

► TS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia núm. 641/2012 de 17 de julio.

DETENCIONES ILEGALES: DAR LIBERTAD AL DETENIDO DENTRO DE LOS TRES PRIMEROS DIAS DE SU DETENCION, SIN HABER LOGRADO EL OBJETO QUE SE HABIA PROPUESTO: *existencia: inspector de policía que siguiendo plan preconcebido con el coacusado organiza la detención de una persona que resultaba molesta para aquél, para lo que introducen en su vehículo lo que aparenta ser droga, dejándole marchar poco tiempo después; COMETIDO POR FUNCIONARIO PUBLICO FUERA DE LOS CASOS PERMITIDOS POR LA LEY: existencia: cooperación necesaria realizada por un extraneus en el delito especial del art. 167: aplicación del art. 65.3 con la reducción de pena correspondiente; (...).*

El TS declara haber lugar en parte a los recursos de casación interpuestos contra Sentencia de fecha 01-06-2011 dictada por la Sección Unica de la Audiencia Provincial de Segovia, en causa seguida por delito de detención ilegal, casándola y anulándola en el sentido expresado en los fundamentos jurídicos de la presente Resolución.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecisiete de Julio de dos mil doce.

En los recurso de casación por infracción de preceptos constitucionales e infracción de Ley que ante Nos pende, interpuestos por los acusados D. Samuel y D. Jose Manuel , contra sentencia dictada por la Sección Unica de la Audiencia Provincial de Segovia que les condenó por delito de detención ilegal, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. (...), siendo también parte el Ministerio Fiscal y las acusaciones particulares (...) , representadas por la Procuradora (...) y estando los acusados recurrentes representados respectivamente por las procuradora (...).

I. ANTECEDENTES

El Juzgado de Instrucción número 3 de Segovia instruyó Procedimiento Abreviado con el número 1159/2008 y una vez concluso fue elevado a la Audiencia Provincial de Segovia que, con fecha 1 de junio de 2011 , dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS: " PRIMERO: (...)Jose Manuel contactó con Samuel, (...). Durante el encuentro o encuentros que mantuvieron, el primero puso al corriente al Sr. Samuel de los problemas personales y judiciales que estaba teniendo con su ex pareja, Candelaria, al haberlo ésta denunciado por amenazas y haber obtenido frente al mismo una orden de alejamiento a través de Auto de 27 de febrero de 2008, dictado por el Juzgado de Instrucción nº 4 de Segovia. Así mismo le contó que en la actualidad Candelaria estaba conviviendo en las proximidades de Segovia (Otero de Herreros) con otra persona, el denunciante Juan Carlos, quien había declarando en contra de Jose Manuel y a favor de la mujer ante el instructor judicial.- A la vista de la situación relatada, y con ánimo de atemorizar y dar un escarmiento a la actual pareja de la Sra. Candelaria, ambos decidieron poner en marcha un plan por el que Samuel, por entonces Inspector- Jefe. Jefe de la sección de Policía Judicial de la Comisaría de Retiro de Madrid, simularía que Juan Carlos era sospechoso de traficar con cocaína y de esta forma montar un operativo policial en torno a su persona, con traslado incluido a Comisaría de Policía. Para conseguir su propósito, acordaron recabar más datos sobre las circunstancias personales y laborales del denunciante, contratando Jose Manuel los servicios de dos detectives que hicieron varios seguimiento tanto a la pareja como sólo a

Juan Carlos , durante los meses de marzo, abril y mayor, tomando también fotos de este último. De esta forma, Jose Manuel conoció cual era el lugar donde trabajaba el Sr. Juan Carlos en la localidad de Las Rozas (Madrid), así como que utilizaba para su desplazamientos el vehículo de Candelaria un TOYOTA COROLLA-PDM, trasladando todos estos datos y las fotografías obtenidas del denunciante, a Samuel, quien se sirvió de tales referencias para preparar la operación acordada.

SEGUNDO.- El se llevó finalmente a cabo a primeras horas de la mañana del día 25 de septiembre de 2008, cuando el denunciante salía de su domicilio para irse a trabajar a bordo del turismo antes reseñado. En esos momentos fue interceptado por dos vehículos policiales ocupados por el policía acusado y otros funcionarios policiales desplazados desde Madrid y que trabajaban a sus órdenes, quienes actuaron en la creencia de que iban a detener a un supuesto traficante de cocaína, según la información que previamente les había comunicado el Sr. Samuel En esos primeros momentos, el denunciante fue identificado a través de su DNI, que presentó a los policías tras ser requerido al efecto por e acusado.- Mientras que unos agentes se dedicaron a regular el tráfico en la zona, otros, incluido el acusado, registraron el turismo. Tras una primera batida infructuosa, una funcionaria policial encontró finalmente un envoltorio del tamaño de una pelota de ping-pong, que a su vez contenía otras pequeñas bolas de color verdoso y que, al descuido de sus compañeros, había sido previamente colocada por el acusado en la parte delantera izquierda del turismo, para simular que se trataba de algún tipo de sustancia estupefaciente. Ante este hecho, Samuel invitó a Juan Carlos , quien en ningún momento fue cacheado ni esposado, a que les acompañara a la Comisaría de Policía de Segovia, diciéndole que era para realizar un narco-test y comprobar si la sustancia intervenida era o no droga, accediendo aquél de forma voluntaria. El denunciante fue conducido dentro del vehículo policial junto con el inspector acusado y otro agente.- Ya en las dependencias policiales segovianas el agente acusado, conector de que el pequeño paquete no contenía productos ilegales, se limitó a introducirse en un despacho y simular que llevaba a cabo la prueba química aludida, mientras que el denunciante permanecía en los pasillos acompañado por varios de los policías actuantes.

TERCERO.- Al cabo de un corto espacio de tiempo, Samuel se reunió de nuevo con el grupo formado por Juan Carlos y los agentes, comunicándoles que no se trataba de droga sino de harina, informando a denunciante que podía marcharse. Previamente le hizo firmar en el Libro-Registro de Diligencias de Investigación de la Comisaría de Policía de Segovia en el que hizo constar como motivo de la presentación de Juan Carlos "comprobación identidad por sospecha tráfico drogas" en diligencias realizadas "consultados datos" y en observaciones "en libertad".- El vehículo propiedad de Candelaria que conducía habitualmente el denunciante- también el día de los hechos-, había sido objeto de consulta por parte de uno de los colaboradores del inspector Samuel , y a requerimiento de éste, el 16 de abril de 2008, por lo que desde entonces el policía acusado conocía todos los datos relativos al vehículo.- Así mismo, otros policías a las órdenes del acusado había seguido a Juan Carlos cuando conducía el turismo desde las Rozas, su lugar de trabajo, hasta la localidad de Majadahonda. Estos hechos se produjeron durante las jornadas inmediatamente anteriores a la puesta en marcha del operativo.

CUARTO.- A consecuencia de los hechos, la víctima, Juan Carlos, sufrió un trastorno adaptativo ansioso, necesitando para sanar de tratamiento médico durante un mes, consistente en la toma de antidepresivos y benzodiazepinas. Estuvo ocho días impedido para acudir a su trabajo, no quedándole secuelas valorables".

La sentencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "FALLAMOS: Que debemos condenar y CONDENAMOS a los acusados Jose Manuel y Samuel como autores responsables de un delito de detención ilegal del art. 163.C.P . para el primero y del art. 167 para el segundo, ya definidos, a la pena de CUATRO AÑOS de prisión para Jose Manuel y de CINCO AÑOS DE PRISIÓN y DIEZ DE INHABILITACION ABSOLUTA para Samuel , (...).- ABSOLVEMOS libremente a ambos acusados de los delitos de coacciones, falsedad y de la falta de amenazas de las que venían siendo acusados.- Una vez firme esta resolución, (...)".

[...].

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO DE INTERÉS

RECURSO INTERPUESTO POR EL ACUSADO D. Samuel

[...].

SEGUNDO

.- En el segundo motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, **se invoca vulneración del derecho a la presunción de inocencia** que proclama el artículo 24. 2 de la Constitución

Se dice, en defensa del motivo, que la propia sentencia recurrida reconoce que no existe prueba de cargo directa y que fundamenta la condena en prueba indiciaria y *el recurrente sostiene* que no se han tenido en cuenta las pruebas que contradicen esos indicios y que no existen los que prueben que el recurrente fue quien colocó en el coche el paquete con la supuesta sustancia ilegal ni existe prueba que acrediten los supuestos contactos preparatorios de la llamada conjura.

El Tribunal Constitucional, entre otras, en las sentencias 174/85 (...), entre otras muchas) han precisado que el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial en un proceso penal pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria, si bien esta actividad probatoria debe reunir una serie de exigencias para ser considerada como prueba de cargo suficiente para desvirtuar tal presunción constitucional. Se coincide en resaltar como **requisitos que debe satisfacer la prueba indiciaria** los siguientes: que los indicios, que han de ser **plurales y de naturaleza inequívocamente acusatoria**, estén **absolutamente acreditados**, que de ellos **fluya de manera natural**, conforme a la lógica de las reglas de la experiencia humana, las consecuencias de **la participación del recurrente en el hecho delictivo** del que fue acusado y **que el órgano judicial ha de explicitar el razonamiento en virtud del cual, partiendo de esos indicios probados, ha llegado a la convicción de que el acusado realizó la conducta tipificada como delito**. En definitiva, (...), que la prueba indiciaria ha de partir de hechos plenamente probados y que los hechos constitutivos de delito deben deducirse de esos indicios (hechos completamente probados) a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano, explicitado en la sentencia condenatoria. [...].

(...) asimismo el Tribunal Constitucional, en Sentencia 61/2005, de 14 de marzo expresa que desde la STC 174/1985, de 17 de diciembre(...) puede sustentar un pronunciamiento de condena sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia, siempre que:

a) los indicios se basen en hechos plenamente acreditados y no en meras sospechas, rumores o conjeturas, y

b) que los hechos constitutivos del delito se deduzcan de los indicios a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano, detallado en la Sentencia condenatoria

En el caso que examinamos en el presente recurso, el Tribunal de instancia,(...) ha señalado plurales indicios consistentes ya en las consultas a la base de datos por parte del ahora recurrente sobre el perjudicado D. Juan Carlos , que no puede considerarse una mera coincidencia, y no se puede adivinar otra explicación que la asumida por la Audiencia; ya en consultas de los datos relativos al vehículo propiedad de Candelaria ; también se destaca en la sentencia de instancia la peculiar forma en la que se llevó a cabo la detención de D. Juan Carlos (...); es significativa la secuencia del registro y el que apareciera la "pelota" sospechosa en un segundo registro, interesado por el ahora recurrente a una subordinada; y tiene especial alcance el que se utilizara para la identificación de D. Juan Carlos fotografías que necesariamente habían sido suministradas por el otro acusado, y todo aparece correctamente analizado en los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida.

Ciertamente, el Tribunal de instancia da cuenta de los indicios, explicita sobre la existencia de un enlace lógico y suficientemente sólido entre la actividad desplegada y los hechos que se declaran probados y alcanza la convicción(...)de que el recurrente fue quien introdujo el envoltorio en el interior del vehículo y que ello determinó que la víctima fuese trasladada a Comisaría, donde se le retuvo mientras aparentemente se iba a realizar una prueba de narco- test, explicándose por el Tribunal sentenciador las razones por las que no se otorga valor a las pruebas de descargo ofrecidas por la defensa.

El motivo debe ser desestimado.

[...].

CUARTO

En el cuarto motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (...)se invoca infracción, por aplicación indebida, de los artículos 163 y 167 del Código Penal.

Se niega la existencia del delito de detención ilegal ya que D. Juan Carlos fue a la Comisaría de Segovia de forma voluntaria y que no se encontraba detenido, sin que se cumplan los requisitos que se precisan para que exista una detención ilegal.

El (...) relato fáctico (...) viene a decir que D. Juan Carlos accedió a trasladarse a Comisaría cuando así se le requiere por funcionarios policiales (...) tras hallarse una bola en el vehículo del perjudicado que a juicio de los policías intervinientes podría tratarse de sustancia estupefaciente y se le advierte que ha de acompañarles para esclarecer unos hechos que podrían implicarles. En ese escenario, como señala el Ministerio Fiscal, el requerido se puede imaginar que si se niega sería conducido a la fuerza. (...).

El recurrente había provocado con su conducta la apariencia de una base legal para una privación de libertad que no procedía en ningún caso.

No se presenta fácil afirmar que en este caso el acusado no hubiera logrado el propósito que se había propuesto, no obstante, como indica el Ministerio Fiscal, no debe valorarse la misma detención doblemente: para considerar consumado el delito y para considerar alcanzado el objetivo al que se refiere el artículo 163.2 del Código Penal para conducir al tipo agravado. Lo cierto es que esta Sala, en Sentencias 1548/2004, de 27 de

diciembre y 1024/2010, de 23 de noviembre , en supuestos parecidos a los que ahora examinamos, se inclina por la aplicación del artículo 163.2 del Código Penal, señalando que la privación de libertad con la pura finalidad de causar a la víctima el perjuicio causado por la propia detención encajaría en este tipo atenuado si la puesta en libertad se produce de manera voluntaria antes del transcurso de tres días, indicando asimismo razones de proporcionalidad de la pena. Así en la primera de las Sentencias mencionadas se declara que en los casos en los que no sea apreciable otro objeto en la detención que la misma privación de libertad de la víctima, el subtipo atenuado será aplicable siempre que voluntariamente el autor dé libertad al detenido dentro de los tres primeros días de su detención.

Y en la segunda se expresa que en algunas sentencias se ha reconocido la posibilidad de que la detención no persiga otra cosa que los mismos efectos de la privación de libertad, sin propósito ulterior alguno, de forma que en esos casos, que se presentan de forma excepcional, no debería haber obstáculo a la aplicación de la figura atenuada si el autor da libertad a la víctima dentro de los tres primeros días.

Por lo que se acaba de exponer, procede aplicar en el presente caso lo previsto en el artículo 163.2 del Código Penal y con este alcance el motivo debe ser parcialmente estimado.

RECURSO INTERPUESTO POR EL ACUSADO D. Jose Manuel

[...].

CUARTO .- En el cuarto motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se invoca infracción del artículo 29 del Código Penal .

[...].

Como bien señala el Ministerio Fiscal, la entrega de datos y fotografías necesarias para la identificación de la persona a la que se pensaba detener ilícitamente, supone un aporte relevante que acorde con doctrina de esta Sala integra la participación a título de cooperador necesario en la privación de libertad posteriormente causada.

No se puede aceptar el argumento esgrimido por el recurrente, para rechazar la cooperación necesaria, de que se carecía del dominio del hecho.

Tiene declarado esta Sala, como es exponente la Sentencia 258/2007, de 19 de julio, que la diferencia entre cooperador necesario y coautor, que es una imposición del texto del artículo 28, en el Código Penal de 1995 , tiene una especial relevancia a partir de la introducción de la coautoría y la autoría mediata en el texto de la ley y de la adopción en la jurisprudencia del criterio del dominio del hecho para diferenciar entre autores (coautores y autores mediatos) y partícipes. En efecto, es evidente quien pone una condición sin la que el hecho no se hubiera cometido tiene el dominio del hecho, pues éste debe ser atribuido a quien puede interrumpir la ejecución del delito retirando la que es una condición sin la que éste no se hubiera efectuado. Ello podría sugerir que la cooperación necesaria es superflua, porque no es más que una repetición del concepto de autor (...). Sin embargo, la cooperación necesaria en sentido estricto se refiere a quienes ponen una condición necesaria, pero no tienen el dominio del hecho, pues no toman parte en la ejecución del mismo, sino que realizado su aporte, dejan la ejecución en manos de otros que ostentan el dominio del mismo. En otras palabras el cooperador necesario realiza su aportación al hecho sin tomar parte en la ejecución del mismo.

Y eso es lo que ha acaecido en el supuesto que examinamos. Es cierto que el ahora recurrente no intervino en la ejecución del operativo (...) . Su aporte fue anterior, haciendo entrega de datos y fotografías que permitieron la localización e identificación de la víctima, sin que tuviera, por consiguiente, el dominio del hecho (...), pero ello no excluye que su aportación puede ser calificada como de cooperador necesario.

La distinción del cooperador necesario del mero cómplice ha sido igualmente examinada por la jurisprudencia de esta Sala, (...) **por la relevancia de la aportación**, como se señala en la Sentencia 434/2007, de 16 de mayo, en la que se declara que quien hace una aportación decisiva para la comisión del delito en el ámbito de la preparación, sin participar luego directamente en la ejecución, no tiene, en principio, el dominio del hecho, pues en la fase ejecutiva, la comisión del delito ya está fuera de sus manos, pero sí puede ser un partícipe necesario. *Lo decisivo a este respecto es la importancia (la relevancia) de la aportación en la ejecución del plan del autor o autores*. Y la Sentencia 123/2001, de 5 de febrero, declara que ajustándose a la eficacia de los medios, se ha puesto énfasis en las aportaciones necesarias para el resultado, teniendo en cuenta el **criterio de la escasez de medios** y, en este campo, toda actividad claramente criminal, que por serlo, el ciudadano corriente no está dispuesto a llevar a cabo, es escasa y constitutiva de cooperación necesaria si, además es causal para el resultado y supone la remoción de un obstáculo serio para la comisión del delito. Esta Sala viene declarando (...) que la diferencia entre la complicidad y la cooperación necesaria radica en la consideración de la actividad del cómplice como secundaria, accesoria o auxiliar de la acción del autor principal, frente a la condición de necesaria a la producción del resultado de la conducta del cooperador necesario.

Y esa relevancia y necesidad pueden afirmarse, como se razona por el Tribunal de instancia y antes se ha señalado, en quien como el recurrente entrega unos datos y unas fotografías que resultan imprescindibles para la localización e identificación certera de la persona que va a sufrir la detención, constituyendo un claro caso de cooperación necesaria.

Así las cosas, este extremo del motivo debe ser desestimado.

[...].

III. FALLO

DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR PARCIALMENTE A LOS RECURSO DE CASACION por infracción de preceptos constitucionales e infracción de Ley interpuestos por los acusados **D. Samuel y Jose Manuel** , contra sentencia dictada por la Sección Unica de la Audiencia Provincial de Segovia (...).

[...].

Manteniendo y ratificando los restantes pronunciamientos de la sentencia anulada, se sustituyen las penas que le fueron impuestas al acusado **D. Samuel** de cinco años de prisión y diez años de inhabilitación absoluta por las penas de **TRES AÑOS Y UN DIA DE PRISION Y SEIS AÑOS Y UN DIA DE INAHBILTACION ABSOLUTA**.

[...].