia se hace constar que el seguimiento al que fueron sometidos los sospechosos se inició cuando aún no se tenía noticia de que justo en aquel domicilio se habían cometido los hechos enjuiciados, y que el seguimiento se realizó con la limitación que supuso que los acusados se marcharan en tres vehículos y el operativo policial solo dispusiera de uno.

Además de las pruebas mencionadas, el Tribunal valoró que en el domicilio de uno de los acusados, Conrado Porfirio , se encontraron las llaves de la vivienda de las víctimas y dos relojes que habían sido sustraídos en esa ocasión.

Por lo tanto, ha existido prueba de cargo y ha sido valorada por el Tribunal son arreglo a la lógica y a las máximas de experiencia, por lo que el motivo se desestima.

TERCERO.- En los motivos cuarto y quinto, al amparo del artículo 849.1º de la LECrim , denuncia la indebida aplicación de los artículos 242.1 y 2 y 163 y 77 todos del Código Penal (CP), en cuanto a la indebida consideración del delito de detención ilegal en concurso real o medial. Argumenta que los acusados dejaron a las víctimas juntas, sin que se les tapara la boca ni los ojos; que a los dos o tres minutos de irse los autores, una de las víctimas, de unos 60 años de edad, consiguió cortar las ligaduras de todos. Concluye que, por lo tanto, ha de apreciarse que la privación de libertad solamente se mantuvo durante el tiempo necesario para cometer el robo, prolongándose durante un escaso periodo de tiempo, por lo que debe considerarse absorbida por el delito de robo, que abarca la total significación jurídica del comportamiento punible.

1. Aunque se ha resaltado la necesidad de examinar las características de cada caso concreto, la jurisprudencia ha diferenciado tres posible supuestos básicos cuando se trata de la concurrencia de actos que pueden ser constitutivos de delitos de robo con intimidación y de detención ilegal. En primer lugar, cuando la detención es medio esencial e imprescindible para el apoderamiento y se produce, exclusivamente durante el tiempo necesario para la ejecución del delito, incluyendo la huida del lugar. En segundo lugar, cuando la detención se prolonga más allá de la ejecución del robo. Y en tercer lugar, cuando la detención ilegal no aparece instrumentalizada para la comisión del robo. En el primer caso, el delito de robo absorbe la privación de la libertad, que resulta inescindible del mismo, pues se entiende que la intimidación o la violencia propias del robo implican necesariamente la privación de la libertad de movimientos de la víctima durante la ejecución, debiendo resolverse como un concurso aparente de normas con aplicación del artículo 8.3 CP . En el segundo, se trata de un concurso real de carácter medial, al aparecer la privación de libertad como medio necesario para la comisión del robo, aunque por sus características presenta autonomía propia, más allá de la privación de libertad inherente al mismo acto de apoderamiento. Y en el tercer caso, al aparecer de forma relacionada pero independiente del acto de robo, la detención mantiene su propia sustantividad dando lugar a un concurso real de delitos.

2. 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.

Por lo tanto, el motivo se estima.

Recurso interpuesto por Constantino Geronimo

CUARTO.- En el primer motivo, al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ, denuncia la vulneración del derecho a la proporcionalidad de las penas y a un proceso con todas las garantías. Sostiene que los delitos de detención ilegal deben considerarse consumidos en el de robo, ya que la privación de libertad es solo por el tiempo imprescindible para cometer el robo en casa habitada, las víctimas se soltaron de modo inmediato después de salir los autores y pudieron pedir ayuda; y aunque cerraron con llave lo normal es que cada uno de los moradores tenga su propio juego de llaves. Por otro lado, dice, no se han tenido en cuenta las pruebas favorables, que no se pudieron aportar porque estaba ya finalizada la fase de instrucción.

En el quinto motivo, además de alegar contradicción entre los hechos probados, señala que no pudo aportar pruebas en instrucción porque la misma estaba concluida cuando fue detenido.

1. En cuanto a la valoración de la concurrencia de los delitos de robo y detención ilegal, se da por reproducido el fundamento jurídico tercero de esta sentencia.

2. En lo que se refiere a la existencia de otras pruebas, ha de señalarse, en primer lugar, que las cuestiones relativas a la práctica de diligencias de investigación deben resolverse en la fase de instrucción ante el Juez responsable de la misma, con los recursos que prevé la ley. De otro lado, en cuanto a las pruebas propias de la fase de juicio oral, no resulta de su recurso que el recurrente planteara debidamente su protesta ante la denegación de pruebas. Además, no precisa ahora cuales serían esas pruebas y cuál su eventual trascendencia respecto del fallo de la sentencia, por lo que esa queja no puede ser ahora atendida.

Por todo ello, el motivo primero se estima parcialmente y el quinto se desestima.

QUINTO.- En el segundo motivo, al amparo del artículo 849.1º de la LECrim, denuncia la infracción de los artículos 2, 14, 69, 73 y 242.2 CP. Entiende que no se dan los requisitos recogidos en esos preceptos para aplicárselos al recurrente, pues no se ha acreditado su participación en estos hechos, ni se ha aplicado la figura de la continuidad, condenando por cada apersona atacada.

1. La jurisprudencia ha señalado que con el delito de detención ilegal se ataca un bien eminentemente personal, por lo que no cabe la aplicación de la figura de la continuidad delictiva. Deben, pues, apreciarse tantos delitos como personas detenidas. La cuestión, sin embargo, carece de contenido, una vez que se ha entendido en el motivo anterior que la privación de libertad está absorbida por el delito de robo violento.

2. En cuanto a los requisitos del delito de robo con intimidación, el recurrente no precisa cuáles son concretamente los que cuestiona, lo que impide profundizar en el sentido de su queja. No obstante, del relato de hechos resultan sin dificultad la existencia de intimidación, el ánimo de lucro y el apoderamiento de los bienes muebles ajenos.

Por lo tanto, el motivo se desestima.



SEXTO.- En el tercer motivo, por la misma vía de impugnación, sostiene que su identificación se hace mediante fotografía, sin que exista otro indicio de su intervención. En el cuarto motivo se queja de que el Tribunal ha interpretado los hechos de la forma más desfavorable

1. Ya hemos dicho que la alegación de vulneración de la presunción de inocencia no permite al Tribunal de casación realizar una nueva valoración de las pruebas personales. Aunque también hemos aceptado la posibilidad de rectificar esa valoración cuando carezca en absoluto de racionalidad, al apartarse de las reglas de la lógica o, injustificadamente, de las máximas de experiencia, apareciendo de esa forma como manifiestamente errónea, caprichosa o carente de una mínima consistencia.

2. En el caso, como se ha dicho más arriba, FJ 2º, la prueba principal respecto de la identidad de los autores de los hechos fue el reconocimiento efectuado por el funcionario del C.N. de Policía, nº NUM008 , que observó como a la hora de los hechos los cinco acusados abandonaban el edificio donde se había cometido el asalto, reconociendo en ese momento a tres de ellos, al relacionarlos con otras actuaciones. Respecto de los otros dos, uno de ellos el recurrente, pudo reconocerlo en una fotografía, haciéndolo igualmente en el acto del plenario en el curso de interrogatorio al que fue sometido por las partes ante el Tribunal. No se trata, pues, de la interpretación más desfavorable, sino del resultado de una valoración racional de los medios de prueba disponibles.

Por lo tanto, ha existido prueba de cargo y ha sido valorada racionalmente por el Tribunal de instancia, lo que determina la desestimación de ambos motivos.

SEPTIMO.- En el quinto motivo alega contradicción entre los hechos probados y la participación del recurrente en los mismos.

1. Según la jurisprudencia de esta Sala (SSTS 570/2002, de 27-3 ; 99/2005, de 2-2 ; 999/2007, 26-11 ; 753/2008, de 19-11 ; 54/2009, de 22-1 ; y 884/2013, de 20-11 , entre otras), para que exista el quebrantamiento de forma consistente en la contradicción entre los hechos probados, es necesario que se den las siguientes condiciones: a) que la contradicción sea interna, esto es, que se dé entre los pasajes del hecho probado, pero no entre éstos y los fundamentos jurídicos; b) que sea gramatical, es decir, que no sea una contradicción deducida a través de una argumentación de carácter conceptual ajena al propio contenido de las expresiones obrantes en el relato fáctico, sino que se trate de contradicción "in términos", de modo que el choque de las diversas expresiones origine un vacío que arrastre la incongruencia del fallo, porque la afirmación de una implique la negación de la otra; c) que sea manifiesta e insubsanable en cuanto oposición antitética y de imposible coexistencia simultánea y armonización, ni siquiera con la integración de otros pasajes del relato; y d) que sea esencial y causal respecto del fallo. (STS nº 440/2015, de 29 de junio).

2. El recurrente alega contradicción entre hechos y conceptos jurídicos, como el relativo a su participación. De todos modos, no precisa cuáles son los aspectos fácticos entre los que aprecia contradicción, por lo que su queja no puede ser estimada.

Recurso interpuesto por Conrado Porfirio

OCTAVO.- En el primer motivo, al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ y del artículo 852 de la LECrim , denuncia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por infracción del derecho a la presunción de inocencia, por haber sido condenado sin prueba de cargo válida y suficiente, no habiendo quedado acreditada su participación en los hechos. Señala que fue identificado mediante la exhibición de fotografías al agente policial nº NUM008 . Y que las víctimas no pudieron identificarlos.

1. Los derechos fundamentales a la presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva tienen puntos de contacto, pero no son identificables. El primero implica que todos son inocentes mientras no se demuestre su culpabilidad con arreglo a la ley, es decir, mediante pruebas válidas y suficientes según una valoración razonable que acrediten los hechos imputados y la intervención del acusado. El segundo supone el derecho a obtener una resolución suficientemente razonada. La ausencia de motivación puede impedir conocer si la condena se ha basado en pruebas válidas y suficientes. La ausencia de pruebas bastantes conduce a la absolución, mientras que la falta de motivación, genera la necesidad de corregir ese defecto mediante una nueva resolución debidamente motivada. Es posible que la ausencia de motivación suficiente conduzca también a entender vulnerado el derecho a la presunción de inocencia, cuando de aquella se desprenda claramente la inexistencia de pruebas válidas y suficientes.

2. En el caso, no se aprecia en la sentencia ausencia de pruebas, ni tampoco de la necesaria motivación sobre las mismas, que en parte es recogida en el desarrollo del motivo. El recurrente fue identificado por el testigo, subinspector del C.N. de Policía nº NUM008 como una de las cinco personas que, junto con los otros cuatro acusados, abandonaban el edificio donde se cometió el delito en la c/ DIRECCION000 , poco después de la hora en la que éste tuvo lugar, vestidos con ropas oscuras, lo que coincidía con la descripción que luego



facilitaron los testigos. Fue reconocido mediante fotografía y, además, en el plenario. Y, además, en el registro de su domicilio se encontraron algunos de los efectos sustraídos en esa acción.

Por lo tanto, aunque la identificación mediante fotografías es solo un punto de partida para realizar una investigación y, por sí misma, no puede constituir la única prueba de cargo, en el caso, no solo fue seguida de un reconocimiento efectuado en el curso del juicio oral, que viene a constituir la auténtica prueba, sino que, además, dotando así de mayor certeza a este último, en el domicilio del recurrente se encontraron efectos sustraídos en la acción que se les imputa.

3. Respecto de este elemento probatorio no se aprecia causa alguna que impida su valoración, como sugiere el recurrente. Argumenta que dado que la identificación fotográfica no consta que se realizara con las garantías que señala la jurisprudencia, no puede considerarse válida la entrada y registro. Sin embargo, la sospecha de la participación del recurrente en los hechos se basa en un reconocimiento fotográfico efectuado por el funcionario policial nº NUM008 , que identifica a dos personas que, acompañando a sospechosos de otro robo con intimidación, salían del edificio donde luego se supo que se acababa de cometer un robo con intimidación a varias personas. En el atestado consta que se averigua que el recurrente está empadronado en el domicilio de la c/ DIRECCION001 , NUM007 , a donde se dirigieron las personas que salían del edificio donde estaba el domicilio en el que se había cometido el asalto. Y que el otro individuo que no es identificado inicialmente por el citado funcionario, es identificado como Constantino Geronimo cuando conducía el mismo vehículo que habían utilizado para desplazarse desde la calle de aquel edificio, DIRECCION000 . Todos estos datos, que constaban en las actuaciones, son suficientes para justificar la entrada y registro en el domicilio del recurrente que dio lugar al hallazgo de algunos de los efectos sustraídos.

Por todo ello, el motivo se desestima.

NOVENO.- En el segundo motivo, al amparo del artículo 849.1º de la LECrim , denuncia la infracción del artículo 77 en relación con los artículos 242 y 163 CP , e inaplicación del artículo 8.3 CP . Sostiene que no debió apreciarse un concurso medial entre los delitos de robo con intimidación en casa habitada y de detención ilegal, sino que debió considerarse la existencia de un concurso de normas a resolver conforme al artículo 8.3 CP .

El presente motivo coincide sustancialmente con los motivos cuarto y quinto del primero de los recurrentes, por lo que se da por reproducido el contenido del fundamento jurídico tercero de esta sentencia de casación, estimando parcialmente la queja del recurrente.

DECIMO.- En el tercer motivo, al amparo del artículo 849.1º de la LECrim , denuncia la infracción del artículo 28 CP por aplicación indebida, y la indebida inaplicación del artículo 29. Sostiene que debió ser condenado, en todo caso, como cómplice. Y sostiene asimismo que debió aplicarse el artículo 298 CP relativo a la receptación y no el 242 relativo al delito de robo.

1. Como hemos reiterado en numerosas ocasiones, este motivo de casación basado en la infracción de ley, solamente permite verificar si el Tribunal de instancia ha interpretado y aplicado correctamente los preceptos penales pertinentes, pero siempre en relación con los hechos declarados probados en la sentencia, de los que no es posible prescindir ni siquiera parcialmente.

Por otro lado, la jurisprudencia de esta Sala ha señalado que el cómplice es un auxiliar eficaz y consciente de los planes y actos del ejecutor material, del inductor o del cooperador esencial, que contribuye a la producción del fenómeno punitivo mediante el empleo anterior o simultáneo de medios conducentes a la realización del propósito que a aquéllos anima, y del que participa prestando su colaboración voluntaria para el éxito de la empresa criminal en el que todos están interesados (v. SS. 25 junio 1946 y 29 enero 1947). Se trata, no obstante, de una participación accidental y de carácter secundario.

2. En el caso, de los hechos probados resulta que todos los acusados participaron de la misma forma en la ejecución de los hechos, desarrollando un plan común en el que cada uno hizo su aportación. No se establece distinción alguna entre ellos, colaborando todos en la intimidación ejercida sobre las víctimas y en el apoderamiento material de los objetos que sustrajeron. La inexistencia de diferencias en las aportaciones en el momento de la ejecución conduce a la consideración de todos ellos como autores. Por otro lado, lo que se describe en los hechos probados es la participación en el apoderamiento de cosas muebles ajenas, por lo que la calificación de los hechos como un delito de robo con intimidación es correcta, sin que sea procedente la aplicación del artículo 298, que implica la recepción de efectos procedentes de un delito contra el patrimonio o el orden socioeconómico sin haber intervenido como autor ni como cómplice, lo que no es el caso.

Por lo tanto, el motivo se desestima.

Recurso interpuesto por Felicísimo Mauricio



UNDECIMO.- En el primer motivo, al amparo del artículo 851.1º de la LECrim , denuncia falta de claridad en los hechos probados. Argumenta que en los hechos probados solamente se dice que los asaltantes dejaron atados a los moradores y cerraron la puerta con llave antes de marcharse del lugar de los hechos, pero no precisa en el relato que la privación de libertad se prolongó más del tiempo necesario para ejecutar el robo. Además, dice, se omiten datos, como el escaso tiempo en que se liberaron, que dejaron al alcance de las víctimas un cúter y otras llaves. Por ello entiende que no se puede obtener de los hechos que exista un delito de detención ilegal además de un delito de robo.

1. Existirá falta de claridad cuando se aprecie en el relato fáctico una insuficiencia descriptiva que lo haga incomprensible, o difícilmente inteligible, bien por una omisión total de versión fáctica; bien por omisiones parciales que impidan su comprensión; bien por el empleo de frases ininteligibles o dubitativas que impidan saber lo que el Tribunal declara efectivamente probado, o bien por contener la sentencia un relato de hechos construido de tal forma que conduzcan a la duda acerca de si el Tribunal los está declarando probados o no. Siendo necesario además que los apuntados defectos supongan la imposibilidad de calificar jurídicamente los hechos. (En este sentido, entre otras STS núm. 471/2001, de 22 de marzo ; 1144/2001, de 31 de julio ; 1181/2001, de 19 de julio ; 1610/2001, de 17 de septiembre , y STS nº 559/2002, de 27 de marzo). Tales aspectos deben quedar suficientemente explícitos en la impugnación. Sin embargo, este motivo, incluido legalmente entre los que dan lugar a la anulación de la sentencia por quebrantamiento de forma, no permite integrar el hecho probado con otros aspectos fácticos que, según el recurrente hayan quedado probados, y que considere de interés a su posición.

2. En el caso, la queja del recurrente queda en realidad sin contenido una vez que se ha estimado el motivo cuarto y quinto del recurso del recurrente Sixto Emilio , tal como resulta del fundamento jurídico tercero de esta sentencia. De todos modos, en el relato fáctico se describe de forma perfectamente comprensible el desarrollo de la acción de apoderamiento y la utilización de la intimidación, así como la inmovilización de las víctimas, e igualmente se especifica después que, una vez finalizado el robo, los asaltantes abandonaron el lugar dejando atadas a las víctimas y cerrando la puerta con llave. No se aprecia falta de claridad en la descripción de los hechos, aunque éstos no permitan su calificación como un supuesto de concurso real o medial entre los delitos de robo y detención ilegal.

Así pues, el motivo se desestima.

DUODECIMO.- En el motivo segundo, al amparo del artículo 849.1º de la LECrim , denuncia la indebida inaplicación del artículo 8.3 CP a la relación de concurrencia entre los delitos de robo y detención ilegal.

El contenido del motivo es sustancialmente coincidente con los motivos cuarto y quinto del recurso del recurrente Sixto Emilio , por lo que se da por reproducido el contenido del fundamento jurídico tercero de esta sentencia de casación, estimando el motivo.

DECIMOTERCERO.- En el tercer motivo, por la misma vía de impugnación, y de forma alternativa y subsidiaria, denuncia la indebida aplicación del artículo 77 CP en relación a las consecuencias punitivas establecidas en la sentencia. Entiende que penados separadamente los delitos de robo y de detención ilegal, la pena finalmente a cumplir, es decir el triple de la más grave, sería inferior a la que resulta de la punición conjunta.

Aunque la cuestión suscitada no carece de interés, y aunque en el caso la razón le asiste al recurrente, la queja queda sin contenido al haberse estimado el motivo segundo, lo que determinará la condena solamente por un delito de robo con intimidación en casa habitada.

DECIMOCUARTO.- En el motivo cuarto denuncia vulneración de la presunción de inocencia, al no existir la más mínima prueba de cargo. Argumenta que las testificales de los agentes de policía están llenas de contradicciones. Y señala que si estaban, como dicen, a las 9,00 horas en el domicilio de las víctimas, es extraño que no procedieran a la detención de los sospechosos

1. Como hemos dicho más arriba, la alegación de vulneración de la presunción de inocencia no permite realizar una nueva valoración de la prueba, sino solamente controlar que la valorada es una prueba válida, y que ha sido valorada con respeto a las reglas de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicos, en su caso.

2. La actuación de los agentes de policía se justificaba por las vigilancias que estaban realizando sobre unas personas sospechosas de integrar un grupo que realizaba robos con intimidación. Son esas vigilancias lo que conduce al subinspector nº NUM008 , cuyo testimonio es especialmente relevante en esta causa, a las cercanías de la c/ DIRECCION000 , donde observa cómo salen de un edificio en ese lugar tres sospechosos, que estaban vigilando, a los que reconoce como tales, y luego dos individuos más, a los que no había visto antes, marchándose todos ellos en varios vehículos, tomando la matrícula del que utilizan los dos desconocidos. En la sentencia se explica que el hecho de que no procedieran a su detención obedecía, en un



primer momento, a que aún no sabían que en ese edificio se había cometido un robo con intimidación, lo que solamente conocen con posterioridad. Y en un segundo momento, a la ausencia de efectivos suficientes, por lo que se limitan a mantener en lo posible la vigilancia. En cualquier caso, la opción por una u otra forma de operar en cuanto al momento de la detención no implica que el testigo falte a la verdad cuando afirma haber visto a los recurrentes salir del edificio donde a esa hora se había cometido el robo. Su declaración viene además reforzada por el hallazgo en el domicilio de algunos de ellos de diversos efectos que habían sido sustraídos precisamente en ese lugar, luego reconocidos por sus dueños.

Por lo tanto, ha de concluirse que ha existido prueba de cargo y que ha sido valorada racionalmente por el Tribunal, por lo que el motivo se desestima.

DECIMOQUINTO.- En el quinto motivo, al amparo del artículo 852 de la LECrim, denuncia la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas. Alega falta de proporcionalidad y ausencia de control judicial. Además, dice que se trata de unas intervenciones prospectivas que buscan algún delito que no se estaba investigando. Los soportes informáticos se entregan en febrero de 2015, lo que indica falta de control. Falta la notificación al Ministerio Fiscal.

1. En cuanto a la falta de indicios que justificaran la intervención telefónica, excluyendo que se tratara de una actuación prospectiva, se da por reproducido el fundamento jurídico primero de esta sentencia de casación.

2. Respecto a la falta de control judicial, esta Sala ha señalado que este control se integra en el contenido esencial del derecho al secreto de las comunicaciones. Ello implica que el Juez debe conocer y controlar el desarrollo de la ejecución lo que supone que al acordar su práctica debe establecer las condiciones precisas para que tal información sea real. En este sentido la doctrina del Tribunal Constitucional ha establecido que la falta de control se produce y puede dar lugar a la lesión del derecho "si no se fijan períodos para dar cuenta al Juez de los resultados de la intervención (STC 82/2002, de 22 de abril, F. 6) o si, por otras razones, el Juez no efectúa un seguimiento de las vicisitudes del desarrollo y del cese de la intervención o no conoce los resultados de la investigación (SSTC 166/1999, de 27 de septiembre, F. 3; 202/2001, de 15 de octubre, F. 7)", (STC nº 205/2002, de 11 noviembre).

En el mismo sentido se ha pronunciado en otras sentencias como la STC nº 167/2002 (Pleno), de 18 septiembre, o la STC núm. 184/2003 (Pleno), de 23 octubre. En esta última se dice que "...si bien el control judicial de la ejecución de la medida se integra en el contenido esencial del derecho al secreto de las comunicaciones (por todas SSTC 49/1996, de 26 de marzo, F. 3; 121/1998, de 15 de junio, F. 5), para considerar cumplido el requisito de que las intervenciones se ejecuten bajo control y supervisión judicial es suficiente con señalar que los Autos de autorización y prórroga fijaban términos y requerían de la fuerza policial ejecutante dar cuenta al Juzgado del resultado de las intervenciones, así como que el órgano judicial efectuó un seguimiento de las mismas".

Es suficiente, por lo tanto, que los agentes informen al Juez de los resultados de la intervención, aportándole los datos relevantes sobre la misma mediante la remisión de informes junto con una transcripción parcial de las cintas que recojan los aspectos más trascendentes.

Por lo tanto, a efectos del debido control de la intervención, no es necesario que el Juez reciba y proceda a la audición de todas las cintas grabadas, bastando con informes policiales suficientemente explicativos, como ocurre en el caso, en el que el Juez fue recibiendo información acerca de los resultados de la intervención, de manera que podía decidir informadamente acerca de su mantenimiento o cese. En este mismo sentido, el artículo 588 bis g y 588 ter f de la LECrim en su redacción actual.

3. Acerca de la notificación al Ministerio Fiscal, la jurisprudencia la ha considerado imprescindible en los casos en los que las actuaciones no se llegan a poner en su conocimiento determinando que permanezcan en secreto excluidas de cualquier posibilidad de control externo, lo que no ocurre cuando se incoan Diligencias Previas, lo cual se pone en conocimiento del Fiscal. Lo que la doctrina del Tribunal Constitucional ha considerado contrario a las exigencias del art. 18.3 CE no es la mera inexistencia de un acto de notificación formal al Ministerio Fiscal de la intervención telefónica -tanto del Auto que inicialmente la autoriza como de sus prórrogas-, sino el hecho de que la misma, al no ser puesta en conocimiento del Fiscal, pueda acordarse y mantenerse en un secreto constitucionalmente inaceptable, en la medida en que no se adopta en el seno de un auténtico proceso que permite el control de su desarrollo y cese. (STC 197/2009). Tal cosa no ocurre, y no ha ocurrido en el caso presente, cuando la causa se inicia con Diligencias Previas, cuya incoación se comunica al Ministerio Fiscal.

4. Finalmente, en cuanto a la proporcionalidad de la medida y, aunque el recurrente no lo desarrolla, el delito que se investigaba, distintos robos con intimidación en domicilios realizados por un grupo de personas, puede ser considerado grave no solo desde la perspectiva de la gravedad de las penas asociadas a su comisión, sino



también desde la óptica de su relevancia social en relación con la sensación de alarma que crean esta clase de hechos. Y por otro lado, dadas las circunstancias, la intervención telefónica no podía ser ya sustituida por otras medidas menos invasivas que pudieran ofrecer resultados similares, pues, tal como se informó, las víctimas del primer robo que se estaba investigando solamente reconoció fotográficamente a dos de los cuatro autores, sin que las vigilancias policiales dieran resultado para identificar a los otros dos y sin que dispusieran de impresiones dactilares en el lugar de los hechos ni tampoco de imágenes, al carecer de nitidez las grabaciones de las cámaras de seguridad del inmueble.

El motivo, por lo tanto, se desestima.

DECIMOSEXTO.- En el sexto motivo, también al amparo del artículo 852 de la LECrim , denuncia la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio, ya que las entradas y registros se derivan de las intervenciones telefónicas, no existiendo otras pruebas de cargo. Alega también que de las diligencias que obran a los folios 283 y 287 resulta que la fedataria judicial estaba en dos lugares al mismo tiempo, por lo que las diligencias deben ser declaradas nulas.

1. Al haber sido desestimado el anterior motivo denegando la declaración de ilicitud de las intervenciones telefónicas, el presente motivo debe ser desestimado igualmente, pues nada impide considerar legítimas las diligencias de entrada y registro basadas en los resultados de aquellas.

2. En cuanto a las diligencias de entrada y registro de los folios 283 y 287, la primera se corresponde con el domicilio sito en la c/ Basilio Diego NUM009 , perteneciente a Mateo Nemesio , y es llevada a cabo por el Juzgado de Instrucción nº 30, en funciones de guardia de diligencias en apoyo al Juzgado de Instrucción nº 34, y la segunda con el domicilio sito en la DIRECCION002 NUM010 , domicilio del recurrente, que es ejecutada por el Juzgado de Instrucción nº 34. Como bien pone de manifiesto el Ministerio Fiscal en su informe, se trata de diligencias llevadas a cabo por diferentes juzgados de instrucción, por lo que el Letrado de la Administración de Justicia que asiste en cada caso, es distinto. De todos modos, el resultado del registro fue incorporado al acervo probatorio mediante la declaración de los funcionarios policiales nº NUM011 , NUM012 , NUM013 , NUM008 y NUM014 que fueron oídos como testigos en el juicio oral.

Así pues, el motivo se desestima.

DECIMOSEPTIMO.- En el séptimo motivo, al amparo del artículo 852 de la LECrim , denuncia vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en relación con el artículo 120.3 de la CE , que entiende producido al penar conjuntamente, con arreglo al artículo 77 CP , los delitos de robo con intimidación en casa habitada y de detención ilegal, apreciando entre ellos un concurso medial, sin que en la sentencia se razone las penas impuestas.

El motivo queda sin contenido al estimarse los motivos cuarto y quinto del recurso interpuesto por Sixto Emilio y apreciarse un concurso aparente de normas, lo que determina la absorción de las detenciones ilegales por el delito de robo con intimidación en casa habitada y la condena solo por este último.

Por lo tanto, el motivo se desestima.

Recurso interpuesto por Mateo Nemesio

DECIMOCTAVO.- En el primer motivo denuncia la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva que entienden cometida porque en la sentencia impugnada no se hace mención a numerosas cuestiones planteadas por la defensa. Entre ellas, señala que puso en duda que los policías estuvieran donde decían, ya que de ser así habrían detenido a los autores del atraco. Se dice que los seguimientos siguieron por la tarde y no los detuvieron hasta unas semanas después. Que las llaves se reconocen por foto y no directamente, y respecto a los relojes su posesión fue justificada por Conrado Porfirio mediante facturas y no así por las víctimas. Que no se identifica a los agentes que iban en un coche de apoyo. Que no se les ha identificado en rueda. Que no se expresa en la sentencia cuando tiempo duró el atraco. Que los soportes informáticos de las grabaciones llegaron después de la detención. Que no se motiva la individualización de la pena. En cuanto a las Intervenciones telefónicas dice que no se explica cómo se solicita la intervención del teléfono de Felicísimo Mauricio , que tiene 48 años, blanco y de 177 de estatura, cuando al folio 4, en relación al robo en c/ DIRECCION003 se describe a los autores de forma diferente. Tampoco por qué se dirigen a unas personas que nada tienen que ver con la descripción física. Que no se explica por qué se llega a intervenir el teléfono de uno de los abogados. Que no se explica por qué se controla solo a través de informes, cuando se les había pedido que aportaran las cintas. Y que no explica por qué los DVD llegaron un mes después. En relación con la prueba se queja de que se omite referencia a que la primera comunicación al Juzgado de instrucción sobre el robo del DIRECCION000 llega el 15 de enero, habiendo tenido conocimiento el 12 de enero. Omite referencia a la llamada habida entre los teléfonos de los acusados, cuando estaban todos juntos según el testigo. Se omite el tiempo que duró el atraco, aun cuando las declaraciones policiales de los folios 186 y ss. Dicen que



permanecieron unos 20 minutos en el domicilio. Nada se explica acerca de por qué no los detuvieron ese mismo día. Omite explicar por qué da valor a las declaraciones de las víctimas frente a las facturas de los relojes aportadas por Conrado Porfirio . Y otros de entidad similar.

1. El derecho a la tutela judicial efectiva incorpora el de obtener una resolución suficientemente fundada en Derecho acerca de las cuestiones jurídicas que le han sido planteadas al Tribunal. El vicio de incongruencia ha de ser entendido como un desajuste material entre el fallo judicial y los términos en los cuales las partes formulan sus pretensiones.

Constituye doctrina del Tribunal Constitucional en relación al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que este derecho "incluye el de obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada que se ajuste al núcleo de las pretensiones deducidas por las partes, de modo que si la resolución que pone término al proceso guarda silencio o deja imprejuzgada alguna de las cuestiones que constituyen el centro del debate procesal se produce una falta de respuesta o incongruencia omisiva contraria al mencionado derecho fundamental", (STC 67/2001, de 17 de marzo). No obstante, también ha precisado (STC 67/2001) que "No toda ausencia de respuesta a las cuestiones planteadas por las partes produce una vulneración del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva. Para apreciar esta lesión constitucional debe distinguirse, en primer lugar, entre lo que son meras alegaciones aportadas por las partes en defensa de sus pretensiones y estas últimas en sí mismas consideradas, pues, si con respecto a las primeras puede no ser necesaria una respuesta explícita y pormenorizada a todas ellas -y, además, la eventual lesión del derecho fundamental deberá enfocarse desde el prisma del derecho a la motivación de toda resolución judicial-, respecto de las segundas la exigencia de respuesta congruente se muestra con todo rigor, sin más posible excepción que la existencia de una desestimación tácita de la pretensión sobre la que se denuncia la omisión de respuesta explícita (SSTC 56/1996 , 85/1996 , 26/1997 y 16/1998)".

Esta Sala, por su parte, en doctrina recogida en numerosas resoluciones, entre otras, en las Sentencias de 28 de marzo de 1994 , 18 de diciembre de 1996 , 23 de enero , 11 de marzo y 29 de abril de 1997 , y STS nº 1288/99, de 20 de setiembre , ha señalado que es preciso que la omisión padecida venga referida a temas de carácter jurídico suscitados por las partes oportunamente en sus escritos de conclusiones definitivas y no a meras cuestiones fácticas, lo que a su vez debe matizarse en dos sentidos: A) que la omisión se refiera a pedimentos, peticiones o pretensiones jurídicas y no a cada una de las distintas alegaciones individuales o razonamientos concretos en que aquéllos se sustenten, porque sobre cada uno de éstos no se exige una contestación judicial explícita y pormenorizada siendo suficiente una respuesta global genérica (según los términos de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de abril de 1996); B) que dicha vulneración no es apreciable cuando el silencio judicial pueda razonablemente interpretarse como una desestimación implícita o tácita, constitucionalmente admitida (SSTC núms. 169/1994 ; 91/1995 ; y 143/1995), lo que sucede cuando la resolución dictada en la instancia sea incompatible con la cuestión propuesta por la parte, es decir, cuando del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución judicial puede razonablemente deducirse no sólo que el órgano judicial ha valorado la pretensión deducida, sino además los motivos fundamentadores de la respuesta tácita (STC 263/1993 ; y SSTS de 9 de junio y 1 de julio de 1997).

2. En el caso, la mayoría de las cuestiones planteadas no son de carácter jurídico, sino que se relacionan con cuestiones de hecho que, en todo caso, estarían relacionadas con la necesidad de una suficiente motivación o con la valoración racional de los medios de prueba. Contrariamente, la relevancia que pueda tener la ausencia de determinación del tiempo que duró el atraco respecto de las detenciones ilegales, ha sido resuelta por esta Sala en anteriores fundamentos jurídicos. Y lo mismo ocurre respecto de la trascendencia que pueda tener la fecha de entrega de las cintas originales para la existencia del debido control judicial de las intervenciones telefónicas.

En cuanto a otras cuestiones fácticas, como se desprende de lo dicho en anteriores fundamentos jurídicos, el Tribunal ha valorado como pruebas de cargo las declaraciones de las víctimas acerca de la forma en la que han ocurrido los hechos y las declaraciones policiales, especialmente las del subinspector nº NUM008 , y el hallazgo de algunos de los objetos sustraídos en poder de los acusados, como pruebas de la identidad de los autores de los hechos. La valoración expresa de las pruebas permite entender que el Tribunal ha descartado implícitamente las explicaciones alternativas que ha planteado la defensa. Así, por citar algún ejemplo, la forma en la que se desarrolló el operativo policial el día de los hechos, y concretamente el que los sospechosos no fueran detenidos ese mismo día, puede ser criticada, como hace la defensa del recurrente, pero no implica que el mencionado testigo esté faltando a la verdad. De un lado, porque esa manera de actuar encuentra explicación en el hecho de que el conocimiento de que en el edificio de la c/ DIRECCION000 se había cometido un robo se adquiere posteriormente a que los sospechosos abandonaran el lugar. De otro lado, porque en muchos momentos no disponían de suficientes efectivos. Por otra parte, su declaración viene reforzada por los resultados de las diligencias de entrada y registro. En cuanto a que la investigación se dirigiera contra



unas personas determinadas por el primer robo que tuvo lugar en la c/ DIRECCION003 , sin perjuicio de la descripción que hicieron las víctimas, algunos sospechosos fueron identificados fotográficamente, lo que permitió la intervención de sus teléfonos.

En lo que se refiere a las intervenciones telefónicas, sin perjuicio de lo que ya ha sido dicho más arriba, la intervención del teléfono de uno de los letrados obedece simplemente a un error, que además no ha causado perjuicio alguno, ya que ninguna información útil ha sido obtenida a través de la misma. El control se lleva a cabo mediante la recepción de informes acerca de los resultados de la intervención.

Y, en cuanto a las pruebas, la irrelevancia de las cuestiones suscitadas a efectos del sentido del fallo resulta de la valoración expresa de las pruebas de cargo antes mencionadas.

Por todo ello, el motivo se desestima.

DECIMONOVENO.- En el motivo segundo alega vulneración del derecho a la presunción de inocencia. Centra su queja, básicamente en la crítica a la credibilidad del agente policial que dice haberlos visto salir del domicilio donde se comete el atraco. Especialmente porque luego no se procedió a su detención, a pesar de que los siguieron cuando ya tenían noticia de ese atraco. No hay reconocimientos por parte de las víctimas; no hay resultados de ADN; las llaves se reconocen varios meses después y en fotografía, sin haber comprobado que efectivamente correspondían al domicilio; sobre la propiedad de los relojes dice que se han sembrado dudas razonables; hay ruptura de la cadena de custodia; y se ha leído la declaración de la testigo Montserrat Zaira , por su incomparecencia, cuando las defensas no habían estado presentes en la misma.

1. Dando por reiteradas las consideraciones generales acerca del derecho a la presunción de inocencia, ya hemos puesto de relieve cuáles son las pruebas de cargo que el Tribunal ha tenido en cuenta para declarar probados los hechos que constan en el relato fáctico de la sentencia impugnada, por lo que no es preciso repetirlas aquí.

2. El recurrente pone en duda la credibilidad del funcionario policial nº NUM008 , que declaró como testigo. Sin perjuicio de que la determinación de la credibilidad corresponde al Tribunal, en el caso, como ya hemos dicho, su versión viene reforzada por el hallazgo de objetos sustraídos en el domicilio de alguno de los acusados recurrentes y, es coincidente con los datos aportados por otros agentes policiales que igualmente intervinieron en la investigación. No se aprecia, pues, error manifiesto o inconsistencia absoluta en la decisión del Tribunal. De otro lado, el que no se procediera a la inmediata detención de los sospechosos pudo obedecer a numerosas razones, entre ellas, el conocimiento tardío de la existencia del robo, la falta de efectivos suficientes o, incluso, la adopción de una decisión cuestionable. Pero ninguna de ellas debilita el valor probatorio de su declaración testifical, reforzada, como se ha dicho, por otros medios probatorios. En cuanto a las llaves, nadie discute que los autores se llevaron un juego, y se dispone de un reconocimiento por parte de las víctimas. Igualmente ocurre con los relojes, también reconocidos por las víctimas, sobre la base de la descripción que de los mismos habían efectuado en sus declaraciones sumariales anteriores. Así lo razona suficientemente el Tribunal de instancia en el fundamento jurídico séptimo de la sentencia impugnada.

Respecto a la declaración de la testigo Montserrat Zaira , como también hemos dicho, solo pudo declarar acerca de la forma en la que ocurrieron los hechos, aspecto acerca del que el Tribunal dispuso de las declaraciones de las demás víctimas, por lo que la inasistencia de las defensas a su interrogatorio sumarial no es relevante a los efectos de la existencia de pruebas sobre aquellos.

Por todo ello, el motivo se desestima.

VIGESIMO.- En el motivo tercero denuncia la vulneración de su derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas. Argumenta que no resultan proporcionales ni necesarias; que no hubo control jurisdiccional porque los soportes se entregaron un mes después de los hechos; que no se notificaron al Ministerio Fiscal. Las demás pruebas tienen su origen en ellas, por lo que su nulidad determina la inexistencia de prueba. Por otro lado, los agentes no cumplen las previsiones del Juez en cuanto a la entrega de las cintas.

El motivo coincide sustancialmente con los formalizados sobre la misma cuestión por anteriores recurrentes, por lo que se da por reiterado el contenido del fundamento jurídico primero y concordantes de esta sentencia de casación.

El motivo, pues, se desestima.

VIGESIMOPRIMERO.- En el cuarto motivo alega la nulidad de los registros domiciliarios al estar apoyados en el resultado de las intervenciones telefónicas cuya nulidad se ha solicitado. Además, dice que por las horas que constan como de inicio y finalización de las diligencias, la Secretaria Judicial no podía estar en dos sitios a la vez, folios 283 y 287. Añade que no estaban presentes Felicísimo Mauricio ni Mateo Nemesio en la entrada y registro de la c/ DIRECCION001 , domicilio del acusado Conrado Porfirio .



1. Como ya hemos señalado en el fundamento jurídico 16º de esta sentencia, las diferentes diligencias fueron realizadas con la presencia de diferentes Letrados de la Administración de Justicia. De todos modos, aunque la ausencia del Letrado de la Administración de Justicia determinara la imposibilidad de que la diligencia accediera como prueba preconstituída al juicio oral, el resultado del registro fue incorporado al acervo probatorio mediante la declaración de los funcionarios policiales nº NUM011 , NUM012 , NUM013 , NUM008 y NUM014 que fueron oídos como testigos en el juicio oral.

2. En cuanto a la presencia del interesado, en la diligencia de entrada y registro del domicilio de Conrado Porfirio , estaba presente el mismo en calidad de interesado y además de investigado, sin que sea necesaria la presencia de otros investigados para la validez de la diligencia. En cualquier caso, los funcionarios policiales nº NUM008 y NUM014 , que intervinieron en ese registro, fueron oídos como testigos en el plenario, lo que subsanaría cualquier deficiencia en la contradicción.

VIGESIMOSEGUNDO.- En el motivo quinto, al amparo del artículo 849.1º de la LECrim , denuncia la infracción por aplicación indebida de los artículos 240.1 y 2 CP . Plantea el recurrente que no se debe resolver la concurrencia como un concurso medial sino como un caso de absorción de la detención ilegal por el delito de robo. En este sentido, argumenta que no se establece el tiempo que tarda el atraco y se liberan las víctimas, por lo que esa imprecisión debe operar a favor de los acusados. En la sentencia el Tribunal se limita a decir que la liberación se produce "transcurrido un tiempo desde que abandonaron el domicilio". Por otro lado, dice que no se ha demostrado la autoría de los recurrentes. Además, el hecho de que fueran seguidos hasta la calle DIRECCION001 permite considerar que se trata de una tentativa inidónea. Por otro lado, aunque aprecia el concurso medial lo aplica a una sola de las detenciones, penando las demás por separado.

1. La cuestión relativa a la resolución de la concurrencia entre el delito de robo con intimidación en casa habitada y las detenciones ilegales ha sido resuelta en el fundamento jurídico tercero de esta sentencia, lo que determina que en ese sentido el motivo sea estimado parcialmente.

2. Respecto de las demás cuestiones planteadas, la existencia de pruebas que acreditan la autoría de los acusados ha sido examinada en relación con las alegaciones relativas a la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, por lo que se ha de dar por reiterado lo que entonces se dijo.

En cuanto a la tentativa inidónea o a la punición por separado de varias detenciones ilegales, son cuestiones que quedan sin contenido dada la estimación parcial del motivo.

VIGESIMOTERCERO.- En el motivo sexto, al amparo del artículo 849.1º de la LECrim , denuncia la infracción por indebida aplicación del artículo 163 CP . Argumenta que se condena por la detención ilegal de Montserrat Zaira , que no declaró en el plenario y que las defensas no estuvieron presentes en su declaración sumarial, a la que se dio lectura. Ello determinaría la imposibilidad de valorar su declaración.

En el séptimo motivo, por la misma vía de impugnación, denuncia la infracción por indebida aplicación de los artículos 61 y 66 CP . Sostiene que se ha hecho una incorrecta aplicación del concurso medial, sin que se hayan individualizado las penas a imponer. Por otro lado, se aplica con una detención y no con todas.

En los motivos octavo, noveno y décimo se limita a remitirse a lo expuesto en motivos anteriores.

1. En cuanto a la validez probatoria de la declaración de Montserrat Zaira , ya hemos dicho que carece de relevancia. No solo porque sobre la forma en la que ocurrieron los hechos, incluso en los aspectos que a ella afectan directa y personalmente, el Tribunal dispuso de las declaraciones de las demás víctimas, sino porque se dejará sin efecto la condena por los delitos de detención ilegal como consecuencia de la estimación de anteriores motivos.

2. Respecto de la indebida aplicación de los artículos 61 y 66 en la individualización de las penas del concurso de delitos y a la punición separada de las detenciones ilegales no incluidas en el concurso medial, son cuestiones que quedan sin contenido tras la estimación parcial de los motivos antes referidos.

3. Y, finalmente, respecto de los motivos octavo, noveno y décimo, es suficiente con la remisión a los anteriores fundamentos jurídicos en los que se examinan los motivos a los que estos últimos se remiten.

FALLO

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

1º. Estimar parcialmente los recursos de casación interpuestos por las representaciones procesales de D. Sixto Emilio , D. Constantino Geronimo , D. Conrado Porfirio , D. Felicísimo Mauricio y D. Mateo Nemesio .

2º. Se declaran de oficio las costas correspondientes a los presentes recursos.



Comuníquese esta resolución al mencionado Tribunal a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió interesando acuse de recibo.

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

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION (P) núm.: 10185/2017 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Andres Martinez Arrieta

D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Luciano Varela Castro

D^a. Ana Maria Ferrer Garcia

En Madrid, a 7 de diciembre de 2017.

Esta sala ha visto el rollo de Sala nº 19/2016, dimanante de las diligencias previas de procedimiento Abreviado número 4596/2014, del Juzgado de Instrucción número 34 de Madrid, seguido por delito de robo con intimidación en casa habitada, y otros, contra Conrado Porfirio , nacido el NUM015 de 1977, con NIE nº NUM016 , natural de Bogotá (Colombia), hijo de Gaspar Victoriano y de Gabriela Silvia , con domicilio en DIRECCION001 nº NUM007 - NUM017 de Madrid, sin antecedentes penales; Felicísimo Mauricio , nacido el NUM018 de 1967, indocumentado, natural de Bogotá (Colombia), hijo de Amadeo Bruno y de Felicidad Joaquina , con domicilio en Avda DIRECCION002 nº NUM010 - NUM019 de Madrid, sin antecedentes penales; Mateo Nemesio , nacido el NUM020 de 1966, con NIE nº NUM021 , natural de Bogotá (Colombia), hijo de Amadeo Bruno y de Felicidad Joaquina , con domicilio en CALLE000 nº NUM009 - NUM022 , de Madrid, sin antecedentes penales; Sixto Emilio , nacido el NUM023 de 1984, indocumentado, nacido en Pereira (Colombia), hijo de Victorio Narciso y de Raimunda Gabriela , con domicilio en Avda DIRECCION004 nº NUM024 - NUM022 dcha, de Madrid, sin antecedentes penales; y Constantino Geronimo , nacido el NUM025 de 1988, con NIE nº NUM026 , nacido en Colombia, hijo de Anton Imanol y de Erica Diana , con domicilio en c/ DIRECCION005 nº NUM027 - NUM017 , de Madrid, con antecedentes penales; en el que se dictó sentencia de fecha 23 de Enero de 2017 , por el que se condenaba a Conrado Porfirio , Felicísimo Mauricio , Mateo Nemesio , Sixto Emilio y Constantino Geronimo , como autores responsables, cada uno, de un delito de robo con intimidación en casa habitada, en concurso medial con un delito de detención ilegal y de cuatro delitos de detención ilegal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, en los cuatro primeros y la agravante de reincidencia en el último, a las penas de: a) por el delito de robo con intimidación en concurso medial con un delito de detención ilegal a las penas de cinco años y seis meses de prisión, que será de seis años de prisión para Constantino Geronimo y la accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo, si lo tuvieran reconocido, durante el tiempo de la condena. b) por cada uno de los cuatro delitos de detención ilegal la pena de cuatro años y seis meses de prisión y accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo, si lo tuvieran reconocido, por el tiempo de la condena.- Asimismo se le impone a cada acusado una quinta parte de las costas causadas en este juicio.- Los condenados deberán indemnizar de forma conjunta y solidaria a: a) Carolina Crescencia en la cantidad de 1.095 €, por los efectos sustraídos y no recuperados y en la cantidad de 3.000 € por el dinero sustraído. b) Crescencia Justa en la cantidad de 1.000 € por el dinero sustraído.- A dichas cantidades les será de aplicación el art. 576.1 L.E.C .- Para el cumplimiento de las penas privativas de libertad impuestas, les abonamos el tiempo que los condenados hayan estado privados de libertad por esta causa.- Las penas impuestas de prisión, de conformidad con el art. 89.5 del Código Penal , serán substituidas por la expulsión del territorio nacional y prohibición de regresar a España durante diez años, una vez que los penados hayan



accedido al tercer grado penitenciario o cumplido las tres cuartas partes de la condena impuesta.- Sentencia que fue recurrida en casación ante esta Sala Segunda del tribunal Supremo por las representaciones legales de los acusados y que ha sido **CASADA Y ANULADA PARCIALMENTE**, por lo que los Excmos. Sres. Magistrados anotados al margen, bajo la Presidencia del primero de los indicados proceden a dictar esta Segunda Sentencia con arreglo a los siguientes:

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se reproducen e integran en esta Sentencia todos los de la sentencia de instancia parcialmente rescindida en cuanto no estén afectados por esta resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- De conformidad con los argumentos contenidos en nuestra sentencia de casación, y teniendo en cuenta las razones de la individualización contenidas en el fundamento jurídico sexto de la sentencia impugnada, procede condenar a los acusados Sixto Emilio , Constantino Geronimo , Conrado Porfirio , Felicísimo Mauricio y Mateo Nemesio como autores de un delito de robo con intimidación en casa habitada, con la circunstancia agravante de reincidencia en Constantino Geronimo , a la pena de cuatro años de prisión a Sixto Emilio , a Conrado Porfirio , a Felicísimo Mauricio y a Mateo Nemesio , y a la pena de cuatro años y seis meses de prisión a Constantino Geronimo .

FALLO

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

1º. Condenamos a los acusados **Sixto Emilio , Constantino Geronimo , Conrado Porfirio , Felicísimo Mauricio y Mateo Nemesio** como autores de un delito de robo con intimidación en casa habitada, con la circunstancia agravante de reincidencia en Constantino Geronimo , a la pena de cuatro años de prisión a Sixto Emilio , a Conrado Porfirio , a Felicísimo Mauricio y a Mateo Nemesio , y a la pena de cuatro años y seis meses de prisión a Constantino Geronimo .

Se acuerda la absolución de todos ellos por los delitos de detención ilegal.

Las penas de prisión llevarán la pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Se declaran de oficio las costas de la instancia relativas a los delitos de detención ilegal objeto de acusación.

Se mantienen los demás pronunciamientos de la sentencia de instancia no afectados por el presente.

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

Así se acuerda y firma.

Andres Martinez Arrieta Miguel Colmenero Menendez de Luarca Francisco Monterde Ferrer

Luciano Varela Castro Ana Maria Ferrer Garcia