

Roj: **STS 1642/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:1642**Id Cendoj: **28079120012017100321**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **19/04/2017**Nº de Recurso: **1028/2016**Nº de Resolución: **279/2017**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **JUAN SAAVEDRA RUIZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En Madrid, a 19 de abril de 2017

Esta sala ha visto los recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley y de precepto constitucional, interpuestos por las representaciones de Arturo Victorio , Patricio Victor , Faustino Urbano y Paulino Urbano , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Quinta, que condenó a los acusados por delitos contra la libertad y falsedad en documento oficial; los Excmos. Sres. componentes de la Sala segunda del **Tribunal supremo** que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la presidencia del primero de los indicados, siendo parte el Ministerio Fiscal, estando representados los recurrentes, Arturo Victorio por el procurador D. Florencio Araez Martínez y asistido de la letrada D.ª María Teresa Acebrás Ramallal; Patricio Victor por la procuradora D.ª Raquel María García Olmedo y asistido del letrado D. Pablo Molina Borchert; Faustino Urbano por el procurador D. Manuel Díaz Alfonso y asistido de la letrada D.ª Elisa Ferrer-Sama Server y Paulino Urbano representado por el procurador D. Joaquín de Diego Quevedo y asistido del letrado D. Pablo Molina Borchert.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan Saavedra Ruiz

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Juzgado de Instrucción núm. 1 de Leganés, incoó diligencias previas 1440/2007 contra Arturo Victorio , Patricio Victor , Faustino Urbano , Paulino Urbano y contra Andrea Berta , por delitos de tenencia de explosivos, contra la salud pública, falsedad en documento oficial y contra la libertad, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Quinta, que con fecha veintiocho de marzo de dos mil dieciséis, dictó sentencia que contiene los siguientes hechos probados:

<<De la apreciación de las pruebas practicadas RESULTA PROBADO Y ASI SE DECLARA: Que Patricio Victor , mayor de edad sin antecedente penales, en hora no determinada de entre el 14 y el 15 de agosto del 2006, se puso en contacto con Faustino Urbano , mayor de edad sin antecedentes penales y quien tiene la condición de funcionario en activo del cuerpo de policía nacional con numero de carnet profesional NUM000 , del que era su confidente desde hacía tiempo y le hace saber que tenía en su poder una bolsa de explosivos por lo que quedaron en que el primero haría entrega de los mismos al segundo; así en la madrugada del 15 de agosto del 2006, Patricio Victor acude con su esposa Andrea Berta , mayor de edad sin antecedentes penales, a la localidad de Leganés hacia las cercanías del domicilio de Faustino Urbano donde hace entrega de la bolsa con los explosivos -siendo tres cartuchos de los que resultó ser dinamita Goma 2-Eco con un peso dos ellos de 1.180 gramos cada uno y el tercero con un peso de 1.630 gramos y otros dos cartuchos que se corresponden con hidrogel cuyo peso respectivo es de 1.160 gramos y 1.340 gramos- y seis detonadores: dos, eléctricos y cuatro que no lo son.- Recibidos los explosivos y detonadores, Faustino Urbano los subió a su domicilio y aunque inmediatamente no los entrega en dependencias policiales, sobre las 3 horas se pone en contacto con agentes de policía nacional a los que después se hace entrega en la rotonda de la carretera de Leganés al barrio de la Fortuna de la bolsa con los explosivos y detonadores simulando que Patricio Victor se lo acaba de entregar y quien se encontraba en tal lugar.- El total material explosivo y detonadores fue objeto



de sustracción entre mayo y octubre del 2005 en obras donde era suministrado por la empresa El Massa: el cartucho de 55mm de Hidrogel, el 25 de mayo del 2005; el cartucho de 50 mm de hidrogel el 1 de julio del 2005 y los cartuchos de Goma 2-Eco el 10 de octubre del 2010; tras la sustracción, Patricio Victor los hubo en su posesión desde momento no determinado y careciendo de toda autorización en ser depositario; después vino en entregarlos a Faustino Urbano con el fin de obtener ventajas para su padre de él que se encontraba en establecimiento penitenciario fuera del territorio de la Comunidad Autónoma de Madrid.- Posteriormente Arturo Victorio , mayor de edad sin antecedente penales, se vino en concertar con Faustino Urbano y a través de éste con Patricio Victor e Andrea Berta con el fin de facilitar que el primero obtuviera la custodia de sus nietos menores de edad que convivían con él a tal momento y eran fruto del matrimonio entre su hijo y la ciudadana rusa Zaida Zulima a la que mostraba desafecto por entender que su hijo estaba en prisión por razón de un delito contra la salud pública que traía causa de la conducta de aquélla y para ello vinieron en ejecutar los siguientes hechos a los que un momento dado se sumó Paulino Urbano -mayor de edad sin antecedentes penales y quien tiene la condición funcionario en activo del cuerpo de policía nacional con número de carnet profesional NUM001 -con ocasión de la ascendencia que sobre él tenía Faustino Urbano : El día 19 de octubre del 2006, sobre las 21,30 horas, Zaida Zulima salió del domicilio de su suegro sito en la C/ DIRECCION000 del término municipal de Móstoles, donde había acudido a visitar a sus hijos de ella y que estaban bajo el cuidado de los abuelos; acto seguido Arturo Victorio da aviso telefónico de la salida de la anterior de su domicilio a Faustino Urbano , estando a ese momento franco de servicio, para a continuación éste hacerlo saber a Patricio Victor quien a su vez se lo hace saber a Andrea Berta , estando ambos a la espera en las inmediaciones. En esto, encontrándose Zaida Zulima a escasos metros del portal del anterior dicho inmueble, Andrea Berta se hace la encontradiza con la primera y trata de entregarla, arrojándosela, una bolsa que contenía en su interior una sustancia con un peso de 950 gramos que resultó ser cocaína con un pureza del 34% cuyo valor en el mercado ilícito es de 68.921, 76 euros; en tal momento intervienen Faustino Urbano y Paulino Urbano , también franco de servicio a ese momento, quien procede a detener a Zaida Zulima en tanto Faustino Urbano sale a la carrera detrás de Andrea Berta que conforme a lo ideado había echado a correr para regresar después sin ella. Tras ello la presentan como detenida en la Comisaría de Móstoles manifestando en su comparecencia que originó el atestado policial n° NUM002 lo siguiente: Que comparecen para dar cuenta de los hechos ocurridos a las 21,30 horas del días 19 del 10 del 2006 en la vía publica urbana, calle Velázquez esquina con paseo de Goya de Móstoles, y que se detallan a continuación: Que en la fecha y hora indicadas en la presente los comparecientes iban caminando por el citado lugar en dirección hacia esta Comisaria para prestar servicio en la misma en el turno de noche que tienen asignado y cuando se encontraban esperando en un semáforo para cruzar por el paso de cebra han observado en la acera de enfrente a dos mujeres con rasgos de Europa del Este que se encontraban hablando entre ellas. Que así mismo, Observan como una de las dichas mujeres se introduce una mano en el bolsillo de su anorak y saca un gran fajo de billetes haciendo gesto de ofrecérselo a la presentada como detenida la cual portaba en la mano derecha una bolsa de papel marrón. Que los actuantes ante la sospecha de que pudiera tratarse de una posible transacción de sustancia estupefaciente proceden a acercarse a ellas identificándose como agentes de policías mostrándoles las correspondientes placas insignia y carnet profesionales. Que en ese momento, la mujer que portaba el fajo de billetes, al percatarse de la presencia policial, emprende la huida a la carrera siendo perseguida por el agente con numero de carnet profesional NUM000 que tras una larga persecución la pierde de vista. Que la mujer que portaba la bolsa al percatarse de la presencia policial lanza la dicha bolsa detrás de unos setos próximos al tiempo que hace ademán emprender la huida pero es sujeta por el agente con número de carnet profesional NUM001 que la retiene en el lugar ante la resistencia ofrecida en todo momento por ésta para zafarse y escapar; que el agente con número de carnet profesional NUM000 e una inspección ocular detrás de los setos donde la presentada había lanzado la bolsa de plástico de color blanco y granate con la inscripción "Gabol" conteniendo ésta a su vez en el paquete rectangular envuelto con papel adhesivo marrón que contiene sustancia blanca al parecer cocaína, de todo lo cual hacen entrega en la presente; que al preguntar los actuantes a la presentada sobre la procedencia de dicho paquete, ésta, mostraba una actitud extremadamente nerviosa, trabándose al hablar, así como realizando multitud de movimientos incontrolados con los brazos, les manifiesta que la bolsa no es de su propiedad y que no conoce de nada a la mujer que se había dado a la fuga al llegar ellos; que por todo lo anterior, los actuantes proceden a informar a la presentada de las razones de su detención así como de los derechos que le asisten como detenida, conforme al artículo 520 de la L.E.Cri; que momentos después pasa por el lugar una dotación de la Policía local con indicativo Tráfico Sur, integrado por los agentes con números de carnets profesionales NUM003 y NUM004 , y los actuantes proceden a solicitar su colaboración para que realicen el traslado de la detenida hasta estas dependencias donde vuelve a ser informada, esta vez por escrito, mediante acta aparte que se adjunta al cuerpo de las presentes de las razones de su detención, así como de los derechos que le asisten como detenida, conforme al artículo anteriormente citado. Tal atestado causó a su vez el procedimiento penal Diligencias Previas n° 2684/2006 que vino en incoar el Juzgado de Instrucción n° 4 de Móstoles en el cual se dictó auto de fecha 20 del 10 del 2006 acordando la prisión provisional de Zaida Zulima y estando en tal



situación hasta que por auto de fecha 21 del 11 del 2006 se acordó su libertad provisional; tales diligencias vinieron en ser archivadas por auto de fecha 9 del 8 del 2007 que acordó el sobreseimiento provisional de las actuaciones.- Durante la instrucción de la causa el día 15 del 11 del 2006 Faustino Urbano y Paulino Urbano declararon en calidad de testigos y ratificando íntegramente lo que habían manifestado en el atestado policial.- Entre proveído de fecha 25 de marzo del 2008 y proveído de fecha y de 26 de junio del 2009 no se practica diligencia de investigación alguna y el cotejo de la transcripción de las intervenciones acordado en proveído de fecha 4 de julio del 2009 se concluye al 15 del 2 del 2011 y las relativas al cotejo de la declaraciones prestadas por los imputados que el Ministerio Público vino en solicitar a fecha 26 de junio del 2009 se practica a siete de junio del 2013.- Faustino Urbano quedó sujeto a prisión provisional por auto de fecha 5 del 12 del 2006 y decretándose su libertad provisional por auto de fecha 30 del 10 del 2007; Paulino Urbano quedó sujeto a prisión provisional por auto de fecha 5 del 12 del 2006 y acordándose su libertad provisional por auto de fecha 7 del 12 del 2006; Arturo Victorio quedó sujeto a prisión provisional por auto de fecha 5 del 12 del 2006 y quedando en libertad provisional el día 15 del 12 del 2006; Patricio Victor quedó sujeto a prisión provisional por auto de igual fecha de 5 del 12 del 2006 y quedando en libertad provisional el día 24 del 9 del 2007; finalmente Andrea Berta quedó sujeta a prisión provisional el día 5 del 12 del 2006 y quedando en libertad así mismo el día 11 del 6 del 2007>> (sic).

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

<<FALLAMOS: Que debemos **condenar y condenamos** a Faustino Urbano y Paulino Urbano como responsables en concepto de autor de un delito contra la libertad del artículo 167 del C.P ya definido, concurriendo las circunstancias que modifiquen su responsabilidad criminal consistente en la atenuante muy cualificada del artículo 21.6, a la pena de **PRISIÓN DE 1 AÑO y 9 MESES para el primero y de 1 AÑO y tres meses para el segundo**, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y la de inhabilitación absoluta por tiempo de tres años para el primero y de 2 años para el segundo.- Que debemos **condenar y condenamos** a Arturo Victorio , Patricio Victor e Andrea Berta como responsables en concepto de inductor el primero y de cooperador necesario los dos siguientes en el delito contra la libertad del artículo 163.1 del C.P ya definido, concurriendo la circunstancia modificativa muy cualificada de la responsabilidad criminal consistente en la atenuante del art. 21.6 del C.P , **a la pena, para el primero de un año y seis meses y para los dos siguientes de un año de prisión** y con la de inhabilitación especial para los tres para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena.- Que debemos **condenar y condenamos** a los anteriores a que indemnicen conjunta y solidariamente a Zaida Zulima en la cantidad de 20.000 euros.- Que debemos **condenar y condenamos** a Faustino Urbano y Paulino Urbano como autores de un delito de falsedad en documento oficial ya definido y a Arturo Victorio como inductor, concurriendo la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal muy cualificada consistente en la atenuante del art. 21.6 del Código penal , **a la pena, al primero, de prisión de 1 año y dos meses**, con la de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, la de 2 meses multa con una cuota diaria de 6 euros, quedando sujeto a responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, y la de inhabilitación especial para el empleo o cargo público de miembro de las Fuerzas de Seguridad del Estado por tiempo de nueve meses, **y al segundo la pena de nueve meses de prisión**, con la de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, la de 45 días multas con una cuota diaria de seis euros, quedando sujeta a responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, y la de inhabilitación especial para el empleo o cargo público de miembro de las Fuerzas de Seguridad del Estado por tiempo de seis meses, **y al tercero la pena de seis meses de prisión**, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, la de 14 días multa con una cuota diaria de 10 euros, quedando sujeto a responsabilidad personal en caso de impago, y la de inhabilitación especial para el empleo o cargo público de miembro de los Cuerpos de Seguridad del Estado por tiempo de cinco meses.- Que debemos **condenar y condenamos** a Patricio Victor como autor de un delito del artículo 568 del C. Penal , concurriendo la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal muy cualificada de la atenuante del art. 21.6 del C. Penal , **a la pena de 1 año de prisión** con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio durante el tiempo de condena.- Se decreta el comiso de los explosivos y detonadores intervenidos.- Que debemos **absolver y absolvemos** a Andrea Berta como autora de un delito del artículo 368, párrafo primero de su párrafo primero en relación con el art. 369.1.5, ambos del Código Penal .- Que debemos de **absolver y absolvemos** Patricio Victor Andrea Berta del delito de falsedad en documento oficial del artículo 390.1.4ª del que venían acusados.- Que debemos de **absolver y absolvemos** a Faustino Urbano , Paulino Urbano , Arturo Victorio , Patricio Victor e Andrea Berta del delito de denuncia falsa de que venían acusados.- Que debemos de **absolver y absolvemos** Faustino Urbano y Paulino Urbano del delito de falso testimonio de que venían acusado.- Son de imponer las costas a los condenados antes dichos en nueve de diecinueveavas partes y declarando oficio las costas en diez de diecinueveavas partes.- Para el cumplimiento de la pena se les abona todo el tiempo que hayan estado en prisión provisional por esta causa cualesquiera de los condenados.- Firme la presente devuélvase el



oportuno metálico prestado por la constitución de las respectivas fianzas y en su caso canceléense la misma.- Reclámese al Instructor la pieza de responsabilidad civil tramitada conforme a derecho>> (sic).

Con fecha 11 de abril de 2016, se dictó auto de aclaración de la sentencia cuya parte dispositiva es como sigue: <<ACLARAR la sentencia n° 34/2016, de fecha 28.03.16 en el sentido de hacer constar en el Fallo: en su pronunciamiento 2° "**Que debemos condenar y condenamos a..., Patricio Victor e...**"; en su pronunciamiento 4° "Que debemos condenar y condenamos a... Arturo Victorio ..."; en su pronunciamiento 5° "Que debemos condenar y condenamos a Patricio Victor ..."y en su pronunciamiento 9° "Que debemos de absolver y absolvemos a..., Patricio Victor ..."; manteniendo el resto de los pronunciamientos de la sentencia aclarada>>.

**TERCERO.-** Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley y de precepto constitucional, por las representaciones de Arturo Victorio , Patricio Victor , Faustino Urbano y Paulino Urbano , que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

**CUARTO.-** Las representaciones de los recurrentes alegaron los motivos siguientes: I.- RECURSO DE Arturo Victorio : **PRIMERO.-** Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 852 de la LECrim . en relación con el artículo 5.4 de la LOPJ , por vulneración del artículo 24.2 CE . **SEGUNDO.-** Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 852 de la LECrim . en relación con el artículo 5.4 de la LOPJ . **TERCERO.-** Por infracción de ley, al amparo de lo establecido en el artículo 849.1 de la LECrim . **CUARTO.-** Por infracción de ley, al amparo de lo establecido en el artículo 849.1 de la LECrim . **QUINTO.-** Por infracción de ley, al amparo de lo establecido en el artículo 849.1 de la LECrim . **SEXTO.-** Al amparo de lo establecido en el artículo 849.2 de la LECrim . **SÉPTIMO.-** Al amparo de lo establecido en el artículo 850 y 851.3 de la LECrim . por quebrantamiento de forma al no pronunciarse la sentencia sobre todas las peticiones debatidas por esta defensa. II.- RECURSO DE Patricio Victor : **ÚNICO.-** Al amparo del artículo 849.1 de la LECrim . por entender que dados los hechos declarados probados en la resolución recurrida no puede aplicarse el tipo penal contemplado en el artículo 568 del Código Penal . III.- RECURSO DE Paulino Urbano : **PRIMERO.-** Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la LECrim ., por indebida aplicación del artículo 167 del Código Penal , al no constar en los hechos probados referencias a los elementos subjetivos del tipo penal. **SEGUNDO.-** Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la LECrim ., por indebida inaplicación del artículo 163.4 del Código Penal , al no reflejar la sentencia el momento en el cual el acusado recurrente adquiere conciencia de lo ilícito de su actuación. **TERCERO.-** Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ y artículo 852 de la LECrim ., al entender infringido el artículo 24 de la CE por vulneración de la presunción de inocencia del acusado. IV.- RECURSO DE Faustino Urbano : **PRIMERO.-** Al amparo de los artículos 852 de la LECrim . y 5.4 de la LOPJ , por vulneración del artículo 24.1 y 24.2 de la CE , derecho a la tutela judicial efectiva, derecho a la prueba y a un proceso público con todas las garantías, con aplicación del artículo 11.1 LOPJ , en relación con el artículo 238 y siguientes de la misma ley . **SEGUNDO.-** Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ y artículo 852 de la LECrim ., al entender infringido el artículo 24 de la CE por vulneración del derecho a un proceso público con todas las garantías, el derecho a la intimidad personal ( artículo 18 de la CE ) y el derecho a la privacidad de las conversaciones telefónicas. **TERCERO.-** Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 5.4 LOPJ y artículo 852 de la LECrim ., al entender infringido el artículo 24 de la CE por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del acusado y a la interdicción de la arbitrariedad del artículo 9.3 de la CE . **CUARTO.-** Por infracción de ley al amparo del artículo 849.1 de la LECrim ., por indebida aplicación del artículo 167 del Código Penal . **QUINTO.-** Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la LECrim ., por indebida aplicación del artículo 390.1.4 del Código Penal . **SEXTO.-** Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.2 de la LECrim ., por error en la valoración de las pruebas.

**QUINTO.-** Instruidas las partes de los recursos interpuestos, la Sala admitió los mismos, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo, cuando por turno correspondiera.

**SEXTO.-** Realizado el señalamiento se celebró la deliberación y votación prevenida el día 8 de marzo de 2017.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO DE Faustino Urbano .

**PRIMERO.-** Ha formalizado seis motivos de casación. Los tres primeros por vulneración de derechos fundamentales y los restantes por directa infracción de ley del artículo 849.1 LECrim . y por error en la apreciación de la prueba del punto segundo de este precepto. Por razones lógicas vamos a alterar el orden de exposición de los primeros dando preferencia al examen del segundo que se refiere a la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones ex artículo 18.3 CE solicitando la nulidad de las mismas y consecuentemente ex artículo 11.1 LOPJ las de las pruebas derivadas. A continuación vamos a asociar el



análisis de los motivos primero y tercero por cuanto tienen como denominador común la invocación de los derechos, ex artículo 24.1 y 2 CE , a la tutela judicial efectiva, un proceso público con todas las garantías y sobre todo a la presunción de inocencia, incidiendo fundamentalmente en la prueba indiciaria y su falta de rigor lógico.

**SEGUNDO.-1.** En el motivo de igual orden, como ya hemos señalado, se sostiene la ilegalidad de las pruebas obtenidas a raíz de las intervenciones telefónicas, concretamente los autos dictados por el Juzgado Central de Instrucción de 15/08 y 25/10/2006, que autorizan la intervención, en el primer caso, del teléfono del coacusado Patricio Victor y de la persona que dice haberle entregado la bolsa que contenía los explosivos, y en el segundo del teléfono móvil del hoy recurrente, no suscitándose cuestión alguna en relación con las prórrogas del primero.

En cuanto a éste aduce que el oficio policial es simplemente ampliatorio de otro anterior y no aporta ningún tipo de justificación de la necesidad de la medida ni de los indicios delictivos que la justifican, teniendo en cuenta además que el coacusado era un colaborador policial, aunque admite que se remite al oficio anterior de la Brigada Provincial de Información núm. NUM005 . Por lo que hace al auto de 25/10/2006 objeto que es prospectivo porque además de la tenencia de los explosivos no se dice nada de otros posibles delitos, que infringe los principios de jurisdicción y competencia, legitimidad, especialidad y proporcionalidad.

**2.1.** En relación con el primero de los autos de 15/08/2006 debemos señalar que en el fundamento jurídico segundo la Audiencia se refiere a esta fecha añadiendo "siendo un mero error material la referencia del día 16 de agosto". Pues bien, el oficio ampliatorio al que nos hemos referido más arriba tiene por objeto interesar que las compañías telefónicas faciliten el tráfico de llamadas efectuadas desde los números objeto de las intervenciones, luego la motivación por remisión del auto impugnado se refiere al oficio policial anterior de 15/08/2006 dirigido al Juzgado por la misma Brigada, por ello, admitida por la jurisprudencia en todo caso la motivación por remisión a las razones esgrimidas por la policía, la cuestión se centra en si las mismas contienen datos o indicios suficientes para que la injerencia sea autorizada conforme a la doctrina que reiteradamente ha pronunciado esta Sala y el Tribunal Constitucional (a propósito del artículo 579 previgente LECrim .), hoy derecho positivo regulado en el Título VIII, Capítulo IV, del Libro II LECrim., según la LO 13/2015 de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas, cuyo artículo 588 bis a ) fija los principios rectores y el propio legislador el alcance de los mismos.

En el fundamento de derecho segundo mencionado la Audiencia analiza detalladamente el contenido del oficio policial de 15/02/2006, al que se remite el auto del Juzgado de Instrucción, relacionando que en las diligencias policiales consta la declaración del coacusado acerca de la recepción de la bolsa con los explosivos, la persona que le hizo la propuesta, el lugar donde se encontrarían e incluso el número telefónico para contactar con ella, el dinero que le ofreció, además de las circunstancias y detalles del local donde tuvo lugar la entrevista en Alcorcón, su desplazamiento posterior a Madrid y el regreso a la primera localidad citada; también se relaciona el contenido de la bolsa, el contacto posterior con el coacusado Faustino Urbano y la posterior intervención de la UDYCO, siendo el material explosivo trasladado al Grupo de Desactivación de Explosivos; también se hace constar que el mencionado Patricio Victor autorizó la intervención de su propio teléfono.

De lo anterior se desprende que no es objetable la intervención de los teléfonos ni por innecesaria ni desde luego por ser una medida prospectiva. En relación con esto último la interdicción de las investigaciones prospectivas se relacionan con el principio de especialidad que como establece el artículo 588 bis a).2 "exige, (con carácter general) que una medida esté relacionada con la investigación de un delito concreto", añadiendo "no podrán autorizarse medidas de investigación tecnológica que tengan por objeto prevenir o descubrir delitos o despejar sospechas sin base objetiva". Ello no sucede en el presente caso si tenemos en cuenta que la tenencia del material explosivo constituye un hecho delictivo y que no se trata de un hallazgo casual por el que se dice colaborador policial sino que relata las circunstancias de su posesión por la entrega de un tercero y los hechos que rodean la misma. Por ello no puede tacharse la medida de prospectiva y tampoco de innecesaria aun cuando fuese confidente y amigo del coacusado Faustino Urbano a la vista de las secuencias señaladas en el propio oficio policial y admitidas por el primero.

El auto de 25/10/2006 responde a la petición del oficio policial del día anterior, constante la investigación policial y vigentes las escuchas autorizadas en el auto del mes de agosto. Se ocupa de ello la Audiencia en el fundamento tercero donde explica, siguiendo el hilo de la investigación y las vigilancias realizadas en torno a la persona de Patricio Victor , que "en conversación telefónica entre la mujer del investigado y el teléfono perteneciente a Faustino Urbano se tiene conocimiento de que iban a mantener una cita el día 05/10/2006 a la una en la zona de la carretera de la Fortuna de Leganés ....."; establecido un dispositivo de vigilancia se observa que Patricio Victor y su esposa (la coacusada Andrea Berta , que ha consentido la sentencia) se reúnen en Leganés con dos personas (el recurrente y su mujer) "y todas ellas se dirigen a Móstoles ..... donde



se encuentra una sucursal del Banco Bilbao Vizcaya, habiéndosele unido al grupo la persona de Arturo Victorio (Gestor) teniendo la gestoría el domicilio social en Móstoles .....", "existiendo indicios de que la visita al Banco puede tener relación con los hechos investigados ya que es al policía Faustino Urbano a quien entregó los explosivos ..... y teniendo en cuenta los listados de llamadas ..... se ha podido comprobar que durante el día 14 de agosto y la madrugada del 15 de agosto se producen varias llamadas entre el teléfono utilizado por Andrea Berta ..... y el teléfono ..... utilizado por Faustino Urbano " (sic) ; además a través de la intervención del teléfono de Patricio Victor , llamadas realizadas el día 18 y 19 de octubre "se observa que Patricio Victor ha quedado en reunirse con el policía Faustino Urbano en las inmediaciones de un portal de Móstoles; que posteriormente se sabe que Patricio Victor se encuentra en la localidad junto con otra persona esperando en un bar y que van intercambiando diferente llamadas con el policía, quien le va dando ciertas indicaciones, y de las que se deduce que están esperando a que una persona salga de un portal, posteriormente en llamada de Andrea Berta y Patricio Victor con familiares dicen en varias ocasiones que están más tranquilos y que todo ha salido muy bien, que han solucionado unos problemas que tenían que solucionar desde hace tiempo y lo han solucionado así.- También se indica que por gestiones practicadas se sabe que el día 19 de octubre en atestado n° NUM006 de la Comisaría de Móstoles se plasma la detención de la ciudadana rusa Zaida Zulima por un delito contra la salud pública al serle intervenida 950 gramos de lo que puede ser cocaína; la detención de esa persona a la que es intervenida una bolsa con esa sustancia es realizada por Faustino Urbano y otro funcionario del C.N.P y se produce en la vía pública en concreto en las Calles Pintor Velázquez con Goya de esa localidad, tras observar que la ciudadana rusa se encontraba en un semáforo intentando realizar un intercambio de droga por dinero; la otra persona es otra mujer que al parecer huye del lugar y es seguida por el policía Faustino Urbano quien posteriormente la pierde sin alcanzarle.- También se relaciona en el oficio que se ha sabido que la ciudadana rusa fue detenida cuando se encontraba en la calle tras salir del domicilio de sus suegros donde también viven su dos hijos a cargo de aquéllos ya que ella reside en Granada; que ésta declara que cuando se encontraba en la calle se le acercó una mujer de unos 30 años, de 1,65 a 1,70 de altura, con pelo rubio rizado con coleta, quien le pregunta si la recuerda y posteriormente le tira al lado una bolsa y sale corriendo a la vez que en ese momento es detenida por la policía.- Se menciona también que la descripción dada por la rusa puede coincidir con la de Rafaela Guillerma (debe decir Andrea Berta ) y que por gestiones realizada se ha sabido que el ex-suegro de la citada ciudadana rusa es Arturo Victorio , antes citado, por ser la persona que acude al banco BBVA de Móstoles en compañía de Patricio Victor , Andrea Berta , el policía Faustino Urbano y la mujer de éste.- Concluye el oficio que se solicita que se proceda a extender las intervenciones telefónicas hasta ahora solicitadas en esta causa a los delitos de falsedad documental, contra la salud pública, acusación y denuncia falsa, omisión de obligación de perseguir delitos y detención ilegal", lo que se lleva a efecto por el Juzgado en el auto correspondiente.

Nos hemos extendido por remisión al contenido del oficio policial, recogido por la Audiencia en el fundamento de derecho tercero, al objeto de poner en evidencia la falta de fundamento de los argumentos esgrimidos por el recurrente sobre la ausencia de justificación de la interceptación de su teléfono. Ante todo señalar que los datos o indicios reflejados en el mismo son consecuencia del resultado de las conversaciones telefónicas y las vigilancias desplegadas por la policía en el curso de la investigación que tiene su origen en la entrega de los explosivos, de forma que se trata de hechos comprobables objetivamente por terceros fuera del ámbito policial de la investigación, es decir, no se trata de meras sospechas, conjeturas sino de elementos objetivos que permiten revisar la interrelación entre los mismos y la conclusión policial acerca de la posible comisión de otros delitos, como así se solicita al Juzgado con el fin de seguir la investigación comprendiendo los mismos, lo que es conforme con el procedimiento a seguir cuando siendo investigado un delito concreto, tenencia de explosivos en este caso, se descubren otros hechos indiciarios que justifican una investigación añadida sobre los mismos por constituir posiblemente hechos delictivos distintos, por lo que el principio de especialidad se respeta porque la investigación ya no es prospectiva. En el caso se obró correctamente por la policía y por el Juzgado cuando autoriza la investigación de los nuevos hechos. Por lo tanto este argumento empleado en el desarrollo del motivo carece de fundamento. De la misma forma que los esgrimidos en relación con la jurisdicción y competencia, con independencia de que las cuestiones de competencia horizontal, igual que las de reparto o división de las diligencias, no suponen vulneración de ningún derecho fundamental carece de razón procesal plantearlo en el caso. Además la propia Audiencia justifica correctamente la investigación por el Juzgado Central antes de la inhibición de la causa invocando los artículos 25 y 759, ambos LECrim ..

Tampoco se han violentado los principios de excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida conforme a los apartados 4 y 5 del artículo 588 bis a) LECrim . No se alcanza fuera de la indagación telefónica otra línea de investigación lícita y en cuanto a la proporcionalidad está justificado el sacrificio de los derechos e intereses afectados por cuanto en el caso es prevalente el interés basado en la gravedad del hecho, además de la intensidad de los indicios existentes y la relevancia del resultado perseguido con la restricción del derecho, pues se trata de un posible delito de detención ilegal llevado a cabo por funcionarios policiales escenificando una transacción de casi un kilo de cocaína con el objeto de justificar aquélla.



Por lo tanto el motivo se desestima.

**TERCERO.-1.** Los motivos primero y tercero, convergen en la denuncia de la vulneración de la presunción de inocencia del acusado por cuanto la condena se ha basado en meros indicios que carecen de virtualidad suficiente para destruir la misma, añadiendo que los razonamientos de la Audiencia son ilógicos y no han respetado la mínima motivación de las sentencias prevista en nuestro ordenamiento. Hace especial mención a la nulidad de las intervenciones telefónicas (cuestión que ya ha sido resuelta) y de otros indicios valorados por la Audiencia, especialmente el de las vicisitudes de la empresa constituida por el recurrente y los hechos y personas que intervienen en la visita al Banco Bilbao Vizcaya el 05/10/2006, así como la justificación de su presencia en el lugar de los hechos el 19/10/2006.

**2.** Desde luego debemos descartar que se haya vulnerado el derecho a la tutela judicial del recurrente por cuanto la sentencia dedica el amplio fundamento octavo a esta cuestión, por lo que se podrá discrepar de la motivación pero no acusar su ausencia.

Debemos recordar a este respecto, como expone la STS 324/2016 "que la Constitución no obliga al Tribunal a efectuar una exhaustiva descripción del proceso intelectual que le lleva a resolver en un determinado sentido, ni impone un concreto alcance o intensidad en el razonamiento empleado. Basta con que la motivación cumpla la doble finalidad de exteriorizar, de un lado, el fundamento de la decisión adoptada, haciendo explícito que ésta responde a una determinada interpretación y aplicación del derecho, y de permitir, de otro, su eventual control jurisdiccional dentro del sistema de recursos, sin que sea necesario el análisis pormenorizado de los elementos integrantes del delito aplicado ( SSTC 150/1988 , f.3, 191/1989, f.3 , o 191/1992 f.2)". La Audiencia analiza en el fundamento mencionado, con detalle, la prueba de cargo consistente sustancialmente en la declaración de la detenida, los testigos policías, director del Banco y los datos obtenidos a partir de las conversaciones telefónicas e igualmente explica la interrelación de los indicios que maneja y responde a los contraargumentos y razones de descargo de la defensa.

Sin embargo, la prueba de cargo que en el presente caso enerva la presunción de inocencia del recurrente está basada esencialmente en prueba directa como es la declaración de la testigo sujeto pasivo de la detención ilegal que mantiene su declaración durante toda la causa y además señala la Audiencia "vino en reconocer sin ningún género de dudas en el marco de las diligencias seguidas originalmente en el Juzgado Central de Instrucción número 6 a la encartada Andrea Berta como la persona que el día y en (el) lugar de los hechos es quien le lanza la bolsa .... ", declaración que directamente incrimina al ahora recurrente. Por ello los indicios manejados por la Audiencia no hacen otra cosa que corroborar lo ya declarado por la testigo de cargo.

Dichos indicios, que serían los hechos extraprocesales, no pueden ser desagregados como pretende el recurrente y en su conjunto no tienen otra explicación lógica y racional que aquélla a la que llega la Audiencia pues los contraargumentos esgrimidos en el recurso carecen de suficiente verosimilitud. En relación con la sociedad constituida por el recurrente y administrada por su confidente, sociedad anónima carente de cualquier actividad, de cuya constitución se ocupó el coacusado Arturo Victorio , presente también en la reunión del 05/10/2006 en el BBVA, porque el argumento central relativo a las extracciones y traspasos de dinero a cuentas de la titularidad del acusado no justifica los ingresos en efectivo que según el testigo director del Banco se hicieron en la cuenta de la sociedad en el mes de mayo anterior, luego como no se ha justificado su origen el resultado es que su reintegro para cancelar una cuenta de crédito no puede dar cobertura a la alegación del recurrente. De la misma forma que pretender justificar en el juicio oral su presencia el día de los hechos en el lugar próximo al domicilio del coacusado Arturo Victorio , en una hipotética investigación de tráfico de drogas, es inverosímil y contradice abiertamente los hechos objetivos plasmados en la sentencia cuales son el contenido de diversas conversaciones entre Faustino Urbano , Patricio Victor e Andrea Berta relativas a "lo de la rusa" o al aviso de que la detenida salía del domicilio de su suegro, hechos introducidos en el plenario por la declaración de los agentes policiales que siguieron el curso de las conversaciones telefónicas interceptadas, aparte del reconocimiento de Andrea Berta por aquélla como la mujer que arrojó la bolsa que contenía la cocaína.

En relación con la prueba indiciaria, de la que nos ocuparemos con más detalle después, con independencia que en este caso los indicios se valoran como corroboradores de la prueba directa, debemos señalar que lo que sí justifican, adelantándonos a la respuesta que daremos a otros recursos, es la existencia del pacto o acuerdo previo entre los confidentes, el coacusado Arturo Victorio y el propio recurrente, pero ello no excluye el fundamento probatorio de la autoría de éste del delito de detención ilegal con independencia del acuerdo señalado.

Ambos motivos por lo tanto deben ser rechazados.

**CUARTO.-1.** El del mismo orden del recurso ex artículo 849.1 LECrim . denuncia la aplicación indebida del artículo 167 CP . Alega en su extracto que la sentencia debe revocarse "dado que de los datos y circunstancias



recogidos en el texto de la misma así como de la prueba practicada y llevada al acto de plenario (en el) caso no concurren los requisitos que se contemplan en el artículo 167 CP ". Tras exponer los elementos para aplicar el tipo de detención ilegal del artículo citado, subraya que "al tratarse de un delito doloso forzosamente habrá de concurrir el dolo que exige que el sujeto activo de la infracción obre con el conocimiento de que concurren los correspondientes elementos objetivos de la infracción penal siendo posible el llamado dolo eventual", sosteniendo que el dolo está ausente en el caso por cuanto la conducta desplegada por el acusado "discurrió en parámetros racionales de una detención legal al apreciarse en plena vía pública toda la apariencia de una operación de tráfico de estupefacientes".

**2.** Siendo un motivo por infracción de ley ex artículo 884.3 LECrim . no es posible sustituir los hechos probados por el propio relato de parte pues aquéllos son intangibles.

Esto es lo que sucede en el presente caso, pues frente a la realidad de los hechos probados el recurso sostiene que el acusado era ajeno a los mismos y advirtió una apariencia del hecho delictivo que determinó su actuación. En el "factum" se afirma textualmente: "Posteriormente Arturo Victorio , mayor de edad sin antecedente penales, se vino en concertar con Faustino Urbano y a través de éste con Patricio Victor e Andrea Berta con el fin de facilitar que el primero obtuviera la custodia de sus nietos menores de edad que convivían con él a tal momento y eran fruto del matrimonio entre su hijo y la ciudadana rusa Zaida Zulima a la que mostraba desafecto por entender que su hijo estaba en prisión por razón de un delito contra la salud pública que traía causa de la conducta de aquélla y para ello vinieron en ejecutar los siguientes hechos a los que (en) un momento dado se sumó Paulino Urbano .....: El día 19 de octubre del 2006, sobre las 21,30 horas, Zaida Zulima salió del domicilio de su suegro sito en la C/ DIRECCION000 del término municipal de Móstoles, donde había acudido a visitar a sus hijos de ella y que estaban bajo el cuidado de los abuelos; acto seguido Arturo Victorio da aviso telefónico de la salida de la anterior de su domicilio a Faustino Urbano , estando a (en) ese momento franco de servicio, para a continuación éste hacerlo saber a Patricio Victor quien a su vez se lo hace saber a Andrea Berta , estando ambos a la espera en las inmediaciones. En esto, encontrándose Zaida Zulima a escasos metros del portal del anterior dicho inmueble, Andrea Berta se hace la encontradiza con la primera y trata de entregarla, arrojándosela, una bolsa que contenía en su interior una sustancia con un peso de 950 gramos que resultó ser cocaína con un pureza del 34% cuyo valor en el mercado ilícito es de 68.921,76 euros; en tal momento intervienen Faustino Urbano y Paulino Urbano , también franco de servicio a ese momento, quien procede a detener a Zaida Zulima en tanto Faustino Urbano sale a la carrera detrás de Andrea Berta que conforme a lo ideado había echado a correr para regresar después sin ella".

El relato es tan nítido que permite integrar el elemento subjetivo del dolo en la conducta del recurrente sin mayor esfuerzo argumentativo. Es cierto que el delito de detención ilegal admite solo exclusivamente su comisión dolosa, es decir, la conciencia y voluntad del sujeto activo de privación de libertad de una persona con independencia de cual sea el móvil o la intención ulterior. Además, cuando se trata del tipo del artículo 167, detención ilegal llevada a cabo por autoridad o funcionario público, debe concurrir el elemento normativo de que la detención se lleve a cabo fuera de los casos permitidos por la ley y sin mediar causa por delito, lo cual hace que este precepto sea una norma penal en blanco (remitiéndose a los artículos 492 y siguientes LECrim .). El delito aplicado, frente a la detención del 530 CP, supone en consecuencia la existencia de una detención ilegal en cuanto al fondo, es decir, la misma no cabe en ningún caso estando siempre fuera de la ley. El dolo por lo tanto tiene que abarcar la conciencia del sujeto activo de actuar de esta forma. Por otra parte, tratándose el mismo de un funcionario en quien concurre la expresa facultad de practicar detenciones en el ámbito de sus competencias, al tratarse de un delito especial impropio solo puede ser cometido por sujeto activo en el que concorra esta competencia, no puede dudarse de su conocimiento de los requisitos normativos señalados. En el presente caso el dolo del agente consiste precisamente en privar de libertad a la detenida provocando él mismo una situación de apariencia de la concurrencia de un supuesto legal de detención.

El motivo por lo tanto debe ser desestimado.

**QUINTO.-1.** El siguiente motivo, también por infracción de ley, se articula por indebida aplicación del artículo 390.1.4 CP . Como en el caso anterior aduce que no concurre el elemento subjetivo consistente en el dolo falsario de la conciencia y voluntad del agente de transmutar la verdad, aduciendo que "en la comisaría contó los hechos tal y como habían sucedido realmente", versión que fue corroborada por su compañero coacusado presente en el acto de la detención.

**2.** También el desarrollo del motivo se enfrenta al hecho probado. En éste, a continuación de lo acotado en el fundamento anterior en relación con la detención ilegal, se afirma "..... Tras ello la presentan como detenida en la Comisaría de Móstoles manifestando en su comparecencia que originó el atestado policial n° NUM002 lo siguiente: Que comparecen para dar cuenta de los hechos ocurridos a las 21,30 horas del días 19 del 10 del 2006 en la vía pública urbana, calle Velázquez esquina con paseo de Goya de Móstoles, y que se detallan a continuación: Que en la fecha y hora indicadas en la presente los comparecientes iban caminando por el





citado lugar en dirección hacia esta Comisaría para prestar servicio en la misma en el turno de noche que tienen asignado y cuando se encontraban esperando en un semáforo para cruzar por el paso de cebra han observado en la acera de enfrente a dos mujeres con rasgos de Europa del Este que se encontraban hablando entre ellas. Que así mismo, observan como una de las dichas mujeres se introduce una mano en el bolsillo de su anorak y saca un gran fajo de billetes haciendo gesto de ofrecérselo a la presentada como detenida la cual portaba en la mano derecha una bolsa de papel marrón. Que los actuantes ante la sospecha de que pudiera tratarse de una posible transacción de sustancia estupefaciente proceden a acercarse a ellas identificándose como agentes de policías mostrándoles las correspondientes placas insignia y carnet profesionales. Que en ese momento, la mujer que portaba el fajo de billetes, al percatarse de la presencia policial, emprende la huida a la carrera siendo perseguida por el agente con número de carnet profesional NUM000 (el recurrente) que tras una larga persecución la pierde de vista. Que la mujer que portaba la bolsa al percatarse de la presencia policial lanza la dicha bolsa detrás de unos setos próximos al tiempo que hace ademán (de) emprender la huida pero es sujeta por el agente con número de carnet profesional NUM001 (correcurrente) que la retiene en el lugar ante la resistencia ofrecida en todo momento por ésta para zafarse y escapar; que el agente con número de carnet profesional NUM000 e (hace) una inspección ocular detrás de los setos donde la presentada había lanzado la bolsa de plástico de color blanco y granate con la inscripción "Gabol" conteniendo ésta a su vez en el paquete rectangular envuelto con papel adhesivo marrón que contiene sustancia blanca al parecer cocaína, de todo lo cual hacen entrega en la presente; que al preguntar los actuantes a la presentada sobre la procedencia de dicho paquete, ésta, mostraba una actitud extremadamente nerviosa, trabándose al hablar, así como realizando multitud de movimientos incontrolados con los brazos, les manifiesta que la bolsa no es de su propiedad y que no conoce de nada a la mujer que se había dado a la fuga al llegar ellos; que por todo lo anterior, los actuantes proceden a informar a la presentada de las razones de su detención así como de los derechos que le asisten como detenida, conforme al artículo 520 de la L.E.Cri .....", añadiendo "in fine": "Tal atestado causó a su vez el procedimiento penal Diligencias Previas nº 2684/2006 que vino en incoar el Juzgado de Instrucción nº 4 de Móstoles en el cual se dictó auto de fecha 20 del 10 del 2006 acordando la prisión provisional de Zaida Zulima y estando en tal situación hasta que por auto de fecha 21 del 11 del 2006 se acordó su libertad provisional; tales diligencias vinieron en ser archivadas por auto de fecha 9 del 8 del 2007 que acordó el sobreseimiento provisional de las actuaciones".

Lo relatado, indisociable de lo anterior, no permite llegar a otra conclusión que la conciencia y voluntad de transmutar la verdad porque no otra cosa significa ocultar la escenificación de los hechos preparada por el ahora recurrente y los acusados mencionados más arriba, luego el elemento subjetivo del delito fluye naturalmente de lo anterior. Se trata de un supuesto de autoría mediata previsto en el artículo 28, párrafo primero CP, cuando declara autores no solo a quienes realicen el hecho por sí solos o conjuntamente sino también al que lo realiza por medio de otro del que se sirve como instrumento. Teniendo en cuenta su condición de funcionario, como tal comparece en la comisaría ante el instructor del atestado, se invierten los papeles de forma que el que aparece como autor material del atestado realiza una conducta atípica por falta de concurrencia del tipo objetivo consecuencia del engaño de que es objeto y es el hombre de atrás, autor mediato, el que se convierte en verdadero ejecutor del hecho delictivo.

En relación con la calificación de estos hechos el Ministerio Fiscal en sus conclusiones definitivas había apreciado un delito de denuncia falsa del artículo 456 CP en concurso ideal ex artículo 77.1 con el delito de falsedad de documento oficial del artículo 390.1.4 CP, considerando como responsables del mismo en concepto de autores a los agentes comparecientes que intervinieron en la detención ilegal. Esta calificación de la acusación pública era correcta como en principio parece admitir la sentencia en el fundamento decimocuarto, citando precisamente nuestra jurisprudencia. Sin embargo la desestima, invocando la sentencia de 23 de marzo de 2005 del Tribunal Supremo ( STS 415/2005 ), por entender que se infringe el principio "non bis in idem" si los hechos se califican como detención ilegal y acusación y denuncia falsa "en la medida que la falsa imputación de un hecho es doblemente valorada como presupuesto de la acusación y la denuncia como presupuesto de la detención ilegal, vulneración que no se produce en el delito de falsedad documental". Sin embargo, este argumento no puede ser compartido por cuanto los hechos subsumibles en la detención ilegal, por una parte, y los que lo son en la acusación o denuncia falsa, por otra, además de ser sucesivos, tienen un asiento fáctico distinto pues una cosa es la acción naturalística consistente en la detención ilegal, que no exige móvil o intención alguna independiente de la privación de libertad, y otra distinta la constituida por la declaración de voluntad dirigida a falsear la verdad ante un funcionario público, por lo que el apoyo fáctico de uno y otro tipo es diferente, como lo es el bien jurídico de cada uno de los delitos cuya superposición de hecho se aduce, la libertad en el primero y el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia como valor abstracto y supraindividual, preservando los riesgos que comporta el falso testimonio y las posibles desviaciones de las decisiones judiciales en el segundo (ver SSTS 327/2014, fundamento séptimo, o 901/2016, fundamento segundo 2.1 ).



Tampoco la STS 415/2005 es exactamente aplicable al presente caso. En la misma (fundamento tercero) se afirma que <<la calificación de los hechos en la detención ilegal y en la acusación y denuncia falsa, puede ser vulneradora del principio "non bis in idem", en la medida en que la falsa imputación de un hecho es doblemente valorada como presupuesto de la acusación y denuncia falsa y como presupuesto de la detención ilegal>>. Pero en el presente caso sucede que la detención ilegal se antepone a la acusación y denuncia falsa y no es consecuencia de ésta como en el caso de la sentencia citada.

Igualmente el Ministerio Fiscal había calificado los hechos como constitutivos de un delito de falso testimonio del artículo 358 CP, reputando también como responsables en concepto de autores a los dos policías. Tampoco ha recurrido la absolución por este delito. Sin embargo la jurisprudencia consolidada más reciente, STS 901/2016, fundamento y apartado señalado más arriba, explica a propósito del alcance de los sintagmas causa judicial o causa criminal empleados por el legislador en el artículo 458 CP que <<es cierto que se ha mantenido minoritariamente que solo podría cometerse en la fase de juicio oral que es donde se practican las verdaderas pruebas del proceso, mientras que en la de instrucción lo es la investigación, excepto en aquellos casos en los que se lleve a cabo prueba anticipada o preconstituida, pero es más conforme con el bien jurídico protegido por este delito, -que mayoritariamente se considera el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia como valor abstracto y supraindividual, preservando los riesgos que comporta el falso testimonio y las posibles desviaciones de las decisiones judiciales- (ver STS 327/2014, fundamento séptimo), que es un tipo de peligro abstracto bastando para su consumación que la falsedad potencialmente pueda incidir en aquéllas y por ello el legislador fija el ámbito procesal de su posible comisión en la causa judicial o criminal comprensiva de ambas fases procesales. También en la de investigación o instrucción es necesario preservar el bien jurídico mencionado, y no solo en los casos de prueba preconstituida o anticipada, porque en dicha fase de la causa judicial no solo se constatan hechos o manifestaciones que pueden determinar el curso de la misma globalmente considerada sino que se adoptan por el Juez resoluciones que afectan directamente a los derechos de las personas como puede ser el de la libertad o los patrimoniales. Por ello la jurisprudencia se ha ocupado de definir el alcance de causa judicial o causa criminal sin olvidar, como no puede ser de otra forma, el artículo 715 LECrim. y la necesidad de entenderlo armónicamente en relación con el artículo 458 CP. De este modo, siguiendo el precepto procesal, cuando el autor ha declarado falsamente en la fase de instrucción y en el juicio oral sobre los mismos hechos, "solo habrá lugar a mandar proceder contra ellos (los testigos) como presuntos autores del delito de falso testimonio cuando éste se ha dado en dicho juicio"; sin embargo el párrafo segundo prevé expresamente que fuera del caso previsto en el anterior, es decir, cuando el testigo haya declarado solamente en el sumario, "podrá exigirse a los testigos la responsabilidad en que incurran, con arreglo a las disposiciones del Código Penal", y estas no son otras que las contenidas en los artículos 458 a 466 del mismo>>.

Cuestión distinta es la relación entre los delitos de acusación y denuncia falsas y falso testimonio cuando concurren sucesivamente. Hemos señalado, sentencia mencionada más arriba, que cuando se produce este hecho procesal, primero el de acusación o denuncia falsas y después el de falso testimonio <<En realidad se trata de un caso de progresión delictiva, presidido por el mismo dolo del sujeto que debe dar lugar a la calificación conforme al delito que sanciona más gravemente la conducta desplegada por el mismo, que es el falso testimonio previsto en el artículo 458.2 CP, primer inciso, darse en contra del reo en causa criminal por delito. La solución es equivalente a la de un concurso de normas ( artículo 8.4 CP )>>.

En todo caso el motivo debe ser desestimado.

**SEXTO.-1.** Se formaliza un último motivo de casación ex artículo 849.2 LECrim., por error en la apreciación de la prueba, designando en su extracto una relación de hasta veintidós documentos con remisión a los tomos y folios correspondientes. A partir del contenido de los mismos se refiere a cada uno de ellos para enfrentar su valoración a la realizada por el Tribunal de instancia, haciendo especial hincapié en el documento consistente en la diligencia de cotejo para denunciar determinadas irregularidades.

En rigor este motivo es continuación del primero y el segundo que hemos analizado conjuntamente en relación con la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, puesto que lo impugnado realmente es la valoración del material probatorio llevada a cabo por la Audiencia, es decir, no un error casacional sino vulgar u ordinario. El recurrente no tiene razón en la medida que no se acoge al rigor casacional del artículo 849.2 LECrim. por una doble razón. Formalmente porque es necesario para el éxito del motivo la designación de los particulares del documento casacional del que deriva directamente el error de hecho de que se trate y consiguientemente debe señalar la modificación, supresión o adición al "factum" consecuencia de lo anterior. Materialmente porque los documentos designados carecen de la naturaleza casacional requerida, es decir, tratarse de verdaderos documentos, y no de declaraciones documentadas o informes policiales, que sean literosuficientes y por sí solos, sin mayores argumentaciones, determinen la alteración del hecho probado, debiendo añadirse además que su contenido no debe ser contradicho por otras pruebas que haya tenido en



cuenta el Tribunal de instancia y, por último, que tengan la trascendencia suficiente para alterar el sentido del fallo.

Pues bien, los veintidós documentos designados carecen de la naturaleza casacional mencionada. Una parte de los mismos, por cuanto se trata de los oficios policiales en relación con la solicitud de autorización de las intervenciones telefónicas, cuestión además que ya ha sido analizada al responder al motivo segundo. Existe otra serie de informes policiales, como los que tienen relación con los móviles espurios de las escuchas solicitadas o los que provienen de la Unidad de Asuntos Internos, que igualmente son ajenos a la naturaleza casacional exigida pues en rigor no se trata de documentos sino de informes o pareceres policiales derivados de investigaciones internas. Tampoco las declaraciones de la principal testigo de cargo son documentos literosuficientes, igual que las actas de reconocimiento, como hemos expuesto en infinidad de ocasiones. En cuanto a las irregularidades de la diligencia de cotejo, además de lo que diremos al examinar el recurso del coacusado Arturo Victorio , debemos señalar que si de lo que se trata es de denunciar la indefensión que le ha producido al recurrente la falta de su transcripción exacta esta no es la vía casacional adecuada para denunciarlas.

Por todo ello el motivo no es acogible.

RECURSO DE Arturo Victorio .

**SÉPTIMO.-1.** El primer motivo ex artículos 852 LECrim . y 54 LOPJ denuncia la infracción del artículo 24.2 CE porque la sentencia ha vulnerado los derechos a la tutela judicial efectiva, presunción de inocencia y derecho a un proceso público con todas las garantías, por falta de prueba de cargo, considerando insuficiente la indiciaria para destruir la presunción de inocencia. Por lo tanto el motivo se centra en la vulneración de este último derecho. En síntesis sostiene en su desarrollo que la conclusión del Tribunal de instancia sobre la participación del acusado en los delitos por los que ha sido condenado se basa en elucubraciones, conjeturas o sospechas "sin apoyo en hechos acreditados en prueba directa", para a continuación extenderse en su propia valoración acerca de las pruebas que han servido de base al Tribunal para sentar como demostrados los hechos sobre los que ha construido la certeza del hecho presunto: las declaraciones de la testigo de cargo, es decir, de la detenida, la de los agentes policiales, todas ellas en el plenario, que siguieron el curso de las conversaciones telefónicas, de los que protagonizaron las vigilancias de los demás coacusados, el director del BBVA, incluso citando la sentencia de 26/05/2009 de la Audiencia Provincial que absolvió del delito de revelación de secretos a los policías (lo que es irrelevante).

**2.1.** Efectivamente en el caso la prueba de cargo que sustenta la condena del ahora recurrente es indiciaria en la medida que el hecho sustancial para su incriminación no es otro que el acuerdo del mismo con los policías coacusados y la pareja de confidentes de uno de ellos, de forma que el desarrollo de los hechos delictivos es consecuencia de un concierto y planeamiento conjunto.

En relación con la prueba indiciaria, la jurisprudencia ha señalado ( SSTS 800 , 901 y 942/2016 , 44/2017 ) que <<Como se afirma en la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7/01, -que deroga, entre otros artículos del CC, los de la Sección Sexta, Capítulo V, Título I, "De las presunciones" (artículos 1249 a 1253 )- las presunciones llamadas "de hombre" o "vulgares" por contraposición a las legales, constituyen un "método de fijar la certeza de ciertos hechos" y no un medio de prueba en sí mismo, es decir, comportan la actividad intelectual del Juez ordenada al análisis, valoración y explicación de la prueba, de forma que su eficacia es independiente incluso de su reconocimiento legal o jurisprudencial y por ello no puede estar sujeta a norma alguna. Actividad que debe desplegarse no solo cuando se trate de valorar la denominada prueba indiciaria sino igualmente los medios de prueba directos (documentos, reconocimiento judicial) o indirectos por la interposición entre el objeto y el juzgador de un medio de prueba como puede ser el testigo o el perito, no bastando por ello en ningún caso la mera alusión a la apreciación en conciencia o conjunta de la prueba practicada. Pues bien, a partir de las viejas presunciones reguladas en el Código Civil, especialmente los previgentes artículos 1249 y 1253 , acogidas en el vigente artículo 386 LEC , tanto la jurisprudencia Constitucional como la del Tribunal Supremo ha fijado y actualizado los criterios a seguir en el proceso penal, más exigentes en general que en el civil, para aceptar las mismas a la hora de desvirtuar la presunción de inocencia, estableciendo las tres condiciones básicas para ello: la afirmación del hecho básico o cierto mediante los medios de prueba admisibles, no admitiéndose mayoritariamente las presunciones, aunque no hay norma que lo impida, en el proceso penal, que pueden ser plurales o único, según el caso concreto, es decir, el hecho demostrado; el que se trate de deducir o hecho presunto, que debe ser distinto de los primeros; y el enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano entre ambos que debe plasmar el Tribunal mediante el adecuado razonamiento en la sentencia, explicando su conexión o congruencia, pues los hechos en la realidad extraprocesal no se presentan aislados sino relacionados entre sí, conforme a las reglas de la lógica o de la sana crítica, las máximas de experiencia común, pues la técnica debe ser aportada por el medio pericial, y los conocimientos científicos notorios, estando todo ello sujeto desde luego al control casacional



cuando se denuncia la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia>>. Además, debemos añadir que casacionalmente lo contrario a la congruencia es la arbitrariedad o falta de lógica del discurso del Tribunal y no la propuesta de una hipótesis diferente que no lo contradiga objetivamente o aporte una alternativa que suscite una duda razonable y fundada en los jueces de instancia.

**2.2.** En el presente caso los hechos demostrados sí han sido fijados merced a una prueba directa cual es la declaración en el plenario de los testigos relacionados por la Audiencia a partir del fundamento octavo (página 20 de la sentencia) donde pasa revista y valora lo declarado por la detenida y especialmente por los agentes policiales que declaran sobre el contenido de las conversaciones que tienen lugar los días 18 y 19 de octubre, conversaciones que además fueron objeto de audición en el acto del juicio oral, cuya transcripción reproduce la sentencia, para concluir en la evidencia del concierto "entre el encartado Faustino Urbano y su confidente Patricio Victor y la esposa de éste Andrea Berta en orden a conseguir la detención de aquélla ( Zaida Zulima ) mediante la simulación de una situación propicia para confundir a terceros ajenos a una percepción inmediata de lo ocurrido". También ha tenido en cuenta la declaración del agente NUM007 en relación con una conversación mantenida el día 14 entre los coacusados Faustino Urbano y Andrea Berta donde el primero pregunta a la segunda si está en condiciones "de hacer lo de la rusa .... y a continuación le dice si es así, llamas al abogado, que me llame a mí y se prepara todo". También en el juicio oral tuvo lugar la audición de la intervención telefónica correspondiente al número de teléfono NUM008 del día 27/10 de 2006 que tiene lugar entre el ahora recurrente y Faustino Urbano . Los hechos que tienen lugar el 22 de mayo en el BBVA, a los que ya nos hemos referido, con la presencia del acusado y su intervención en la constitución de la sociedad anónima de Faustino Urbano , debiendo dar por reproducidos los argumentos expuestos en el fundamento jurídico tercero.2 cuando hemos tratado los motivos primero y segundo de aquél. La prueba que sustenta la pluralidad de hechos demostrados o extraprocesales está constituida como hemos visto por la testifical y el contenido de las conversaciones telefónicas reproducidas en el acto del juicio oral y por ello percibidas todas ellas directamente por el Tribunal de instancia, lo cual determina que esta Sala de Casación, ajena a dicha intermediación, no pueda hacer una revaloración de su contenido aunque sí revisar la estructura lógica del razonamiento que ha llevado a la Audiencia de los hechos demostrados al presunto, es decir, a la participación del ahora recurrente en los delitos por los que ha sido condenado. Los indicios manejados son plurales y significativos y sobre todo congruentes sin que quepa tacharlos de arbitrarios o ilógicos. No se advierte ni se pone de relieve en el recurso una alternativa razonable que explique el sentido de los hechos demostrados o más exactamente una conclusión contraria a la del Tribunal basada en datos objetivos o contradictorios con la misma.

Por lo tanto el motivo debe ser desestimado.

**OCTAVO.-1.** Bajo el mismo amparo que el anterior formaliza el segundo motivo de casación por violación de derecho al secreto de las comunicaciones ex artículo 18.3 CE , en relación con el derecho a un proceso con todas las garantías del artículo 24.2 de la misma, en su manifestación del derecho a no ser condenado en base a pruebas nulas. Concretamente denuncia la falta de control judicial de las escuchas practicadas, ruptura de la cadena de custodia, falta de integridad y autenticidad de los soportes electrónicos del sistema SITEL y nulidad de los autos que decretan las intervenciones telefónicas y sus prórrogas.

**2.** En relación con esta última objeción nos remitimos a la respuesta dada al motivo segundo del recurso del coacusado Faustino Urbano en el fundamento jurídico segundo precedente.

También aduce la falta de integridad y autenticidad del sistema SITEL, poniendo en cuestión la autenticidad e integridad de los soportes de las conversaciones aportadas al Juzgado y por lo tanto de su validez como prueba de cargo, sin señalar las concretas deficiencias o irregularidades advertidas en el caso concreto que justifiquen lo anterior. Como ha señalado la jurisprudencia, tomando como referencia la STS 492/2016 , <<la grabación ejecutada mediante el sistema SITEL, por definición, carece de soporte original, en la medida en que las conversaciones se registran en un ordenador central del que se extraen las sucesivas copias. De donde, las características técnicas del disco sobre el que se vuelcan los datos no es el dato relevante, sino las garantías del sellado que acompaña a los soportes que son ofrecidos a la autoridad judicial ( STS 636/2012, de 13 de julio ). La STS 138/2015 , por su parte, entre otras varias, recuerda con cita de la STS 554/2012, de 4 de julio tras describir el sistema SITEL (sistema de interceptación legal de las telecomunicaciones) diseñado para sustituir las carencias del anterior sistema de interceptación, como construido sobre la base de enlaces punto a punto con las Operadoras de telefonía, que transmiten la información correspondiente a la interceptación que dichas Operadoras realizan en su sistema, para almacenarse en el sistema central del Cuerpo Nacional de Policía; la característica fundamental, que los enlaces punto a punto establecidos, permiten únicamente la entrada de información procedente de la Operadora, la cual, automáticamente, es almacenada por el sistema central en el formato recibido, con características de solo lectura, sin intervención de los agentes facultados, y queda guardada con carácter permanente en el sistema central de almacenamiento a disposición de la Autoridad



judicial>>, añadiendo más adelante que <<es reiterada jurisprudencia que la puesta en tela de juicio del SITEL, cuando se limita a cuestionar in abstracto la fiabilidad del sistema, o de manera genérica la autenticidad del contenido de los discos aportados, sin apuntar razones que hagan pensar que, en el caso concreto que es objeto de examen, pudo haberse producido alguna manipulación de los contenidos de los CDs aportados al Juzgado, no puede tener acogida>>. Que es lo que sucede en el presente caso, no siendo por lo tanto aceptables las reservas preventivas o genéricas frente al funcionamiento aceptado del sistema.

Por lo que hace a la ruptura de la cadena de custodia de los soportes digitales tampoco se explican hechos concretos que hayan incidido en la misma con trascendencia no ya constitucional, que en principio no la tiene, sino procesal, constatándose alguna irregularidad de esta naturaleza. Desde luego la cadena de custodia afecta a la integridad de la prueba que no debe ser objeto de manipulación a todo lo largo del curso procesal, es decir, desde su recepción o intervención hasta el juicio oral, pero naturalmente siempre que los datos que hayan determinado dicha ruptura, como cuestión de hecho que es, consten en las actuaciones. Por ello no se produce la ruptura de la cadena de custodia de los soportes digitales de las conversaciones porque una vez en el Juzgado hayan sido devueltos nuevamente a la policía al objeto de transcribir su contenido íntegro, que es lo que parece que se denuncia en el caso, cuando además la policía no está obligada a aportar una transcripción íntegra de lo grabado sino los extractos relevantes de las conversaciones interceptadas. A este respecto el nuevo artículo 588 ter i). 2 prevé que una vez examinadas las grabaciones ..... cualquiera de las partes podrá solicitar la inclusión en las copias de aquellas comunicaciones que entienda relevantes y hayan sido excluidas, decidiendo el Juez sobre su inclusión o incorporación a la causa, lo que significa que deben estar a disposición de las partes los soportes que contengan las grabaciones pero no su transcripción íntegra y, en segundo lugar, que se trata de un trámite más propio de la fase de instrucción que de la del juicio oral.

En cualquier caso se admite en el recurso que <<solo después de abril de 2013, cuando la Policía Nacional vuelve a "incorporar" a las actuaciones "las grabaciones" con las transcripciones que le fueron exigidas por el Fiscal, se nos permite al menos ver los soportes y obtener las copias de los CDs>>. Por lo tanto, con independencia del retraso en la incorporación definitiva de lo solicitado, ello no supone que se haya afectado la integridad y autenticidad de las grabaciones que obran en autos. Solo en el caso de que ello hubiese producido indefensión a la parte, lo que no se alcanza, podría suscitarse un motivo de casación por vulneración de un derecho fundamental.

El motivo tampoco es acogible.

**NOVENO.-1.** El siguiente motivo es por directa infracción de ley del artículo 849.1 LECrim . y denuncia la aplicación indebida de los artículos 163.1 (detención ilegal) y 390.1.4º (falsificación de documentos públicos, oficiales y mercantiles), en relación con el artículo 66.1.2.1º, todos ellos CP . Argumenta el recurrente que de los hechos probados no se desprende su participación y el grado de la misma en los hechos que han sido subsumidos en los tipos penales mencionados; no se contiene en el "factum" acción protagonizada por mi representado, que de modo directo y previo a la realización del hecho, conmine al resto a cometerlo; se trata de un delito doloso, que exige dolo directo, y no basta una prueba de concierto de voluntades, como se recoge en la sentencia, es decir, debe traspasar la mera conspiración "que es lo que parece sugerir el relato de hechos probados"; tampoco consta que se pagara un precio; en lo que se refiere al delito de falsedad en documento oficial tampoco en los hechos probados se incluye acto alguno de inducción a los autores.

**2.** El recurrente ha sido condenado como inductor de un delito de detención ilegal básico del artículo 163.1 CP y también como tal de otro delito de falsificación de documento oficial del artículo 390.1.4º CP , es decir, en ambos casos como inductor ex artículo 28.2.a), que también considera autores a los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo. La inducción constituye una participación accesorias que causa o determina la resolución criminal de otra persona que no estaba previamente decidida a cometer el delito de que se trate, lo que comporta una condición "sine qua non" para su existencia. Es una forma de participación accesorias porque la inducción se diferencia de la autoría mediata y de la coautoría: en el primer caso porque el autor material es un mero instrumento del hombre de atrás como ya hemos señalado más arriba (fundamento quinto 2) y en la coautoría se comete el delito entre todos repartiéndose la realización del mismo. Sin embargo la inducción como forma de participación accesorias consiste en el influjo psíquico que el inductor despliega en otro para la realización de un tipo penal de autoría.

Si nos atenemos al hecho probado, intangible en un motivo como el presente, la Audiencia afirma "..... Arturo Victorio , mayor de edad y sin antecedentes penales, se vino en concertar con Faustino Urbano y a través de este con Patricio Victor e Andrea Berta con el fin de facilitar que el primero obtuviera la custodia de sus nietos menores de edad que convivían con él en tal momento y eran fruto del matrimonio entre su hijo y la ciudadana rusa Zaida Zulima ..... y para ello vinieron en ejecutar los siguientes hechos .....", que son los realizados por los mencionados más arriba y que ya hemos reproducido anteriormente. De lo anterior se desprende que el ahora recurrente no realiza el tipo de autoría sino que éste se comete por los policías condenados y los confidentes



de uno de ellos como cooperadores necesarios. La Audiencia apunta que incluso podría ser coautor pero ello no se desprende del hecho probado a no ser que dedujésemos la autoría conjunta del hecho de la llamada o aviso de que la detenida había salido de su domicilio. En todo caso ello carecería de eficacia práctica. Lo decisivo es que tal como se describe en el hecho probado carecería de sentido la detención si no fuese porque el recurrente hubiese influido psíquicamente en la voluntad de los autores para llevarla a cabo, pues no se comprende que éstos hubiesen decidido previamente escenificar la detención de una persona a la que ni siquiera conocían ni se alcanza móvil alguno por remoto que fuese. Sin embargo sí se hacen constar en el "factum" las circunstancias atinentes relativas a la custodia de los nietos del acusado. En cuanto al móvil de los autores, debemos recordar el hecho demostrado de su relación con Faustino Urbano en la constitución de la sociedad anónima y el conjunto de movimientos dinerarios, con presencia del recurrente, también expuestos en fundamentos anteriores. Por lo tanto el tipo de inducción sí está reflejado en el "factum". Por lo que hace al segundo delito de falsificación de documento público u oficial es una consecuencia del primero, es decir, un complemento delictivo consecuencia necesaria de la detención ilegal.

Lo que sucede es que en este caso el inductor no podría serlo del tipo básico por el que ha sido condenado sino del delito especial impropio (detención del artículo 167 CP) por el que han sido castigados los policías. La Audiencia, para justificar la calificación que mantiene cita la STS 2/1998, de 29/07 (caso Marey). Sin embargo no es aplicable por cuanto en su fundamento de derecho vigesimoquinto califica la intervención del partícipe, que no tiene la cualidad exigida por el delito especial impropio, como coautor, lo cual difiere del caso de un inductor que solo puede serlo en relación con el delito cometido por los autores, en este caso el agravado para funcionarios públicos, es decir, el tipo básico del artículo 163.1 carece de autor material o directo. Por lo tanto lo correcto habría sido la inducción para la comisión del delito especial y la posible aplicación, como sucede en el de falsificación, del artículo 65.3. Sin embargo, en todo caso se trata de tipos homogéneos y en la medida que la rebaja de la pena prevista en el artículo que acabamos de mencionar es potestativa, la pena fijada sería imponible teniendo en cuenta el argumento empleado por la propia Audiencia a la hora de individualizarla, que excluiría la procedencia en este caso de la rebaja en un grado, cuando aduce en el fundamento decimonoveno "es de imponer al condenado Arturo Victorio la pena de un año y seis meses de prisión habida cuenta su condición principal de instigador y actuando sobre persona de su entorno familiar por un ánimo de resentimiento".

Por lo tanto el motivo se desestima.

**DÉCIMO.-1.** El cuarto motivo formalizado, también al amparo del artículo 849.1 LECrim., denuncia la infracción de los artículos 101 y siguientes CP en relación con el 109 y siguientes LECrim., especialmente el artículo 112 de este último texto, por fijar la sentencia en el razonamiento vigésimo una indemnización civil improcedente. Se refiere a la concedida a la perjudicada Zaida Zulima por daños morales, argumentando escuetamente que la misma había renunciado expresamente a ello.

**2.** Ante todo el recurso no identifica acto procesal alguno del cual pueda derivarse ex artículo 112 LECrim. la renuncia expresa de la perjudicada al ejercicio de la acción civil, que ejercita en este caso el Ministerio Fiscal. Tampoco la Audiencia hace mención alguna a dicha renuncia. En todo caso el concepto indemnizatorio es procedente y la responsabilidad civil derivada del delito no ofrece duda alguna. Luego en el caso de haber percibido alguna indemnización por causa de la detención ilegal habría que dilucidar su compatibilidad con la responsabilidad civil "ex delicto" de los autores y del inductor. Por último, como afirma el Ministerio Fiscal en su informe, en ejecución de sentencia podrá suscitarse esta cuestión.

El motivo por lo tanto no puede ser acogido.

**UNDÉCIMO.-1.** El siguiente motivo también por directa infracción de ley, acusa la de los artículos 130.6º, 131.1.4 y 132, todos ellos CP. Con independencia de la relación de actos procesales desarrollados en la causa entre los años 2007 a 2013, la alegación sustancial consiste en sostener que para la aplicación de la prescripción se ha de tener en cuenta la pena impuesta en concreto, el grado de participación y las circunstancias estimadas, en el presente caso la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas.

**2.** Debemos ratificar el criterio seguido por la Audiencia para desestimar esta excepción en el fundamento quinto de la sentencia. Vamos a reproducir dos Acuerdos de Pleno no Jurisdiccional de la Sala de Casación que se refieren específicamente a la cuestión planteada. En primer lugar, el de 16/12/2008, sobre prescripción y pena en abstracto señalada al delito, que ratifica el precedente de 29/04/1997, a cuyo tenor "para la determinación del plazo de prescripción del delito habrá de atenderse a la pena en abstracto señalada al delito correspondiente por el legislador, teniendo plena vigencia el Acuerdo de fecha 29 de abril de 1997"; y en segundo lugar, el posterior de 26/10/2010, complementario del anterior, referido al plazo para el cómputo de la prescripción, que dice lo siguiente "para la aplicación del instituto de la prescripción, se tendrá en cuenta el plazo correspondiente al delito cometido, entendido éste como el declarado como tal en la resolución judicial



que así lo pronuncie. En consecuencia, no se tomarán en consideración para determinar dicho plazo aquellas calificaciones jurídicas agravadas que hayan sido rechazadas por el Tribunal sentenciador. Este mismo criterio se aplicará cuando los hechos enjuiciados se degraden de delito a falta, de manera que el plazo de prescripción será el correspondiente a la calificación definitiva de los mismos, como delito o falta.- En los delitos conexos o en el concurso de infracciones, se tomará en consideración el delito más grave declarado cometido por el Tribunal sentenciador para fijar el plazo de prescripción del conjunto punitivo enjuiciado". A este respecto, entre otras, SSTS 6/2009 y 1136/2010 o 278/2013 . Como en el presente caso las penas máximas señaladas a los delitos calificados exceden de 5 años el motivo no puede ser acogido.

**DUODÉCIMO.-1.** El sexto motivo formalizado se ampara en el artículo 849.2 LECrim . para denunciar el error de hecho en la apreciación de la prueba. Se designan como documentos casacionales un conjunto de ellos aportados por la defensa como son el testimonio de la sentencia de divorcio, certificado del Ayuntamiento de Málaga sobre empadronamiento, solicitud de empadronamiento en el Ayuntamiento de Móstoles y un oficio de este último; un oficio del BBVA y por último los oficios por los que se acuerdan las escuchas de los teléfonos fijos y móvil del recurrente.

**2.** El motivo tampoco puede prosperar por cuanto no se ajusta la documentación enunciada a los estrictos términos del error de hecho, que exige un documento casacional literosuficiente que por sí solo demuestre el error aducido, sin necesidad de otras argumentaciones, que no sea contradicho por otros medios de prueba y que tenga trascendencia suficiente para modificar el sentido del fallo, de forma que solo en estos casos el Tribunal de Casación podrá decidir directamente sobre su valoración.

Los documentos señalados en primer lugar no tienen trascendencia casacional a estos efectos en la medida que las condiciones del convenio regulador del matrimonio entre la perjudicada y el hijo del acusado carecen de eficacia para modificar el hecho probado, cuando además las relaciones o acuerdos que justifican tampoco son objetivamente incompatibles con el mismo que además se basan en pruebas que no solo los contradicen sino que sostienen la realidad de lo sucedido. En cuanto al oficio del BBVA, acceso a los datos bancarios del acusado, tampoco puede contradecir el "factum" por cuanto no excluye ni la entrega en efectivo ni la relación constatada entre los partícipes, con independencia de que el móvil dinerario tampoco forma parte de los tipos delictivos calificados. Por último, los oficios que acuerdan las escuchas no son documentos casacionales y los datos introducidos en el plenario han sido aportados por la prueba testifical de los agentes policiales que atendieron las grabaciones telefónicas.

Por lo tanto este motivo también debe ser desestimado.

**DECIMOTERCERO.-1.** Nos resta un último motivo de casación al amparo del artículo 851.3 LECrim . por incongruencia omisiva al no haberse pronunciado la sentencia sobre todas las peticiones debatidas por la defensa. Se refiere concretamente a las objeciones planteadas sobre la autenticidad de los soportes que contenían las grabaciones de las escuchas telefónicas practicadas por el sistema SITEL.

**2.** La jurisprudencia admite que la incongruencia omisiva puede ser subsanada en el recurso de casación cuando se formaliza por el recurrente un motivo de fondo sobre la cuestión cuya omisión se denuncia. En el motivo segundo por vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas se ha planteado, entre otras, especialmente esta cuestión a la que ya hemos dado respuesta en el fundamento jurídico octavo 2, al que nos remitimos.

Por lo tanto el presente motivo tampoco puede tener acogida.

RECURSO DE Patricio Víctor .

**DECIMOCUARTO.-1.** Formaliza un único motivo de casación ex artículo 849.1 LECrim . por entender que dados los hechos declarados probados no puede aplicarse el tipo penal previsto en el artículo 568 CP . El motivo adolece de cierta confusión puesto que por una parte considera que no concurre la tenencia exigida por el precepto indicado, de forma que en los hechos probados no se contempla el elemento subjetivo, que confunde con "el móvil de la utilización ilegítima de los explosivos", extrayendo este argumento de la propia sentencia a la hora de individualizar la pena impuesta al recurrente (fundamento decimonoveno) cuando argumenta "habida cuenta que no se ha determinado el tiempo que los hubo en su poder y el móvil subjetivo que le guiaba su uso ilícito".

**2.** Sin embargo, en el hecho probado, intangible en un motivo como el presente, se afirma indudablemente la tenencia de la bolsa que contenía los explosivos descritos en el mismo por el acusado, lo que se complementa en los fundamentos de la sentencia (fundamento sexto) cuando el Tribunal razona que no se sostiene la afirmación del acusado en el acto del juicio "que inmediatamente los tuvo en su poder llamó a la policía", teniendo en cuenta la declaración de los tres testigos que comparecieron y el tráfico de llamadas del día anterior entre los teléfonos referidos en dicho fundamento.



El delito de tenencia de explosivos se consume con la mera tenencia de los mismos sin que sea exigible indagar para que el hecho sea típico en la intención o móvil del agente. El argumento empleado por la Audiencia para individualizar la pena se desenvuelve en este ámbito, es decir, valora la mayor o menor gravedad del hecho y las circunstancias personales del delincuente, pero ello no significa que destipifique el hecho de la tenencia o que la consideración del móvil pueda trasladarse a su exigencia para considerar el hecho como típico.

Por lo tanto el motivo se desestima.

RECURSO DE Paulino Urbano .

**DECIMOQUINTO.-1.** Formaliza tres motivos de casación, los dos primeros por infracción de ley y el tercero por vulneración del derecho a la presunción de inocencia. Por razones lógicas y metodológicas vamos a invertir su examen tratando en primer lugar el tercero pues su estimación haría ocioso el análisis de la infracción de ley.

Alega el recurrente la inexistencia absoluta de prueba sobre su conocimiento de la ilicitud de la detención ilegal. Tras referirse a las intervenciones telefónicas, explicando que son ajenas al mismo, aduce que según la Audiencia no hay evidencia del previo concierto entre el ahora recurrente y el resto de los acusados para llevar a término los hechos, pero no obstante admite "cierto conocimiento de lo ilícito de la detención" en base a las declaraciones de la detenida-perjudicada, la existencia de un fajo de dinero que dice recordar en manos de la coacusada Andrea Berta y el fuerte ascendiente de otro coacusado, Faustino Urbano , sobre mi mandante. Se refiere a que los hechos anteriores no tienen demasiada importancia en el caso y subraya un dato fundamental cual es la innecesariedad "de toda la puesta en escena que relata la sentencia si mi mandante hubiera sido conocedor de lo ilícito de la detención".

**2.** Ante todo señalar que efectivamente la Audiencia descarta la participación del acusado en el concierto previo inicial que desencadenó la ejecución de los hechos delictivos posteriores y que en las conversaciones telefónicas no consta referencia alguna a su persona. Por ello el Tribunal se refiere en el "factum" a que Paulino Urbano se sumó a la ejecución de los hechos relatados en "un momento dado". Pero esta aparente inconcreción tiene como límite el hecho de la detención de la ciudadana rusa según argumentan los jueces en el fundamento jurídico octavo cuando su compañero ( Faustino Urbano ) antes de la detención "le advierte de una situación anómala; pero en todo caso, es de observar que la testigo Zaida Zulima ..... declaró que ella no llevaba una bolsa en la mano y también que la otra persona no le enseñó un fajo de billetes; por lo tanto, es de entender que al menos en atención a la fuerte ascendencia que sobre él ejercía el otro encartado, propicia que Faustino Urbano ( Paulino Urbano ) se adhiera a su plan y junto con él en su condición de agente de policía, ..... proceden a detener a la dicha testigo ....", para añadir a continuación que el recurrente "antes bien lo que tuvo que observar es que fue la mujer que huía quien arroja a la anterior la dicha bolsa sin que a la detenida en contrapartida se le viniera en ofrecer un manojo de billetes. Pero es más, en su declaración ante la autoridad judicial se ratifica en la versión sostenida en el atestado y remacha elementos esenciales de la sostenida en la comparecencia que da pie al atestado". Más adelante, en el fundamento noveno insiste la Audiencia en lo anterior en el apartado correspondiente a la calificación de los hechos.

De ello se desprende que desde la perspectiva de la presunción de inocencia el Tribunal ha tenido en cuenta básicamente la declaración de la perjudicada, que no puede relegarse a un segundo plano como se pretende en el recurso, porque la misma está además corroborada por una pluralidad de hechos extraprocerales a los que ya nos hemos referido en fundamentos anteriores (especialmente en el tercero 2), de forma que los hechos demostrados a partir de los cuales se llega a la certeza del hecho presunto del conocimiento del acusado de la ilegalidad de la detención explicados en la forma en que lo hace la Audiencia no constituye una incongruencia o arbitrariedad sino el resultado de la aplicación del principio de la sana crítica. En efecto, en la realidad los distintos hechos que acaecen en relación con un determinado suceso según las reglas de experiencia no son autónomos y están interrelacionados entre sí y atendiendo a ello el Tribunal alcanza el grado de congruencia necesario entre los mismos y el hecho típico. Además existen otros hechos con menor relevancia que corroboran la versión de la Audiencia, admitidos por el propio acusado, como la proximidad de la cafetería donde acuden al domicilio de sus padres o la infinidad de llamadas que recibió Faustino Urbano "a las que atendía saliéndose del lugar donde se encontraba .... era algo fuera de lo normal, que en un momento dado le dice vámonos, que salen del bar y antes de la detención su compañero le advierte de una situación anómala". Ello quiere decir que lo manifestado por la perjudicada es fiel trasunto de la realidad de lo sucedido lo que no pudo pasar inadvertido al acusado, conclusión lógica y racional.

El argumento a propósito del fuerte ascendiente del coacusado y la confianza que tenía en el mismo el recurrente no es decisiva en el caso puesto que aquélla no deja de ser un arma de doble filo para lo bueno y lo malo. De la misma forma que argüir la innecesariedad de la puesta en escena si hubiera sido conocedor de lo ilícito de la detención tampoco es una razón definitiva en la medida que el coacusado necesitaba cerrar la escena de la forma más creíble, es decir, sirviéndose del recurrente para dar mayor verosimilitud a los hechos





abusando de su confianza. Es cierto que este argumento se utiliza frente a los aducidos por el recurrente solo para poner de relieve que carecen de la consistencia que pretende.

Por lo tanto el motivo se desestima.

**DECIMOSEXTO.-1.** Los motivos primero y segundo siguen el camino de la infracción de ley y vamos a tratarlos conjuntamente pues en el primero lo que se afirma es que del hecho probado no se deduce el dolo del acusado y en el segundo alternativamente se alega la aplicación del subtipo privilegiado previsto en el artículo 163.4 CP .

**2.** Lo que sucede es que desestimado ya el motivo por presunción de inocencia y admitida la existencia de prueba de cargo suficiente atinente al conocimiento de la ilicitud de la detención por parte del acusado ello lleva como consecuencia la concurrencia del dolo propio del delito de detención ilegal, sobre todo teniendo en cuenta que un agente de policía en quien concurre la competencia para detener a las personas no puede ignorar la ilegalidad de la realizada en el caso. En cuanto al delito aplicado nos remitimos al fundamento jurídico cuarto 2 precedente. Insistimos además que en el "factum" de la sentencia la inconcreción sobre el momento de la adhesión al plan fruto de la concertación previa de los acusados es más aparente que real pues ya hemos señalado anteriormente que la Audiencia lo sitúa desde luego como límite instantes antes de la detención, luego si es así cuando se produce ésta tenía la conciencia y voluntad de privar a una persona de su libertad sin causa que lo justificase, lo que además después corrobora en la comisaría y en el Juzgado de Instrucción. En el presente caso los indicios o hechos demostrados que han servido para construir la prueba indiciaria de cargo operan doblemente para concluir también en la concurrencia del dolo del autor.

Una vez alcanzada esta conclusión la calificación alternativa propuesta por el recurrente en el motivo segundo carece de viabilidad. Es cierto que el apartado cuarto del artículo 163 "-el particular que, fuera de los casos permitidos por las leyes, aprehendiere a una persona para presentarle inmediatamente a la autoridad, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses-" es también aplicable conforme a la doctrina de esta Sala acordada en el Pleno Jurisdiccional de 27/01/2009 -"la remisión que el artículo 167 del CP hace al artículo 163, alcanza también al apartado 4 de este último" (ver STS 197/2009) - a la autoridad o funcionario público que comete el delito de detención ilegal previsto en el artículo 167, pero en el caso, como ya hemos señalado, carece de soporte fáctico, con independencia de que dicho apartado 4º, que constituye un tipo muy privilegiado, presenta algunas dificultades de interpretación puesto que puede asociarse al error de prohibición o a una causa de justificación y en todo caso si no fuese así es difícil distinguirlo del apartado 1º del artículo 163, pues la desproporción de la pena entre uno y otro no parece justificada.

Por todo ello también ambos motivos deben ser desestimados.

**DECIMOSÉPTIMO.-** Ex artículo 901 LECrim . las costas de los recursos deben ser impuestas a los recurrentes.

## FALLO

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

Que debemos declarar **NO HABER LUGAR** a los recursos de casación por infracción de ley, infracción de precepto constitucional y quebrantamiento de forma dirigidos por Faustino Urbano , Arturo Víctorio , Patricio Víctor y Paulino Urbano , frente a la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Quinta, en fecha 28/03/2016 , en el procedimiento abreviado 109/2013, seguida por los delitos de tenencia o depósito de explosivos, detención ilegal, falsificación de documento público, acusación y denuncia falsas y falso testimonio. **Condenando** a los recurrentes a las costas de sus respectivos recursos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.