



Roj: STS 5376/2012
Id Cendoj: 28079120012012100649
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 1674/2011
Nº de Resolución: 641/2012
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
Ponente: CARLOS GRANADOS PEREZ
Tipo de Resolución: Sentencia

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. Sr. D. Carlos Granados Perez, siendo también parte el Ministerio Fiscal y las acusaciones particulares en nombre de D. Juan Carlos y Doña Candelaria, representadas por la Procuradora la Procuradora Sra. Castro Rodríguez, y estando los acusados recurrentes representados respectivamente por las procuradora Sra. Bustamante García y de la Torre Jusdado.

I. ANTECEDENTES

1.- 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: Se declara probado que durante la primera semana del mes de marzo de 2008, Jose Manuel contactó con Samuel, ambos acusados en este procedimiento, mayores de edad, sin antecedentes penales, y unidos por una amistad que databa de varios años antes. *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 declarado 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 acusados 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 el 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, conocedor 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 benzodiacepinas. Estuvo ocho días impedido para acudir a su trabajo, no quedándole secuelas valorables".

2.- 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 , así como al pago por mitad de un cuarto de las costas procesales, en las que se incluyen las originadas por la acusación particular ejercitada por el Sr. Juan Carlos . La pena de prisión lleva aparejada la de inhabilitación especial de derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. En concepto de responsabilidad civil, los condenados habrán de indemnizar, por mitad e iguales partes, a Juan Carlos en 1.200 euros, con responsabilidad solidaria respecto de la cuota del otro condenado.- **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, líbrese testimonio de los particulares oportunos a fin de que se inicie una investigación judicial, por sí las manifestaciones de los testigos DONA Horacio y Leon pudieran ser constitutivas de sendos delitos de falso testimonio.- Notifíquese esta resolución a las partes y a los penados. Anótese en los libros de Secretaría y remítanse las correspondientes notas de condena al Registro Central de Penados de Madrid".

3.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por infracción de preceptos constitucionales e infracción de Ley, que se tuvieron por anunciados remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el rollo y formalizándose los recursos.

4.- El recurso interpuesto por el acusado D. Samuel se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACION:** **Primero.-** En el primer 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 tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías que proclama el artículo 24.1 y 2 de la Constitución . **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 . **Tercero.-** En el tercer 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 al secreto de las comunicaciones que proclama el artículo 18. 3 de la Constitución . **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 .

El recurso interpuesto por el acusado D. Jose Manuel se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACION: Primero.-** En el primer 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 un proceso con todas las garantías y a obtener la tutela judicial efectiva que proclama el artículo 24.1 y 2 de la Constitución . **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 al secreto de las comunicaciones que proclama el artículo 18. 3 de la Constitución . **Tercero.-** En el tercer 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 . **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 .

5.- Instruido el Ministerio Fiscal y las acusaciones particulares de los recursos interpuestos, la Sala admitió los mismos, quedando conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 10 de julio de 2012.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO INTERPUESTO POR EL ACUSADO D. Samuel

PRIMERO .- En el primer 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 tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías que proclama el artículo 24.1 y 2 de la Constitución .

Se alega, en defensa del motivo, que la Ley de Enjuiciamiento Criminal exige que el Auto de Apertura de Juicio oral sea notificado personalmente al imputado y no a sus representantes y al no haberse hecho se entienden vulnerados los derechos fundamentales antes mencionados.

Es artículo de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el que se quiere fundamentar los derechos fundamentales que se señalan como vulnerados, dispone lo siguiente: *Abierto el juicio oral, el Secretario judicial emplazará al imputado, con entrega de copias de los escritos de acusación, para que en el plazo de tres días comparezca en la causa con abogado que le defienda y procurador que le represente. ...* y como bien señala el Ministerio Fiscal, al impugnar el motivo, el acusado, ahora recurrente, ya había designado profesionales para su representación y defensa ya que desde el 19 de febrero de 2009, folio 227, estaba personado en el procedimiento por medio de letrado y procurador y el artículo de la Ley de Enjuiciamiento Criminal antes mencionado adquiere sentido cuando esos profesionales no han sido designados previamente y cuestión diferente es que se reconozca al imputado el derecho a nombrar otro abogado en cualquier momento del proceso pero esa facultad nada tiene que ver con la previsión del párrafo 1º del art. 784 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal . Lo cierto es que no hubo ninguna protesta por la ausencia de una notificación personal y, sobre todo, el recurrente evacuó el correspondiente escrito de defensa sin que exista dato o elemento alguno que permita sustentar que ha resultado afectado el derecho de defensa.

Tampoco puede atenderse a la insinuación de que la investigación fue dirigida policialmente de manera interesada por la Unidad de Asuntos Internos. El juicio se desarrolló con todas las garantías para el acusado.

Y también es desestimarse la alegación de que el escrito de la acusación particular se hubiera formulado fuera de plazo. No se debe olvidar que existió acusación pública que, en todo caso, daba cobertura a la sentencia condenatorio. Y si bien es cierto que todos los días son hábiles para los actos de instrucción, como disponen los artículos 201 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 184 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , habrá de entenderse que esta declaración de habilitación lo es para la fase de instrucción propiamente dicha pero no para los plazos procesales establecidos fuera de esa fase, como se infiere de las SSTC 1/1989 y 133/2000, de 16 de mayo , ya que en esta última se expresa que "tratándose de las causas criminales,

la especialidad en materia de cómputo de plazos procesales, de conformidad con el art. 184 LOPJ , se limita a los actos de instrucción, pareciendo razonable la interpretación de que tal especialidad alcance no sólo a los actos de investigación y aseguramiento en sentido estricto, sino a cuantos actos procesales se lleven a cabo durante la fase destinada a esos fines, pero sin que pueda extenderse a otros actos realizados fuera de ella, lógicamente. Por ello queda referido el concepto de instrucción a aquellos actos procesales que, como señalan las SSTC 145/1988, de 12 de julio, FJ 7 , y 32/1994, de 31 de enero , FJ 5, tienen por objeto la finalidad contemplada por el art. 299 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim)... añade que la interpretación realizada por las resoluciones impugnadas, que entienden que el concepto de instrucción comprende la totalidad de la causa, abarcando incluso la Sentencia definitiva y el recurso de apelación que puede interponerse contra ella, no puede calificarse sino de irracional y arbitraria.

En consecuencia en el cómputo del plazo para formular la acusación particular habría que excluir los días inhábiles, por lo que, en este caso, como se razona en la sentencia recurrida, se hizo dentro de plazo.

Por todo lo que se deja expresado, el motivo no puede prosperar.

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 , 175/85 , 160/88 , 229/88 , 111/90 , 348/93 , 62/94 , 78/94 , 244/94 , 182/95) y esta Sala (cfr. sentencias 4 de enero , 5 de febrero , 8 y 15 de marzo , 10 y 15 de abril y 11 de septiembre de 1991 , 507/96, de 13 de julio , 628/96, de 27 de septiembre , 819/96, de 31 de octubre , 901/96, de 19 de noviembre , 12/97, de 17 de enero y 41/97, de 21 de enero , y de 18 de enero de 1999 , 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, como señalan las Sentencias del Tribunal Constitucional 24/1997 y 68/98 , 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.

Con este mismo criterio se expresa la también Sentencia del Tribunal Constitucional 117/2007, de 21 de mayo , en la que se expresa que, a falta de prueba directa de cargo la prueba puede ser indiciaria, siempre que se parta de hechos plenamente probados y que los hechos constitutivos de delito se deduzcan de esos indicios a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano, puesto de manifiesto en la Sentencia, y que el control de la solidez de la inferencia puede llevarse a cabo tanto desde el canon de su lógica o coherencia, siendo irrazonable cuando los indicios constatados excluyan el hecho que de ellos se hace derivar o no conduzcan naturalmente a él, como desde el de su suficiencia o carácter concluyente, excluyéndose la razonabilidad por el carácter excesivamente abierto, débil o indeterminado de la inferencia (por todas, STC 123/2006, de 24 de abril).

Y asimismo el Tribunal Constitucional, en Sentencia 61/2005, de 14 de marzo , expresa que desde la STC 174/1985, de 17 de diciembre , hemos venido sosteniendo que a falta de prueba directa de cargo también la prueba indiciaria -«caracterizada por el hecho de que su objeto no es directamente el objeto final de la prueba, sino otro intermedio que permite llegar a éste a través de una regla de experiencia fundada en que usualmente la realización del hecho base comporta la de la consecuencia» (STC 189/1998, de 13 de julio - 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 (SSTC 155/2002, de 22 de julio ; 43/2003, de 3 de marzo ; y 135/2003, de 30 de junio , entre otras muchas).

En el caso que examinamos en el presente recurso, el Tribunal de instancia, al que le corresponde valorar aquellas pruebas que puedan reputarse de cargo por haberse obtenido con las debidas garantías, partiendo de una amistad admitida entre los dos recurrentes, 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 (FJ 6º); 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, que no puede reputarse desacertada, 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.

TERCERO. - En el tercer 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 al secreto de las comunicaciones que proclama el artículo 18. 3 de la Constitución .

Se alega que ha sido base fundamental los listados telefónicos aportados por Asuntos Internos y entiende el recurrente que su existencia vulnera el derecho al secreto de las comunicaciones al haberse obtenido sin la previa autorización ni control de la autoridad judicial.

Como igualmente señala el Ministerio Fiscal, dichos listados constituyen elementos indiciarios perfectamente prescindibles a la vista de los demás indicios que ha podido valorar el Tribunal de instancia, especialmente cuando ambos recurrentes reconocen que han mantenido conversaciones. No existe prueba directa sobre el contenido de las conversaciones, tan solo sospechas que se verán confirmadas por el resto de la prueba. Por otra parte, como se razona por la Audiencia, quien facilitó esos datos sobre las llamadas efectuadas podía disponer de ellos al tratarse del organismo titular de la línea telefónica, por lo que se considera autorizado para acceder a ellos.

Las Sentencias del Tribunal Constitucional 123/2002 y 230/2007, de 5 de noviembre, y la Sentencia de esta Sala de 27 de enero de 2009 que hace mención de la primera señalada del Tribunal Constitucional establecen la necesidad de autorización judicial para conocer la identidad de los interlocutores pero con una salvedad: que medie consentimiento del titular de la línea. No del usuario sino del titular. Eso es lógico pues el titular tiene disponibilidad de esos datos, y eso es lo que ha sucedido en el presente caso.

El motivo no puede prosperar.

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 motivo se presenta enfrentado a un relato fáctico en el que se viene a decir que D. Juan Carlos accedió a trasladarse a Comisaría cuando así se le requiere por funcionarios policiales en el ejercicio de sus funciones y 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. En este sentido son de dar por reproducidos los razonamientos que el Tribunal de instancia expresa en el cuarto de sus fundamentos jurídicos.

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

El Ministerio Fiscal plantea la cuestión de si procede aplicar el artículo 163.2 del Código Penal , en el que se dispone la imposición de la pena inferior en grado si se diera libertad al detenido dentro de los tres primeros días, sin haber logrado el propósito que se había propuesto.

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

PRIMERO .- En el primer 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 un proceso con todas las garantías y a obtener la tutela judicial efectiva que proclama el artículo 24.1 y 2 de la Constitución .

Igual que el anterior recurrente, se alega que el Auto de Apertura del Juicio Oral no se notificó personalmente al acusado D. Jose Manuel como exige el artículo 784.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por lo que dicho acto fue nulo y ello condiciona la nulidad del proceso seguido.

Es de dar por reproducido lo que se ha dejado expresado para rechazar igual motivo formalizado por el anterior recurrente.

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 al secreto de las comunicaciones que proclama el artículo 18. 3 de la Constitución .

Se dice producida tal vulneración constitucional por el acceso policial, a espaldas de la autoridad judicial, a los listados relativos a las llamadas salientes desde el teléfono fijo NUM000 , terminal ubicado e el despacho oficial del recurrente.

Este motivo es similar al tercero del anterior recurrente y debe dársele la misma respuesta.

TERCERO .- En el tercer 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 niega la existencia de prueba de cargo tanto directa como indiciaria. Se dice que excluida la información obtenida por medio de los listados de llamadas salientes del número NUM000 y que la mera amistad entre el recurrente y el otro acusado no es suficiente y no descarta la existencia de otras conclusiones alternativas. Es decir que el otro acusado hubiese actuado por su cuenta y riesgo sin excluir acuerdo previo.

Sobre el alcance y valorar de la prueba indiciaria hay que dar por reproducido lo que antes se ha dejado expresado.

El Tribunal de instancia ha podido valorar, como elementos indiciarios plenamente acreditados que el ahora recurrente contrató a unos detectives para que siguieran a su ex esposa, lo que fue confirmado por las declaraciones de esos profesionales, y que se tomaran fotografías a D. Juan Carlos , toma de fotografías que no podían tener otra finalidad que facilitar la información necesaria para llevar a cabo el plan conjunto, como así sucedió al disponerse de esas fotografías por los agentes policiales que forzosamente tuvieron que ser entregadas por el ahora recurrente, ello unido a las conversaciones mantenidas, a las relaciones de amistad con el otro acusado, al enfrentamiento que mantenía el ahora recurrente con su ex esposa, evidenciado por la orden de protección dictada por un Juzgado de Violencia de Género, habiéndose dictado un Auto de alejamiento contra el ahora recurrente precisamente una semana antes de que se produjeran los hechos enjuiciados; y es especialmente significativa las consultas realizadas en las bases de datos policiales.

También respecto a este acusado el Tribunal de instancia, tras dar cuenta de los indicios, explica la existencia de un enlace lógico y suficientemente sólido entre la actividad desplegada y los hechos que se declaran probados y alcanza la convicción, que no puede reputarse desacertada, de que el ahora recurrente se había concertado con el otro acusado para someter a D. Juan Carlos a un escarmiento que se tradujo en la privación de su libertad ambulatoria y para ello le proporcionó los datos y medios precisos para su identificación y localización.

Ha existido, por consiguiente, prueba de cargo, legítimamente obtenida, que enerva el derecho de presunción de inocencia invocado. 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 del artículo 29 del Código Penal .

Se alega que la cooperación del recurrente con la aportación de información sobre la persona de D. Juan Carlos carece de la suficiente relevancia y no constituye dominio alguno en la ejecución de los actos nucleares del hecho ilícito en cuya ejecución no participa el ahora recurrente, por lo que su conducta debería ser sancionada a título de complicidad, ya que no habría sido decisiva en la comisión del delito, atendida la condición del otro acusado de Inspector-Jefe y los medios policiales propios de su empleo o cargo policial.

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 dirigido por el otro acusado que determinó la privación de libertad de D. Juan Carlos . 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 en la causación de esa de esa detención, 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, y se ha inclinado 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 (cfr. Sentencia de 11 de junio de 1999) 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.

El Ministerio Fiscal señala que estamos ante una detención ilegal cometida por funcionario con abuso de sus funciones, prevista en el artículo 167 del Código Penal, delito especial en relación a la detención común tipificada en el artículo 163 del mismo texto legal, y el ahora recurrente es un particular cooperador de ese delito especial. Así las cosas, se pregunta si el particular debe responder por el delito común del artículo 163 o por el delito especial del artículo 167. La Audiencia se inclina por la primera de las opciones invocando una sentencia 2/1998, de 29 de julio, si bien cuando se dictó esa sentencia todavía no se había introducido en el Código Penal el artículo 65.3. Es significativa la distinción ya que de inclinarlos por esta segunda opción (colaboración con detención cometida por funcionario) tendría repercusión en la pena a imponer. Se partiría de la pena de cinco años de prisión e inhabilitación absoluta pero con posibilidad de rebajarla en un grado - art. 65.3- lo que llevaría a una pena privativa de libertad comprendida entre dos años y seis meses y cuatro años, once meses y veintinueve días y una inhabilitación absoluta también reducida en un grado (entre cuatro y siete años, once meses y veintinueve días), pena que resultaría inferior a la que correspondería de aplicar el tipo común del artículo 163.

Estas razones, unido a que sería factible hacer uso de la posibilidad que brinda el artículo 65.3 del Código Penal, en cuanto se parte de una cooperación necesaria realizada por un *extraneus* a un delito especial, deben ser atendidas y procede en consecuencia la aplicación del artículo 167 y, en este caso, del artículo 65.3 del Código Penal, con la reducción de la pena correspondiente.

Con este alcance el motivo debe ser estimado.

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, de fecha 1 de junio de 2011, en causa seguida por delito de detención ilegal, que casamos y anulamos, declarando de oficio las costas. Y remítase certificación de esta sentencia y de la que a continuación se dictada a la mencionada Audiencia a los efectos procesales oportunos.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Carlos Granados Perez Andres Martinez Arrieta Jose Manuel Maza Martin Manuel Marchena Gomez Alberto Jorge Barreiro

SEGUNDA SENTENCIA

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

En el Procedimiento Abreviado incoado por el Juzgado de Instrucción número 3 de Segovia con el número 1159/2008 y seguida ante la Audiencia Provincial de esa misma capital por delito de detención ilegal contra los acusados **D. Samuel Y D. Jose Manuel**, y en cuyo Procedimiento se dictó sentencia por la mencionada Audiencia con fecha 1 de junio de 2011, que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. Carlos Granados Perez, hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

UNICO.- Se aceptan y reproducen los antecedentes de hecho de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Segovia.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

UNICO.- Se aceptan y reproducen los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida que son completados por los fundamentos jurídicos que dan respuesta al cuarto de los motivos de los recursos formalizados por los acusados D. Samuel y D. Jose Manuel .

La estimación parcial de estos motivos determinan la modificación de las penas impuestas a los recurrentes, por las razones que se dejan expresadas en los fundamentos jurídicos de la sentencia de casación.

Así, respecto al acusado D. Samuel , al aplicarse el artículo 167 en relación al apartado segundo del artículo 163, se sustituye la pena que le fue impuesta de cinco años de prisión y diez años de inhabilitación absoluta por la pena de tres años y un día de prisión y seis años y un día de inhabilitación absoluta que se corresponden con la mitad superior de una pena inferior en grado.

Y respecto al acusado D. Jose Manuel , al aplicarse el artículo 167, en relación a los artículos 163.2 y 65.3, todos del Código Penal , se sustituye la pena privativa de libertad que le fue impuesta de cuatro años de prisión por la de un año y medio y un día de prisión.

Se mantienen los demás pronunciamientos de la sentencia recurrida.

III. FALLO

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.**

Y respecto al acusado **D. Jose Manuel** se sustituye la pena privativa de libertad que le fue impuesta de cuatro años de prisión por la de **UN AÑO Y MEDIO Y UN DIA DE PRISION** manteniéndose igualmente los demás pronunciamientos de la sentencia recurrida.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Carlos Granados Perez Andres Martinez Arrieta Jose Manuel Maza Martin Manuel Marchena Gomez Alberto Jorge Barreiro

PUBLICACIÓN .- Leidas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Carlos Granados Perez, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.