# EDJ 2005/68310

Tribunal Supremo Sala 2ª, S 23-3-2005, nº 415/2005, rec. 702/2004
Pte: Martínez Arrieta, Andrés

Comentada en "Crónica de la Jurisprudencia. Sala 2ª del Tribunal Supremo. 2004-2005"

## Resumen

*Desestimando el recurso de casación interpuesto por los acusados, la Sala acoge el formulado por el Ministerio Fiscal, ambos contra sentencia dictada en causa seguida a los mismos por delitos de asociación ilícita, robo con fuerza, robo con intimidación, simulación de delito, delito continuado de receptación, delito continuado de falsedad en documento oficial, tenencia ilícita de armas, depósito de armas, contra la salud pública, detención ilegal, depósito de municiones y resistencia y faltas de lesiones. El Alto Tribunal dicta segunda sentencia por la que viene a incardinar los hechos enjuiciados en el delito de detención ilegal del art. 163,4 CP 95, pues el acusado tuvo dominio del hecho pues imputó falsamente la comisión de unos hechos delictivos muy graves, tráfico de drogas, susceptible de ser agravado por la notoria importancia y delito de tenencia ilícita de armas, cuya gravedad y la experiencia del propio funcionario en casos similares, le informan la actuación judicial en orden a la prisión provisional.*

### NORMATIVA ESTUDIADA

LO 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal
art.50.5 , art.74 , art.77 , art.163.3 , art.163.4 , art.167 , art.298 , art.390.1 , art.456 , art.515 , art.517 , art.564 , art.566.1 , art.567
LO 6/1985 de 1 julio 1985. Poder Judicial
art.11.1
CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española
art.17 , art.18 , art.24 , art.120 , art.126
RDLeg. de 14 septiembre 1882. Año 1882. Ley de Enjuiciamiento Criminal
art.292 , art.297 , art.384 , art.492 , art.503 , art.579 , art.741 , art.789.5

### ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO
FUNDAMENTOS DE DERECHO
FALLO
SEGUNDA SENTENCIA

### CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

ASOCIACIÓN ILÍCITA
- PARA DELINQUIR

ATENTADO
- CONDUCTAS
  - Resistencia grave

CONCURSO DE DELITOS
- CONCURSO IDEAL
  - Penalidad

DELITO
- SIMULACIÓN DE DELITO

DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA
- DROGAS TÓXICAS Y ESTUPEFACIENTES
  - Sustancias que causan grave daño a la salud
    - Anfetaminas

DEPÓSITO DE ARMAS O MUNICIONES
- DE DEFENSA

DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR
- SECRETO DE LAS COMUNICACIONES
  - Intervención telefónica

Valor probatorio

DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS
DERECHO A LA TUTELA DE JUECES Y TRIBUNALES
Tutela judicial efectiva
Resolución motivada de todos los temas planteados
Motivada

Presunción de inocencia
Facultades judiciales
Valoración de la prueba

DETENCIÓN ILEGAL
DETENCIÓN Y PRIVACIÓN DE LIBERTAD
Para presentar al aprehendido a la autoridad
MODALIDADES AGRAVADAS
Funcionario público

FALSEDADES - FALSIFICACIÓN
FORMAS Y GRADOS DE EJECUCIÓN
Delito continuado

MULTA
GRADUACIÓN
RECEPTACIÓN
FORMAS Y GRADOS DE EJECUCIÓN
Delito continuado

ROBO
CON VIOLENCIA O INTIMIDACIÓN EN LAS PERSONAS
Apreciación de su existencia
CON FUERZA EN LAS COSAS
Supuestos diversos

TENENCIA ILICITA DE ARMAS Y EXPLOSIVOS
TENENCIA ILÍCITA DE ARMAS
Cuestiones generales
Conceptuación general

## FICHA TÉCNICA

Procedimiento:Recurso de casación

Legislación

Aplica art.50.5, art.74, art.77, art.163.3, art.163.4, art.167, art.298, art.390.1, art.456, art.515, art.517, art.564, art.566, art.567 de LO 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal
Aplica art.11.1 de LO 6/1985 de 1 julio 1985. Poder Judicial
Aplica art.17, art.18, art.24, art.120, art.126 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española
Aplica art.292, art.297, art.384, art.492, art.503, art.579, art.741, art.789.5 de RDLeg. de 14 septiembre 1882. Año 1882. Ley de Enjuiciamiento Criminal
Cita art.2, art.76, art.163, art.368, art.390.4 de LO 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal
Cita art.70 de RDLeg. 1/1995 de 24 marzo 1995. TR Ley del Estatuto de los Trabajadores
Cita art.5.4 de LO 6/1985 de 1 julio 1985. Poder Judicial
Cita art.25.1 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

 © Grupo El Derecho y Quantor, S.L.

Cita art.849.1, art.849.2, art.850.3, art.852 de RDLeg. de 14 septiembre 1882. Año 1882. Ley de Enjuiciamiento Criminal

### Jurisprudencia

Resuelve el recurso interpuesto contra SAP Valencia de 1 abril 2004 (J2004/42834)
Cita en el mismo sentido sobre DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR - SECRETO DE LAS COMUNICACIONES - Intervención telefónica - Valor probatorio STS Sala 2ª de 23 abril 2004 (J2004/44643)
Cita en el mismo sentido sobre DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR - SECRETO DE LAS COMUNICACIONES - Intervención telefónica - Valor probatorio STS Sala 2ª de 17 marzo 2004 (J2004/13199)
Cita en el mismo sentido sobre DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR - SECRETO DE LAS COMUNICACIONES - Intervención telefónica - Valor probatorio STS Sala 2ª de 18 noviembre 2003 (J2003/152600)
Cita en el mismo sentido STC Pleno de 23 octubre 2003 (J2003/108862)
Cita en el mismo sentido STC Sala 2ª de 10 febrero 2003 (J2003/2743)
Cita en el mismo sentido STC Sala 2ª de 9 diciembre 2002 (J2002/55506)
Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 22 octubre 2002 (J2002/55444)
Cita en el mismo sentido sobre DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR - SECRETO DE LAS COMUNICACIONES - Intervención telefónica - Valor probatorio STC Sala 1ª de 22 abril 2002 (J2002/11226)
Cita en el mismo sentido sobre ASOCIACIÓN ILÍCITA - PARA DELINQUIR STS Sala 2ª de 3 mayo 2001 (J2001/8432)
Cita en el mismo sentido sobre DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR - SECRETO DE LAS COMUNICACIONES - Intervención telefónica - Valor probatorio STS Sala 2ª de 6 noviembre 2000 (J2000/37115)
Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 16 febrero 2000 (J2000/3414)
Cita en el mismo sentido STC Sala 2ª de 2 marzo 1998 (J1998/2928)
Cita en el mismo sentido sobre ASOCIACIÓN ILÍCITA - PARA DELINQUIR STS Sala 2ª de 28 octubre 1997 (J1997/8154)
Cita en el mismo sentido STC Sala 2ª de 29 septiembre 1997 (J1997/6366)
Cita en el mismo sentido sobre ASOCIACIÓN ILÍCITA - PARA DELINQUIR STS Sala 2ª de 17 enero 1986 (J1986/665)
Cita en el mismo sentido STC Sala 1ª de 28 julio 1981 (J1981/31)

### Bibliografía

Comentada en "Crónica de la Jurisprudencia. Sala 2ª del Tribunal Supremo. 2004-2005"
Citada en "El delito de asociación ilícita. Respuesta de los tribunales"
Citada en "La tipificación penal de la organización y el grupo criminal. Problemas concursales (I)"

En la Villa de Madrid, a veintitrés de marzo de dos mil cinco.

En el recurso de casación por infracción de Ley y quebrantamiento de forma, interpuesto por EL Ministerio Fiscal y las representaciones de Jesús Ángel, Manuel, Ángel, Carlos Alberto y Hugo, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Primera, que les condenó por delito de asociación ilícita, robo con fuerza en casa habitada, robo con intimidación y uso de armas, simulación de delito, delito continuado de receptación, delito continuado de falsedad en documento oficial, tenencia ilícita de armas prohibidas, de depósito de armas, contra la salud pública, detención ilegal, delito de falsedad en documento público y delito de depósito de municiones, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que arriba se expresan se han constituido para la vista y votación bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando Jesús Ángel y Manuel representados por la Procuradora Sra. Puente Méndez; Ángel y Carlos Alberto representados por el Procurador Sr. Araez Martínez; y Hugo representado por la Procuradora Sra. Sánchez Rodríguez.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 13 de Valencia, instruyó sumario 13/02 contra Jesús Ángel, Manuel, Ángel, Carlos Alberto, Hugo y otros no recurrentes, por delito de asociación ilícita, robo con fuerza en casa habitada, robo con intimidación y uso de armas, simulación de delito, delito continuado de receptación, delito continuado de falsedad en documento oficial, tenencia ilícita de armas prohibidas, de depósito de armas, contra la salud pública, detención ilegal, delito de falsedad en documento público y delito de depósito de municiones, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Valencia, que con fecha 1 de abril de dos mil cuatro dictó sentencia EDJ 2004/42834 que contiene los siguientes Hechos Probados:

Único.- Jesús Ángel, mayor de edad, argelino, quien también utiliza otros muchos nombres (Valentín, Eugenio, Jesús Carlos, Mariano, Pedro Enrique, Rosendo, Eloy, Miguel Ángel y José Luis) junto con Manuel, mayor de edad, argelino, conocido como" Pelos", quien también utiliza otros nombres (Manuel, Silvio, Inocencio) Carlos Alberto, mayor de edad, conocido como "Santo", Ángel, mayor de edad Gaspar, mayor de edad, Gonzalo, mayor de edad, Hugo, mayor de edad, Inspector Superior de Policía de Valencia, con núm. de carnet profesional núm. 000 y Leticia, mayor de edad, participaron en los siguientes hechos:

1º.- Se concertaron con el propósito de beneficiarse ilícitamente de lo ajeno del siguiente modo:

- Planeando y ejecutando sustracciones en viviendas o establecimientos.

- Adquiriendo bienes de origen ilícito, en cuya sustracción no habían participado.

- Teniendo y distribuyendo todo tipo de sustancias estupefacientes.

- Usando uniformes y elementos acústicos y distintivos de la Guardia Civil y haciéndose pasar por miembros de la misma.

El encargado de la dirección, planificación, determinación de objetivos y supervisión, era el acusado Jesús Ángel, quien participó directamente en la ejecución de alguno de esos objetivos.

Los demás acusados integraban dicha organización, a excepción de Gonzalo, Hugo y Leticia, quienes ayudaban prestando cobertura a hechos concretos, como a continuación se dirá.

2º.- El día 13 de diciembre de 2000, Manuel, en unión de miembros de grupo no identificados, con el inicial propósito de aprovechamiento, se dirigió a la vivienda de Penélope, sita en Calpe, Partida de la Canuta de Ifach, núm. 001 y, tras manipular con instrumento al efecto, la reja protectora del acceso a la misma, se introdujo en su interior y se apoderó de dinero, electrodomésticos y joyas por un valor global de 1.200 euros. Los daños asciende a 72 euros.

En el interior de la vivienda se hallaba una caja fuerte, también manipulada y abierta, de cuyo interior se sustrajeron alguno de los efectos referidos.

3º.- El día 20 de febrero de 2002, Jesús Ángel, en unión también de miembros del grupo no identificados, accedió al videoclub "Madrid-3", sito en esta Ciudad, Quart, núm. 18, y esgrimiendo escopetas de cañones recortados y pistolas exigió la entrega de dinero y efectos de valor. De este modo se apoderó de la cantidad de 900 euros (350 de la caja registradora, 50 de Claudia y 500 de Ricardo y de joyas valoradas en 175, 270 y 36 euros, pertenecientes respectivamente, a los empleados Claudia, Remedios y al propietario Ricardo.

A resultas de un registro autorizado efectuado en el domicilio de Mariano, sito en Alboraya (Valencia), AVENIDA000 núm. 002, bloque núm. 003, escalera núm. 004, núm. 005, Pta. núm. 006, fueron hallados los siguientes efectos:

-Una sortija de oro amarillo y blanco, trenzada.

-Una sortija de oro liso con circonitas.

Ambas pertenecientes a Claudia y por valor de 25 euros.

-Una sortija de rosetón con piedra central azul y piedras blancas alrededor.

Propiedad de Remedios y por valor de 20 euros.

4º.- El día 23 de mayo de 2002, Jesús Ángel y Manuel, se dirigieron al domicilio de Bartolomé, sito en Alicante calle DIRECCION000, núm. 007 - núm. 008 y, tras manipular la puerta de acceso al mismo, Darío se introdujo en su interior y se apodero de dinero en efectivo, en euros y yuanes (esta última, moneda de la Republica Popular China), así como de bienes y efectos valorados en 600 euros.

Manuel, sorprendido por unos vecinos, huyo del lugar a través de los áticos del edificio y, en la huida perdió una bolsa que contenía documentación personal y del vehículo Audi S3 matrícula U-....-UB, de su propiedad y utilizado por los acusados para trasladarse a Alicante.

5º.- Por ello los dos acusados, contactaron con la esposa de Manuel, Leticia, quien denunció la sustracción del vehículo de su esposo, a las 15'58 horas en la Comisaría de Policía de Exposición, diciendo que lo había dejado estacionado el día anterior en la calle.

Al mismo tiempo, a las 15'59 horas Jesús Ángel llamó por teléfono a Hugo, con el fin de que le aconsejara, diciéndole éste que además de la denuncia Manuel debía desaparecer unos días y conseguir documentación de estancia fuera de España.

Ese mismo día, Manuel se fue a París donde contacto con conocidos de Jesús Ángel, quienes le proporcionaron documentación consistente en facturas de hotel, billetes de viaje y facturas de compras, acreditativas de que desde el día 19 de mayo se encontraba en el extranjero.

En el registro autorizado, efectuado en el domicilio de Manuel, sito en esta Ciudad, calle DIRECCION001, núm. 009 - núm. 003, se encontraron 3054 yuanes, propiedad de Bartolomé.

6º.- El día 2 de agosto de 2002, Gaspar, Jesús Ángel y Manuel, se dirigieron al domicilio de Santiago, sito en Ribarroja, carretera de Villamarchante y, tras manipular la puerta de acceso al mismo, no pudieron conseguir su propósito de apoderamiento, al ser sorprendidos, huyendo rápidamente del lugar en un vehículo rojo.

La puerta sufrió daños por importe de 20 euros.

6º.- El día 11 de mayo de 2000, Manuel, en unión de otros miembros del grupo, no identificados, se dirigió al domicilio de María Inés sito en esta ciudad, calle DIRECCION002, núm. 010, bis, núm. 011 y, tras manipular la puerta de acceso al mismo, se introdujo en su interior y se apoderó de electrodomésticos y joyas por valor de 1.616'72 euros. Se causaron daños por importe de 138,23 euros.

7º.- Se intervino diversos efectos sustraídos, sin que conste su participación en la sustracción, efectos hallados en el domicilio de Mariano, tras un registro autorizado. Estos fueron los siguientes:

a) Una sortija de oro blanco y un brillante, propiedad de Juan Ramón, valorados en 961 euros, que le sustrajeron con otros más, por importe total de 11.000 euros, el día 19.07.02 del interior del almacén de su empresa Grupo Madeplax, sita en Guadasuar, tras manipular la puerta de acceso a la misma, autores desconocidos. Los daños causados ascienden a la cantidad de 3.824,43 euros. La caja fuerte también fue manipulada, apoderándose de dinero y joyas que guardaba en su interior.

b) Una cadena de oro de eslabones gruesos de 70 centímetros de longitud, tasada en 1295 euros, sustraída a Alexander el día 30.07.01 de su domicilio en La Eliana calle DIRECCION003 núm. 012, por cuatro personas no identificadas, que esgrimiendo pistolas y escopetas recortadas accedieron a la vivienda y les exigieron a su mujer, Andrés y a él, la entrega de lo que de valor tuvieran, apoderándose de joyas y efectos por valor global de 19.200 euros. Causaron daños por valor de 390,92 euros.

c) Una sortija en forma de onda con tres tipos de oro, propiedad de Alberto, tasada en 150 euros, que le fue sustraída el día 17.03.02 de su domicilio en Paterna-La Cañada, CALLE000, núm. 013, tras manipular los barrotes de la reja de una de las ventanas y romper el

 © Grupo El Derecho y Quantor, S.L.

cristal de la misma, autores desconocidos, que se apoderaron de efectos por valor global de 9.990 euros. Los daños causados ascienden a 348'58 euros.

d) Una sortija de oro con un peso mejicano, tasada en 120 euros y sustraída por autores no identificados, a Sara, el día 4.08.02 del apartamento de su propiedad sito en Canet de Berenguer, calle DIRECCION004 apartamentos Marley, núm. 002 ptas. núm. 011, tras manipular la puerta de acceso al mismo, apoderándose de efecto por valor global de 19.180 euros. Causaron daños por importe de 90 euros.

e) Una sortija de oro con circonitas, una pulsera de oro con rubíes y circonitas y una pulsera de oro con forma de hojas y circonitas, tasadas en 150 euros, propiedad de Rogelio, a quien le fue sustraído con un total de efectos por valor de 2.600 euros, el día 6.01.02 de su domicilio sito en Játiva calle DIRECCION005, núm. 014, tras manipular la puerta de acceso al mismo, autores desconocidos.

f) Una sortija de oro trenzado con esmeralda y una sortija de oro con brillantes, tasadas en 900 euros, propiedad de Sergio, a quien le fueron sustraídas de su domicilio sito en Guardamar (Alicante) calle DIRECCION006 núm. 005, con un total de efectos por valor de 29.532 euros, el día 19.07.00, por autores desconocidos, tras manipular la puerta de acceso al mismo.

g) Una sortija de oro blanco con circonita central y 6 circonitas alrededor formando una flor, tasada en 150 euros, propiedad de Octavio, a quien le fue sustraída de su domicilio sito en Albal calle DIRECCION007 núm. 011, con un total de efectos por valor de 7.032 euros, el día 13.12.00, por autores desconocidos, tras manipular la puerta de acceso al mismo. Causaron daños por importe de 250 euros.

9º.- Los integrantes del grupo utilizaban armas e instrumentos aptos para conminar y causar menoscabo físico, utilizándolas contra las personas, así como objetos y prendas propios de la Guardia Civil, con el propósito de hacerse pasar por miembros de dicho cuerpo. Igualmente utilizaban documentos y efectos que facilitaran el desempeño de sus actividades.

De este modo, en los registros que se dirán, fueron hallados los siguientes efectos:

a) En el domicilio de Jesús Ángel:

- Unos prismáticos marca Vitacon Sporty (Night Vision)
- Un machete con empuñadura verde.
- Una navaja con mango de madera, en su funda.
- Un bote spray paralizador.
- Una catana, en su funda.
- Una pistola P23, de la marca Gamo, de aire comprimido, con puntero láser.
- Una caja con cinco cargas de CO2, marca Gamo.

b) En el interior de su vehículo Audi, matrícula.... NSX:

- Un chaleco de alta visualización.
- Un cuchillo jamonero.
- Un foco de luz manual de gran tamaño.

c) En el domicilio de Ángel, en la AVENIDA001, núm. 015, de esta Ciudad:

- Una catana de 60 cm. de longitud.
- Una funda de grilletes de color negro.
- Una catana de un metro de longitud.

d) en el interior de su vehículo BMW, matrícula N-....-NQ:

- Un aparato Emergengy Disco Ligth, como los utilizados por los vehículos policiales y ambulancias.
- El vehículo referido se encontraba quemado.

e) En el taller, propiedad de los padres de Ángel y Carlos Alberto, sito en la calle DIRECCION008, núm. 016 de esta ciudad:

- Una funda de pistola de color marrón.
- Una caja de cartuchos de fogueo de 9 mm. PA, con 6 cartuchos metálicos de fogueo y una pieza enroscable.
- Tres cartuchos de fogueo.
- Seis cartuchos de escopeta calibre 12, marca Fiocchi.
- Una caja de balines de plástico.
- Una cataja de 60 cm. de longitud.

f) En el domicilio de Carlos Alberto, sito en Alboraya (Valencia), AVENIDA000:

- Tres chalecos reflectantes de la Guardia Civil de Tráfico, talles G, M, y S respectivamente.
- Un anorak de la Agrupación de Tráfico de la Guardia Civil.
- Un prioritario azul.
- Una porra metálica extensible.
- Una caja conteniendo 6 balas de calibre 38. Una pistola calibre 4,5 mm. Marca Gamo.
- Unos grilletes marca Alyon.

- Un estilete.

- Un cartucho calibre 12, sin percutir.

- Un foco de mano marca Sogo.

- Una carta de identidad italiana y un permiso de conducir italiano, ambos a nombre de Ángel Jesús, con la foto de Carlos Alberto, los dos falsos.

g) En el domicilio de Darío, sito en Valencia, calle DIRECCION003, núm. 022, pta núm. 006:

- Una daga japonesa.

- Un chaleco fluorescente sin inscripción.

- Una maza con cabeza metálica

- Un mango de madera.

- Una cuña metálica.

h) No obstante, la mayoría de las armas pertenecientes al grupo, se encontraron en el domicilio de Gonzalo, sito en esta Ciudad, calle DIRECCION009, núm. 017 pta. núm. 018, quien a indicación de Ángel, las guardó en su habitación, cobrando por ello 1.200 euros. En un registro autorizado efectuado en el mismo se encontraron las siguientes:

- Un subfusil Z-70, ET EDL 1995/13475 24049, núm. 162.093, sustraído entre los días 5 a 8 de abril de2002 en el almacén de la base militar Jaime I de Betera, por autor/es desconocidos.

- Una pistola compact SP, núm. 019, sustraída el día 17 de febrero de 2002 del retén de la Policía Local de Godella, perteneciente a la Agente Eugenia, por autor/es desconocidos.

- Una pistola Llama 9 parabellum, núm. 07-0419387.88, sin guía de pertenencia.

- Un revólver Star 375 Magnum, con la numeración borradas.

- Una escopeta con los cañones recortados, marca Maverck, núm. MV 35065D.

- Una granada BS-SPAL.

- Tres grilletes de la marca Alción, dos fundas de pistola, 4 fundas de grilletes, 1 navaja automática y una navaja marca Andújar.

- Trescientos cartuchos de 9 mm. 22 cartuchos de 9 mm. Percutidos, 21 cartuchos de 9 mm. Parabellum, 57 cartuchos de 7.65 fiochi, 58 cartuchos calibre 38 SPL-MRP, 32 cartuchos calibre 38 SPL-NCC/R, 8 casquillos calibre 38 SPL-MRP, 1 casquillo calibre 38 SPL Winchester, 44 cartuchos de 357 magnum federal, 22 cartuchos de 357 magnum Geco, 20 cartuchos de escopeta calibre 12 Nobel Sport, 5 cartuchos de escopeta, calibre 12 Winchester y un soporte de aguja de percutor rota.

10º.- Como quiera que los hermanos Carlos Alberto Ángel César tuvieran una disputa con personas no identificadas pero vinculadas de algún modo con Luis, éstos idearon con Jesús Ángel y Manuel, tenderle una trampa a Luis.

Para materializarla necesitaban la colaboración de Hugo, quien como Inspector de Policía podía proceder a detener a cualquier persona estando o no de servicio. A instancias de Jesús Ángel, Hugo aceptó colaborar. Se trataba de hacer acudir a Luis a un lugar determinado y dejarle solo, unos momentos, a cargo de una bolsa en la que previamente habían depositado pastillas de éxtasis, con el fin de que Hugo procediera a su detención por tenencia de sustancias estupefacientes.

A tal fin, el día 25 de julio de 2002, a las 16,00 horas, se reunieron Jesús Ángel, Manuel y los hermanos Carlos Alberto Ángel con Hugo, en la cafetería "Cánovas", sita en la Plaza Cánovas del Castillo de ésta ciudad, donde organizaron la ejecución del plan ideado.

El día 26 sobre las 15'50 horas se reunieron de nuevo, en el mismo lugar, Jesús Ángel y Carlos Alberto con Hugo, quien llegó momentos antes, para ultimar detalles, manteniendo contactos telefónicos con Ángel.

Ultimado todo, Carlos Alberto se fue del lugar, en su vehículo Smart matrícula H-.....WD, para recoger a César, quedándose en la cafetería Eugenio y Hugo.

Pasado un rato, estos últimos se fueron a otra cafetería, con el fin de controlar la llegada de Carlos Alberto y Luis, volviendo de nuevo a la cafetería inicial.

En las inmediaciones se encontraban Ángel y Gaspar, con el fin de controlar los acontecimientos.

En esta situación, llegaron a la Plaza Cánovas del Castillo, Carlos Alberto y Luis, en el vehículo ya referido, conducido por Carlos Alberto, quien al bajar del mismo portaba en la mano una bolsa de cartón con el anagrama "pertutti" en cuyo interior, camufladas por una bolsa de basura, habían depositado 3.000 pastillas de éxtasis (MDMA) con un peso de 887,15 gramos con una pureza de 13.1%.

Las pastillas eran de la marca "Roles" (las que en esa época distribuía Jon).

A su vez, la bolsa contenía: una pistola de calibre 7'65 mm. Sin inscripciones ni huellas y unos grilletes con funda de cuero.

Luis fue con Carlos Alberto a la cafetería "Cánovas", sentándose ambos en una mesa y custodiando Carlos Alberto la bolsa de papel.

En ese momento, salió de la cafetería "Cánovas" Jesús Carlos, reuniéndose con Gaspar y Ángel, en la plaza.

De acuerdo con lo convenido, Carlos Alberto recibió una llamada en el móvil, indicando a Luis que tenía que hacer algo urgente, que le esperase un momento, saliendo del establecimiento, tras dejar a los pies de Constantino la bolsa que portaba, desconociendo este último su contenido.

En ese momento, Hugo que se había sentado en una mesa contigua, se acercó a Luis, le pidió que se identificara y procedió a mirar en el interior de la bolsa, para a continuación proceder a su detención por tenencia de sustancias estupefacientes y tenencia de armas.

 © Grupo El Derecho y Quantor, S.L.

Hugo, cumpliendo lo convenido y, con el fin de dar credibilidad a la detención, en el atestado que se instruyó al efecto, manifestó que había escuchado casualmente la conversación entre Luis y otro, al que describió de forma totalmente diferente a las características físicas de Carlos Alberto, en la que decían "estas son para pasarlas esta tarde".

El éxtasis de circulación prohibida en España causa grave daño a la salud. El valor de las pastillas en el mercado ilícito asciende a 36.376,08 euros.

11º.- En el registro autorizado efectuado en el domicilio de Tomás, sito en Paterna calle DIRECCION010 núm. 020 de la Urbanización "Campo Olivar" fueron hallados los siguientes efectos:

- Una caja de madera con 1.000 cartuchos, calibre 9 mm. Largo; 500 cartuchos calibre 22, rifle: 300 cartuchos calibre 38 especial; 250 cartuchos calibre 9 mm. Corto; 50 cartuchos calibre 44, 50 cartuchos calibre 89 mm. Largo; 40 cartuchos calibre 7.62; 47 cartuchos calibre 45 mm; 425 cartuchos 9 mm. Corto y 900 cartuchos 9 mm. largo.

- Varias pistolas y escopetas sin guía de pertenencia. Tomás posee licencia de armas.

- Una escopeta KL, calibre 12 con guía de pertenencia y licencia de armas a su nombre.

- Una carabina, calibre 22 sin documentación.

- Una carabina de aire comprimido, calibre 4.5 sin documentación.

- Una guía-licencia de armas a CNP de la escopeta "Ibargun" calibre 12, a su nombre.

- Una guía-licencia de armas, a CNP de la escopeta SKB calibre 12, a CNP, a su nombre.

- Una pistola "Smith & Wesson" modelo 6.45 con cargador y licencia a su nombre.

- Una pistola "Star" calibre 6,35 con cargador.

- Una pistola "Prieto Berette" con cargador.

- Una pistola "Star" calibre 9 mm. con 2 cargadores.

Los acusados Carlos Alberto y Ángel Gaspar, Gonzalo, Hugo y Leticia, no tienen antecedentes penales.

Jesús Ángel ha sido ejecutoriamente condenado por un delito de falsificación en documento público a la pena de 1 año y 6 meses de Prisión y por delito de robo en sentencia de 23-11-99 a 2 años de prisión.

Manuel ha sido ejecutoriamente condenado en sentencia de fecha 13-7-01 por un delito de receptación a la pena de 8 meses de prisión suspendida durante 2 años desde el día 17-9-01".

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

"Fallamos:

1º Que debemos condenar y condenamos a Jesús Ángel, como autor de un delito de asociación ilícita ya definido, a la pena de 3 años de prisión, accesoria de inhabilitación especial para ejercer el derecho de sufragio pasivo durante el mismo tiempo y multa de 18 meses con una cuota de 100 euros diarios.

Que debemos condenar y condenamos a Manuel, Carlos Alberto y Ángel, como autores de un delito de asociación ilícita ya definido, a la pena a cada uno de 2 años de prisión, accesoria de inhabilitación especial para ejercer el derecho de sufragio pasivo durante el mismo tiempo y multa de 18 meses con una cuota diaria de 100 euros.

2º Que debemos condenar y condenamos a Darío, como autor de un delito de robo con fuerza en las cosas, en casa habitada, con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal agravante de reincidencia, a la pena de 3 años de prisión, más la accesoria de inhabilitación especial para ejercer el derecho de sufragio pasivo durante el mismo tiempo.

3º Que debemos condenar y condenamos a Jesús Ángel, como autor de un delito de robo con violencia e intimidación, con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal agravante de reincidencia, a la pena de 4 años y 6 meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para ejercer el derecho de sufragio pasivo durante el mismo tiempo.

4º Que debemos condenar y condenamos a Jesús Ángel y a Manuel, como autores de un delito de robo con fuerza en las cosas, en casa habitada, con la concurrencia en ambos de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal agravante de reincidencia, a la pena a cada uno de 4 años de prisión, más la accesoria de inhabilitación especial para ejercer el derecho de sufragio durante el mismo tiempo.

5º Que debemos condenar y condenamos a Jesús Ángel, Manuel y Gaspar, como autores de un delito intentado de robo con fuerza en las cosas, en casa habitada, con la agravante de reincidencia en los dos primeros, a la pena a los dos primeros de 1 año y 9 meses de prisión, más la accesoria de inhabilitación especial para ejercer el derecho de sufragio pasivo durante el mismo tiempo, y a la pena al último de 1 año y 3 meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para ejercer el derecho de sufragio pasivo durante dicho tiempo.

6º Que debemos condenar y condenamos a Manuel, como autor de un delito de robo con fuerza en las cosas en casa habitada, a la pena de 3 años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para ejercer el derecho de sufragio pasivo durante el mismo tiempo.

7º Que debemos condenar y condenamos a Jesús Ángel, como autor de un delito continuado de receptación, a la pena de 1 año y 6 meses de prisión, más la accesoria de inhabilitación especial para ejercer el derecho de sufragio pasivo durante el mismo tiempo.

8º Que debemos condenar y condenamos a Carlos Alberto, como autor de un delito continuado de falsificación de documento oficial, a la pena de 2 años de prisión, accesoria de inhabilitación especial para ejercer el derecho de sufragio pasivo durante el mismo tiempo y multa de 10 meses con una cuota de 100 euros diarios.

9º Que debemos condenar y condenamos a Jesús Ángel, Manuel, Carlos Alberto, Ángel y Gonzalo, como autores de un delito de depósito de armas de guerra, ya definido, con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, atenuante muy cualificada de confesión, en el último, a la pena a cada uno de los cuatro primeros de 6 años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para ejercer el derecho de sufragio pasivo durante el mismo tiempo, y al último de 2 años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para ejercer el derecho de sufragio pasivo durante el mismo tiempo.

Que debemos condenar y condenamos a Jesús Ángel, Manuel, Carlos Alberto y Ángel, como autores de un delito de tráfico de drogas a la pena a cada uno de 3 años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para ejercer el derecho de sufragio pasivo durante el mismo tiempo.

10º Que debemos condenar y condenamos a Hugo, como autor de un delito de detención ilegal, a la pena de multa de 5 meses con una cuota de 100 euros, más la inhabilitación absoluta por tiempo de 10 años.

Que debemos condenar y condenamos a Leticia, como autor de un delito de denuncia falsa, a la pena de 2 años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para ejercer el derecho de sufragio pasivo durante el mismo tiempo, y multa de 15 meses, con una cuota de 100 euros.

11º Que debemos condenar y condenamos a Leticia, como autora de un delito de simulación de delito, a la pena de multa de 9 meses, con una cuota de 6 euros diarios.

12º Que debemos condenar y condenamos a Jesús Ángel y a Manuel al pago solidario de las 5/10 partes de las costas, a Carlos Alberto y a Ángel al pago solidario de las 3/10 partes de las costas, y a Hugo, Gaspar y Leticia, al pago solidario de las 2/10 partes de las costas, con carácter subsidiario entre los diferentes grupos.

13º A Jesús Ángel y a Manuel, por aplicación de la limitación establecida en el artículo 76 del Código Penal EDL 1995/16398 se les impone definitivamente las penas de prisión de 18 años a cada uno.

14º Por vía de responsabilidad civil: Manuel indemnizará a Penélope en la cantidad de 1.200 euros por los efectos sustraídos y en 72 euros por los desperfectos, más los intereses legales.

Jesús Ángel indemnizará a Ricardo en la cantidad de 850 euros sustraídos y 36 por los efectos también sustraídos; a Claudia en 50 euros sustraídos y 150 por los efectos no recuperados; y a Remedios en 250 euros por los efectos sustraídos, en todos los casos con los intereses legales.

Jesús Ángel y Manuel, conjunta y solidariamente indemnizarán a Bartolomé en 600 euros por efectos sustraídos, más los desperfectos pendientes de tasar, con los intereses legales.

Jesús Ángel, Manuel y Gaspar, indemnizarán conjunta y solidariamente a Santiago en la suma de 20 euros, con los intereses legales.

Manuel, indemnizará a María Inés en 1.61672 euros, importe de los sustraído, y 18323 euros por los daños, más los intereses legales.

15º Que debemos absolver y absolvemos a Hugo del delito de depósito de municiones, del de falsedad y del de tráfico de drogas de que viene siendo acusado y a Jesús Ángel, Manuel, Carlos Alberto y Ángel, del delito de tenencia ilícita de armas de guerra por el que han sido igualmente perseguidos.

Para el cumplimiento de la pena privativa de libertad y responsabilidad personal subsidiaria que se impone abonamos al acusado todo el tiempo que ha estado privado de libertad por esta causa, sino lo tuviere absorbido por otras.

Declaramos la insolvencia de los procesados Manuel, Carlos Alberto, Jesús Ángel y Gaspar aprobando el auto que a tal fin dictó el Instructor".

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por el Ministerio Fiscal y las representaciones de Jesús Ángel, Manuel, Ángel, Carlos Alberto y Hugo, que se tuvo por anunciado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

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

El Ministerio Fiscal:

Primero.- Por infracción de Ley, al amparo del artículo 849.2 por existir error de hecho en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en autos, que demuestran la equivocación del Juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

Segundo.- Por infracción de Ley, al amparo del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 , por aplicación indebida del núm. 4 del art. 163 del Código Penal EDL 1995/16398 y falta de aplicación del núm. 3 del artículo 163 en relación con el art. 167 del mismo texto legal.

Tercero.- Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 , por aplicación indebida del art. 456 y falta de aplicación del art. 390.1º y 4º del Código Penal EDL 1995/16398.

La representación de Jesús Ángel, Manuel:

Primero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en el artículo 5.4 de la L.O.P.J. EDL 1985/8754 , por considerarse infringido el principio constitucional de la presunción de inocencia recogido en el artículo 24.2 de la Constitución Española EDL 1978/3879 .

Segundo.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en el artículo 5.4 de la L.O.P.J. EDL 1985/8754 , por considerarse infringido el principio constitucional al secreto de las comunicaciones recogido en el artículo 18.3 de la Constitución Española EDL 1978/3879 , en relación con el art. 579 de la LECRim. EDL 1882/1

 © Grupo El Derecho y Quantor, S.L.

Tercero.- Por infracción de Ley al amparo del artículo 849.1 de la LECRim. EDL 1882/1 , por vulneración del artículo 11.1 de la L.O.P.J. EDL 1985/8754

Cuarto.- Por infracción de Ley al amparo del artículo 849.1 de la LECRim. EDL 1882/1 , por vulneración del artículo 579 de la LECRim. EDL 1882/1

Quinto.- Por infracción de Ley al amparo del artículo 849.2 de la LECRim. EDL 1882/1 , alegándose error en la apreciación de las pruebas.

Sexto.- Por infracción de Ley al amparo del artículo 849.1 de la LECRim. EDL 1882/1 , alegándose infracción de precepto penal de carácter sustantivo dados los hechos que se declaran probados en la sentencia recurrida.

Séptimo.- Por infracción de Ley al amparo del artículo 849.1 de la LECRim. EDL 1882/1 , alegándose infracción de precepto penal de carácter sustantivo dados los hechos que se declaran probados en la sentencia recurrida.

Octavo.- Por infracción de Ley al amparo del artículo 849.1 de la LECRim. EDL 1882/1 , alegándose infracción de precepto penal de carácter sustantivo dados los hechos que se declaran probados en la sentencia recurrida.

Noveno.- Por infracción de Ley al amparo del artículo 849.1 de la LECRim. EDL 1882/1 , alegándose infracción de precepto penal de carácter sustantivo dados los hechos que se declaran probados en la sentencia recurrida.

Décimo.- Por infracción de Ley al amparo del artículo 849.1 de la LECRim. EDL 1882/1 , alegándose infracción de precepto penal de carácter sustantivo dados los hechos que se declaran probados en la sentencia recurrida.

Undécimo.- Por infracción de Ley al amparo del artículo 849.1 de la LECRim. EDL 1882/1 , alegándose infracción de precepto penal de carácter sustantivo dados los hechos que se declaran probados en la sentencia recurrida.

La representación de Ángel:

Primero.- Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 , por error en la apreciación de la prueba, basado en documentos obrantes en autos que demuestran la equivocación del Juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

Segundo.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754 y del art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 , por vulneración del art. 17.3 de la Constitución Española EDL 1978/3879 , que consagra el derecho a no ser obligado a declarar y el derecho a ser asistido de Abogado.

Tercero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754 y del art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 , que consagra el derecho de toda persona a ser presumida inocente.

Cuarto.- Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 , por aplicación indebida de los arts. 566.1 y 567.1 del Código Penal EDL 1995/16398 (delito de depósito de armas).

Quinto.- Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 , por aplicación indebida del inciso primero del art. 566.1º del Código Penal EDL 1995/16398 (promotor del delito de depósito de armas de guerra).

Sexto.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754 y del art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 , (derecho al secreto de las comunicaciones) y por extensión vulneración del art. 24.2 de la Constitución Española EDL 1978/3879 , (derecho a un proceso con todas las garantías y a ser presumido inocente) 24.1 de la Constitución Española EDL 1978/3879 , (derecho a la tutela judicial efectiva, sin indefensión) y 25.1 de la Constitución Española EDL 1978/3879 , (principio de legalidad) en relación con los arts. 368 y 515.1º y 517.2, ambos del Código Penal EDL 1995/16398 .

Séptimo.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754 y del art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 , por vulneración del art. 24.2 de la Constitución Española EDL 1978/3879 , que consagra el derecho a ser presumido inocente en relación con el art. 368 del Código Penal EDL 1995/16398 .

Octavo.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754 y del art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 , por vulneración del art. 24.2 de la Constitución Española EDL 1978/3879 , que consagra el derecho a la presunción de inocencia en relación con la vulneración de los arts. 515.1 y 517.2 del Código Penal EDL 1995/16398.

Noveno.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754 y del art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 , por vulneración del derecho a la Tutela Judicial efectiva que consagra el art. 24.1 de la Constitución Española EDL 1978/3879 .

Décimo.- Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 , por aplicación indebida del art.

La representación de Carlos Alberto:

Primero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de La Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754 y art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 , por vulneración del art. 18.3 de la Constitución Española EDL 1978/3879 , (derecho al secreto de las comunicaciones) en relación con los arts. 368 y 515.1 y 517.2 ambos del Código Penal EDL 1995/16398 .

Segundo.- Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 , por error de hecho en la apreciación de la prueba resultante de documentos (informe pericial).

Tercero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754 y art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 , por vulneración del art. 24.2 de la Constitución Española EDL 1978/3879 que consagra el derecho a toda persona a ser presumida inocente.

Cuarto.- Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 , por aplicación indebida de los arts. 566.1º y 567.1 del Código Penal EDL 1995/16398 (delito de depósito de armas de guerra).

Quinto.- Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 , por aplicación indebida del art. 368 del Código Penal EDL 1995/16398 (delito contra la salud pública).

Sexto.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754 y art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 , por vulneración del art. 24.2 de la Constitución Española EDL 1978/3879 que consagra el derecho a la presunción de inocencia en relación con la vulneración de los arts. 515.1º y 517.2º del Código Penal EDL 1995/16398.

Séptimo.- Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 , por falta de aplicación del inciso segundo del art. 566.1 del Código Penal EDL 1995/16398 (cooperador a la formación del delito de depósito de armas de guerra).

Octavo.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754 , y art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 , por vulneración del derecho a la Tutela Judicial efectiva que consagra el art. 24.1 de la Constitución Española EDL 1978/3879 y vulneración del principio de la proporcionalidad de la pena.

La representación de Hugo:

Primero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754 , y art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 , por infracción del derecho al secreto de las comunicaciones establecido en el art. 18.3 de la Constitución Española EDL 1978/3879 .

Segundo.- Por infracción de precepto constitucional del núm. 4 del art. 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754 , y 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 , por infracción del derecho al secreto de las comunicaciones establecido en el art. 18.3 de la Constitución Española EDL 1978/3879 .

Tercero.- Por infracción de precepto constitucional del núm. 4 del art. 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754 , y 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 , por infracción del derecho al secreto de las comunicaciones establecido en el art. 18.3 de la Constitución Española EDL 1978/3879 .

Cuarto.- Por infracción de precepto constitucional del núm. 4 del art. 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754 , y 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 , por infracción del derecho a un proceso con todas las garantías y a la prueba legítima establecido en el art. 24.2 de la Constitución Española EDL 1978/3879 .

Quinto.- Por infracción de precepto constitucional del núm. 4 del art. 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754 , y 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 , por infracción del derecho a la inviolabilidad domiciliaria establecido en el art. 18.2 de la Constitución Española EDL 1978/3879 .

Sexto.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 850.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 , al haber denegado el Presidente del Tribunal de instancia a las preguntas formuladas al testigo, Guardia Civil, con T.I.P. núm. 021, por parte del Letrado de la parte sobre las condiciones físicas del acusado Carlos Alberto el día 26 de julio de 2002.

Séptimo.- Por infracción de precepto constitucional del art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754 , y 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 , por infracción del derecho a la Tutela Judicial efectiva establecido en el art. 24.1 de la Constitución Española EDL 1978/3879 .

Octavo.- Por infracción de precepto constitucional del núm. 4 del art. 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754 , y 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 , por infracción del derecho a la presunción de inocencia establecido en el art. 24.2 de la Constitución Española EDL 1978/3879 .

Noveno.- Por infracción de precepto constitucional del núm. 4 del art. 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754 , y 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 , por infracción del derecho a ser informado de la acusación y a defenderse de ella establecido en el art. 24.1 y 2 de la Constitución Española EDL 1978/3879.

Décimo.- Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 , por indebida aplicación del art. 456 del Código Penal EDL 1995/16398 .

Undécimo.- Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 , por indebida aplicación del art. 456.

Duodécimo.- Por infracción de precepto constitucional del núm. 4 del art. 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754 , y 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 , por infracción del derecho a la presunción de inocencia establecido en el art. 24.2 de la Constitución Española EDL 1978/3879 .

Decimotercero.- Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 .

Decimocuarto.- Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 , por error en la apreciación de la prueba.

 © Grupo El Derecho y Quantor, S.L.

Decimoquinto.-Por infracción de precepto constitucional del núm. 4 del art. 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754 , y 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 , por infracción del derecho a la presunción de inocencia establecido en el art. 24.2 de la Constitución Española EDL 1978/3879 .

Decimosexto.- Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 , por incorrecta aplicación del art. 50.5 en cuanto a la cuota de la multa impuesta.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de vista cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento para la vista, se celebró ésta y la votación prevenida el día 16 de marzo de 2005.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO DEL Ministerio Fiscal

PRIMERO.- La oposición que formaliza el Ministerio fiscal se articula en base a tres motivos que se refieren al acusado Hugo. Este condenado, también recurrente, es inspector de policía y a él se refieren los hechos probados en dos apartados. En el primero se relata que, como quiera que otros dos imputados Jesús Ángel y Manuel habían perdido una bolsa con su documentación y la del coche en un robo en una vivienda, preguntaron a Hugo sobre lo que debían realizar, aconsejándoles éste que pusieran denuncia por desaparición del coche y que despareciera alguno días al tiempo que se procurase documentación justificativa de una estancia en el extranjero, lo que así realizó.

En un segundo apartado se refiere que los hermanos M., también condenados y recurrentes, mantenían malas relaciones con allegados a Luis, por lo que querían tender una trampa a éste último. Idearon un plan que, en síntesis, consistía en dejar junto a César una bolsa que contenía 3.000 pastillas de "éxtasis" y una pistola. Según el plan previsto el inspector de policía detuvo a César y compareció en comisaría de policía donde se confeccionó un atestado. En la causa que se incoa judicialmente se acordó su ingreso en prisión, durante mas de quince días. En un registro en el domicilio del funcionario policial se intervinieron las armas que se relacionan en el hecho probado. El acusado Hugo es condenado como autor de un delito de detención ilegal, otro de denuncia falsa, siendo absuelto de los delitos de depósito de municiones, del delito de falsedad y del de tráfico de drogas por los que era acusado.

Opone el Ministerio fiscal tres motivos. En el primero denuncia el error de hecho en la valoración de la prueba. En los dos siguientes, opone sendos errores de derecho, el primero como consecuencia del error de hecho denunciado.

En el primero, formalizado por error de hecho en la valoración de la prueba, denuncia la errónea valoración de los hechos para lo que designa tres documentos: el atestado policial y el Auto de libertad de 1 de octubre de 2002 en el que se documenta la detención de César, la intervención de la sustancia tóxica, una pistola, unos grilletes y un puño americano, y en el que consta que el funcionario policial oyó una conversación, que motivó su actuación profesional, en la que se decía que la sustancia era para pasarla. La pretensión revisora del hecho probado es la de hacer constar en el relato fáctico que el detenido lo fue el 27 de julio y fue puesto en libertad el 1 de octubre siguiente, esto es, que el detenido estuvo privado de libertad mas de quince días, lo que tendrá relevancia, como se desarrolla en el motivo siguiente, a los efectos de aplicar el art. 163.3 del Código penal EDL 1995/16398 , cuya inaplicación se denuncia, y no en el art. 163.4 que se considera indebidamente aplicado, es decir, su denuncia es por inaplicación del tipo de la detención cuando la privación de libertad ilegal dure mas de quince días.

Es reiterada la jurisprudencia de esta Sala que recuerda los requisitos que ha de tener un documento, a los efectos del art. 849.2 de la Ley procesal, es decir un documento con entidad para la acreditación de un error en la apreciación de la prueba. En este sentido, y como primer requisito, ha de tratarse de prueba documental, lo que excluye de su consideración otras modalidades de prueba, como confesión, testifical, incluso pericial -con las excepciones que en ésta prueba se ha señalado jurisprudencialmente y que permite su consideración de documento a los efectos del recurso de casación-. La razón de tal exclusión radica, precisamente, en que las pruebas personales, como la testifical y la de confesión, están sujetas a la valoración del tribunal que con inmediación la percibe.

En segundo término, el documento ha de acreditar el error en la apreciación de la prueba. Del documento designado debe resultar, bien un dato fáctico contrario al reflejado por el Juzgador en el hecho probado, bien un hecho no incluido en la declaración fáctica.

Además, el documento designado no debe entrar en colisión probatoria con otros elementos de prueba. Si así ocurriera, corresponde al tribunal de instancia apreciar y valorar la prueba y formar su convicción en los términos resultantes en el art. 741 de la Ley procesal.

Por último, el documento designado que acredita un hecho, en los términos señalados, debe tener relevancia en la subsunción, es decir, debe tener virtualidad para modificar la calificación jurídica de los hechos y, por ende, el fallo de la sentencia.

Las consideraciones anteriores permiten al tribunal de casación adentrarse en la formación del relato fáctico, que aunque, ajeno a la formulación más clásica de la casación, forma parte de nuestro ordenamiento desde la instauración del recurso, sin perjuicio de que este Tribunal de casación ejerza facultades de valoración en aquellos extremos no sujetos a la inmediación, es decir, en lo referente a la lógica y racionalidad de la convicción que aparece reflejada en la necesaria motivación de toda resolución judicial.

El atestado policial que, de ordinario, no puede tener la condición de documento a efectos del recurso de casación pues tiene el valor de mera denuncia (art. 297 Leecrim), alcanza esa categoría respecto a aquellos datos que constituyen presupuesto de la actuación policial en materia de injerencia en los derechos de los ciudadanos, como lo es, indudablemente, la detención de una persona, y concretamente, la persona del detenido, la intervención de los agentes identificados y la hora de la injerencia.

El ordenamiento jurídico autoriza, también obliga, a los funcionarios de la policía a la detención de las personas sobre las que recaigan indicios racionales sobre la comisión de hechos delictivos y su participación en él, bajo los presupuestos legales previstos en los artículos

292 y siguientes de la Ley Procesal penal EDL 1882/1 . Consecuentemente, la expresión del día y hora de la detención, de expresión obligatoria en el atestado para delimitar el ámbito temporal de la detención, se integra en el concepto de documento.

Consecuentemente, procede estimar el recurso, añadiendo en el relato fáctico la expresión del día y hora de la detención por parte de la policía, en los términos solicitados por la impugnación del Ministerio público.

De la misma manera debe añadirse al relato fáctico la fecha de puesta en libertad del acusado por resolución judicial de fecha 1 de octubre de 2002, enmarcando durante estas fechas la privación de libertad de Luis como consecuencia a la conducta del acusado Hugo a quien va referida la impugnación del Ministerio fiscal.

SEGUNDO.- Como consecuencia del anterior, denuncia el error de derecho padecido en la sentencia al inaplicar el art. 163.3 del Código penal EDL 1995/16398 y aplicar indebidamente el apartado 4º del mismo precepto, en ambos casos con aplicación de la regla específica derivada de la condición de funcionario público contenida en el art. 167 del Código penal EDL 1995/16398 . La diferencia entre ambos preceptos radica en que en el apartado cuarto, el aplicado en la sentencia impugnada EDJ 2004/42834 , se condena cuando la detención es para presentarlo a la autoridad judicial, en tanto que en el tercer apartado el supuesto típico se refiere a una detención por mas de quince días.

El motivo debe ser estimado una vez que el relato fáctico ha sido modificado. La sentencia impugnada EDJ 2004/42834 realiza una motivación sobre la subsunción del hecho en el párrafo cuarto del art. 163 con una argumentación que, sintéticamente, viene a decir que el contenido de la detención ilegal se agota cuando el sujeto pierde el dominio sobre la persona del detenido, de manera que la puesta a disposición judicial, o de otros funcionarios de policía, impide que los hechos puedan ser subsumidos en la detención ilegal, pues son otros los funcionarios que actúan sobre ella, y la mendacidad de la acusación debe ser subsumida en el delito de acusación y denuncia falsa.

Tal argumentación no puede ser compartida. El relato fáctico refiere que el acusado, funcionario de policía, con la finalidad de tender una trampa a Luis, procede a su detención en ejecución de lo planeado. Hacen ir al perjudicado a un lugar donde le dejarán a cargo de una bolsa que contenía 3000 pastillas de éxtasis con un peso de 887 gramos de MDMA, y una pistola del calibre 7,65. En el atestado, para dar mayor credibilidad a las circunstancias de la detención hizo constar, como fundamento de la detención que oyó una conversación entre el detenido y un tercero en la que se decía que "estas son para pasarlas esta tarde", participando que el motivo de la detención era por delito contra la salud pública y por tenencia ilícita de armas. Con esos antecedentes es lógico que tanto los funcionarios de policía que recibieron al detenido, como el Juez, a cuya disposición se puso al detenido, acordaran la detención y la prisión, pues en ejercicio de sus respectivas competencias tal medida cautelar debía ser acordada y era la procedente en aplicación de los arts. 292 y siguientes y 503 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 .

Se trata de un supuesto de autoría mediata en el que un sujeto realiza el tipo de la detención ilegal utilizando a otro como instrumento, en este supuesto los otros funcionarios de policía que confeccionan el atestado y el Juez que acuerda la prisión tras la lectura del atestado policial y recibirle declaración, son instrumentos que actúan conforme a derecho. El acusado tuvo dominio del hecho pues imputa falsamente la comisión de unos hechos delictivos muy graves, tráfico de drogas, susceptible de ser agravado por la notoria importancia y delito de tenencia ilícita de armas, cuya gravedad y la experiencia del propio funcionario en casos similares, le informan la actuación judicial en orden a la prisión provisional. El instrumento empleado ha actuado, al acordar la detención y la prisión, conforme a derecho y movidos por el engaño sobre la comisión de dos delitos graves.

La calificación de los hechos en el tipo del número 4 del art. 163 Cp EDL 1995/16398 , no plantea problema alguno desde el hecho probado. El acusado construye, falsamente, un presupuesto de la detención y esa mendacidad la convierte en detención ilegal.

La aplicación del apartado 3º, la duración por mas de 15 días, no la ha realizado directamente el funcionario policial acusado, que puso al detenido a disposición de la comisaría, pero si ha utilizado a sus compañeros y al Juez de instrucción como instrumentos que actuarían conforme a derecho para acordar, en primer lugar, la detención, y, a continuación, la prisión (arts. 292 y 503, respectivamente, LECRim.). Se arguye, en contra, que los policías que recibieron al detenido y el Juez de instrucción podrían, en ejercicio de sus competencias adoptar otra resolución contraría a la detención. Esa argumentación se desvanece si atendemos a las reglas de la lógica y a las de experiencia que nos indican que, en supuestos como el expuesto y en el que el propio policía expresa que oyó que su destino era el tráfico de la sustancia, la medida cautelar de prisión era no sólo procedente, también segura, en toco caso, dentro de los parámetros de previsibilidad propias del dolo eventual.

La sentencia impugnada EDJ 2004/42834 refiere para la absolución del art. 163.3 CP EDL 1995/16398 que el acusado habría perdido el dominio del hecho al poner a disposición de la comisaría al detenido. Ese argumento tampoco es atendible. Si por dominio del hecho entendemos la posibilidad del sujeto que actúa de ordenar su conducta de acuerdo a la norma, el acusado tuvo esa posibilidad, pues la norma que, en este caso, obliga a no privar de libertad ilegalmente, el sujeto pudo desarrollar su conducta para reponer la libertad indebidamente restringida y esa actuación la pudo realizar durante los 15 días que prevé el art. 163.3 Cp. EDL 1995/16398

Consecuentemente, el motivo se estima, procediendo imponer la pena de prisión de seis años y medio a ocho años e inhabilitación absoluta por tiempo de ocho a diez años de conformidad con el art. 163 y 167 del Código penal EDL 1995/16398.

TERCERO.- En el tercer motivo denuncia el error de derecho por la indebida aplicación del art. 456 del Código penal EDL 1995/16398 , el delito de acusación y denuncia falsa por el que ha sido condenado, y la inaplicación del art.390 1.4, el delito de falsedad documental.

La sentencia impugnada EDJ 2004/42834 altera la calificación de la acusación pública. Esta había calificado los hechos de falsedad en documento público, al faltar a la verdad en la narración de los hechos contenida en el atestado policial, concretamente en el presupuesto de la detención que dio origen a la iniciación del atestado. La sentencia califica los hechos de acusación y denuncia falsa, entendiendo

 © Grupo El Derecho y Quantor, S.L.

que no hay vulneración del principio acusatorio y que el delito de acusación falsa es especial con respecto a la falsificación documental, la finalidad de engañar a la administración de justicia que era perseguida por el autor.

La cuestión que se plantea en el recurso es similar a la que fue objeto de la STS 1646/2002, de 22 de octubre EDJ 2002/55444 . En aquel supuesto, como en este, los acusados documentaron, como oficiales públicos, hechos que no han tenido lugar, como si realmente hubieran ocurrido. Se argumentó que "No cabe duda que esta constatación reúne los requisitos de perpetuidad y de garantía que son caracteres generales de los documentos, dado que han sido registrados sobre el papel del atestado policial confeccionado y permiten la identificación de los autores de las declaraciones que contienen.

Asimismo tampoco cabe ninguna duda de que tienen también valor probatorio, toda vez que, permiten acreditar procesalmente -mientras no se demuestre su falsedad- la práctica de determinadas diligencias y sus resultados, proporcionando la prueba inicial necesaria para la apertura de una causa judicial contra una determinada persona. Es conveniente aclarar que el hecho de que las diligencias del atestado no constituyan una prueba idónea para condenar, según una reiterada jurisprudencia generada a partir de la STC 31/1981 EDJ 1981/31 , no priva a las diligencias del atestado de función probatoria, pues -como lo hemos señalado- se trata de una prueba legalmente idónea, aunque limitada de la sospecha inicial que permite la apertura de la causa contra una persona.

El delito de falsedad en documento público se consuma con la confección del documento por el funcionario, sin necesidad de un uso posterior. Es claro que en ese momento se vulnera la llamada "fe pública", es decir, la confianza de la generalidad en la veracidad del contenido de la declaración documentada por el oficial público. El uso posterior comporta una nueva acción. Cuando esta nueva acción constituye una denuncia falsa se afectan otros bienes jurídicos que en modo alguno están ya implícitos en la falsedad documental. La falsa denuncia, cualquiera sea la dificultad para delimitarla respecto de los delitos contra el honor, en particular la calumnia, afecta no sólo a la Administración de Justicia, generando el riesgo de persecución penal de un inocente, sino también el honor de la persona afectada, aspectos del hecho que no están alcanzados por la "fe pública".

Consecuentemente, no cabe el concurso de delitos que la sentencia aplica y resuelve por el principio de especialidad, en realidad no concurrente. Se trata de dos tipos penales distintos con un ámbito de actuación y aplicación distinto".

En otro orden de cosas conviene señalar que la subsunción que realiza el tribunal de instancia en el delito de acusación y denuncia falsa, cuando los hechos habían sido calificados por la acusación de falsedad documental, presenta problemas derivados de la lesión al principio acusatorio dada la falta de homogeneidad entre ambos tipos penales y la distinta conformación del bien jurídico que, respectivamente, se protege por ambos tipos penales.

Por otra parte, 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. Esa vulneración no se produce en el delito de falsedad documental -en cuanto incorpora al atestado hechos falsos- que agotan su contenido antijurídico a la falsedad y, además, se procede a la detención ilegal de una persona, conducta subsumible en el art. 163.3 Cp EDL 1995/16398 en los términos anteriormente realizados.

Por último, la defensa del recurrido opone a la estimación del recurso del Ministerio fiscal que su defendido no actúa en funciones públicas, sino que es un particular que realiza una mendacidad en una comparecencia policial. Tampoco es atendible ese argumento. El acusado es funcionario de policía que aprovecha esa condición para actuar como policía judicial y es requerido por otros coimputados por esa condición policial, presentándose en comisaría bajo su condición de policía.

Consecuentemente, procede estimar el recurso y aplicar a los hechos probados el tipo penal de la falsificación documental del art. 390.1.4 del Código penal EDL 1995/16398 , absolviéndole del aplicado de denuncia falsa, que no fue objeto de acusación.

Ambos delitos, el de falsedad y el de detención ilegal concurren idealmente, por lo que es de aplicación el art. 77 Cp. EDL 1995/16398 , procediendo imponer una pena de 7 años y nueve meses de prisión y de 11 años de inhabilitación absoluta. La pena procedente es de 7 años y 3 meses a ocho años, dado el pago de la norma específica del concurso ideal, mas beneficioso que su punición separada. La gravedad de los hechos probados y la reiteración de la conducta antijurídica, no solo en este hecho, también cuando atiende llamadas de los coimputados asesorando la conducta a seguir para la impunidad o la advertencia de seguimiento, hacen procedentes esta pena.

RECURSO DE Jesús Ángel Y Manuel

CUARTO.- Anteponemos el examen del segundo de los motivos de oposición formalizados pues, al denunciar en el primero la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia se ha de partir de la necesaria resolución del segundo de los motivos opuestos en el que denuncia la nulidad de las intervenciones telefónicas.

La argumentación del motivo que analizamos reproduce los requisitos señalados por la jurisprudencia para su admisibilidad de la injerencia telefónica, poniendo especial énfasis en negar la existencia de la debida proporcionalidad, del control judicial y de la existencia de indicios suficientes para acordar la injerencia. En orden a la inexistente motivación que se denuncia en la impugnación conviene precisar, previamente, la interpretación jurisprudencial sobre la injerencia consistente en la intervención telefónica.

La inviolabilidad del derecho al secreto de las conversaciones, reconocida constitucionalmente y en los Tratados Internacionales, cede ante determinadas situaciones que son tenidas por legítimas en una sociedad democrática (art. 8 CEDH) y entre ellas, la investigación de hechos delictivos.

La adopción de la injerencia esta afectada por el principio de exclusividad de la jurisdicción. En su virtud, sólo puede ser establecida por el órgano jurisdiccional competente. Además, tiene un carácter excepcional y con una finalidad probatoria de los hechos delictivos, su perpetración y autoría.

La resolución jurisdiccional ha de ponderar la proporcionalidad de la medida, comprobando la necesidad de la injerencia y la gravedad del hecho denunciado.

Por otra parte, la medida debe identificar la persona sobre la que se acuerda y el número de teléfono intervenido, determinando el plazo, susceptible de ampliación, por el que se acuerda, así como concretar el hecho delictivo que se investiga, pues no cabe decretar una intervención telefónica para tratar de descubrir de manera general, o indiscriminada, actos delictivos (principio de especialidad).

En orden a la motivación, es preciso recordar que se trata de una resolución judicial, como tal afectada por el art. 120 CE. EDL 1978/3879 Tratándose de una diligencia que requiere la existencia de indicios que se investigan, su exigencia no puede equipararse a la de otras resoluciones, que requieren la fundamentación de una imputación objetiva y subjetiva (Cfr. arts. 789.5 y 384 de la Ley procesal). La resolución judicial que autorice la injerencia debe motivar su adopción comprobando que los hechos para cuya investigación se solicita revisten caracteres de hecho delictivo y que la solicitud, y la adopción, guarda la debida proporcionalidad entre el contenido del derecho fundamental afectado y la gravedad del hecho delictivo. Una exigencia mayor sobre el contenido de la motivación podría hacer innecesaria la medida, pues cuando se solicita y expide el mandamiento se trata de acreditar un hecho delictivo, y su autoría, sobre la base de unos indicios de su existencia.

En este sentido la jurisprudencia de esta Sala ha centrado el contenido de la motivación refiriéndolo a la existencia de un hecho constitutivo de delito, quienes pueden ser sus autores y cuál es la fuente de conocimiento. Tales hechos son suficientes para configurar la denuncia, la "notitia criminis" sobre el que el Juez debe resolver si adopta la medida limitativa del derecho al secreto de las comunicaciones.

La exigencia de motivación de la medida que autoriza una intervención telefónica, sin renunciar a ella, debe ser matizada pues la medida no es posterior al descubrimiento del delito sino dirigida a su averiguación y descubrimiento, en los términos del art. 126 de la Constitución EDL 1978/3879 . Por otra parte, mediante la expresión del hecho que se investiga y la normativa que lo autoriza, lo que supone un examen de la proporcionalidad, se puede conocer la razón y porqué de la medida y proporciona elementos de control jurisdiccional que satisfarán la tutela judicial efectiva.

En autos consta el oficio policial que narra la recepción de una comunicación anónima en la que se participa la participación de los hermanos M., imputados en la causa y otras personas de origen árabe, en un delito de robo con intimidación obteniendo un botín de 800 kilogramos de cocaína, hecho que tuvo lugar con anterioridad y en cuya realización se habían empleado armas y había sido cometido a través de personas de origen árabe que han desarrollado actividades de guardaespaldas y de cobro de deudas. Esa llamada dio lugar a una investigación sobre las personas de los denunciados, comprobando que los identificados tenían antecedentes policiales y que habían sido detenidos en alguna ocasión con uno de los recurrentes el cual había sido detenido en varias ocasiones presentando diversas identificaciones.

Se indagan sus residencias, comprobando las distintas viviendas que han utilizado y los distintos vehículos que emplean, de gran cilindrada y de lujo. Los seguimientos que se les realizan devienen imposibles, ante la forma de conducir, con continuos desplazamientos de carril saltándose los semáforos, lo que imposibilita su seguimiento, sin descubrir el operativo de investigación. En los seguimientos se comprueba que contactan con otras personas, algunas de ellas relacionadas con el tráfico de sustancias tóxicas desde investigaciones policiales, narrándose que uno de los relacionados con las personas que se investigan murió de un disparo en plena calle.

Se comprueban la inexistencia de una actividad laboral y los cambios frecuentes de domicilio, así como la utilización de vehículo de alta cilindrada y su conducción evasiva de posibles seguimientos. Se participa los teléfonos empleados y la petición de la injerencia que es acordada el 9 de mayo de 2002, en la que el Juzgado que autoriza la injerencia, sintetiza el oficio de petición y razona la injerencia que acuerda desde la jurisprudencia reiterada sobre la necesidad, la constatación de indicios, la proporcionalidad de la medida, destacando la concreción de la investigación por delitos de robo con intimidación, tenencia ilícita de armas, y salud pública, y justificando la medida en función de la complejidad de la investigación y las maniobras evasivas que realizan con los vehículos que conducen destinadas a impedir la investigación. En la parte dispositiva del Auto habilitante se ordena los mecanismos de control judicial de la injerencia mediante la dacción de cuenta del contenido de las escuchas y la remisión del material de grabación.

La intervención telefónica, atendida la gravedad de los hechos, la comprobación de indicios que sugiera una ilícita actividad, contratos, evasiones..., y la necesidad de la injerencia, dada la imposibilidad de desarrollar seguimientos, es proporcionado y se apoya en indicios suficientes para su adopción.

Constatada la regularidad de la medida el motivo se desestima.

QUINTO.- En el primero de los motivos denuncian la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia. Para su defensa niega capacidad probatoria a la intervención telefónica, de la que dice que lo único que acredita es que conversara con otros delincuentes, lo que se explica desde su condición de confidente policial, las declaraciones de los funcionarios policiales, que nada acreditan, y la intervención de objetos procedentes de robo que podría sugerir un delito de receptación, pero no acredita los delitos de asociación ilícita, salud pública, tenencia ilícita de armas o los robos por los que ha sido condenado.

El motivo se desestima. Frente a planteamientos genéricos de los recurrentes, se alza la fundamentación de la sentencia en la que se detallan los elementos de convicción que han sido tenidos en cuenta para la condena que se recurre. Así, el hecho cometido el 13 de diciembre de 2000, imputado a Manuel, resulta acreditado por las huellas dactilares encontradas en la vivienda; el cometido el 20 de febrero, resulta de los reconocimientos de identidad que el tribunal valora junto al reconocimiento de las joyas objeto de la sustracción en el domicilio de Jesús Ángel; respecto al robo en la DIRECCION000, la prueba aparece reflejada en el fundamento cuarto, que el recurrente no discute, ni siquiera menciona. Así podríamos seguir con relación a cada delito imputado, que el recurrente no discute sino es de una forma genérica, sin concreción alguna respecto la prueba practicada. En otros motivos que pone desarrolla esta impugnación por lo que nos remitimos a su análisis.

SEXTO.- En el tercero de los motivos denuncia el error de derecho por la inaplicación del art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754 . Planteado como consecuencia de los anteriores, en el presente motivo se insta que, como consecuencia de

 © Grupo El Derecho y Quantor, S.L.

las nulidades derivadas de la intervención telefónica, las actuaciones posteriores de investigación son igualmente nulas por derivadas de la anterior nulidad.

La desestimación de los anteriores motivos lleva a la desestimación de éste.

SÉPTIMO.- Por error de derecho denuncia la indebida aplicación del art. 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 , el precepto regulador de las intervenciones telefónicas, con mera reproducción de los dos primeros motivos formalizados por vulneración del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones.

OCTAVO.- En el quinto de los motivos denuncia el error de hecho en la apreciación de la prueba, para lo que designa la documentación de las intervenciones telefónicas y de la entrada y registro de las que, afirma, no se deducen los hechos declarados probados, particularmente en orden a la afirmación fáctica del acuerdo en la comisión de los diversos delitos y de la tenencia de objetos para aparentar la condición de miembros de las fuerzas de seguridad del Estado.

Hemos declarado reiteradamente que el motivo en el que ampara su impugnación a la sentencia exige que el recurrente designe los documentos acreditativos del error denunciado y que permitan a la Sala, tras su estudio, comprobar la impugnación realizada, sin que pueda pretenderse que, sin designar ningún documento, en el sentido que se deriva del art. 849.2 de la Ley Procesal, esta Sala realice una nueva valoración de la prueba practicada, dado que para esa función que se pretende atribuir a la casación se carece de los elementos necesarios que permiten la apreciación de la prueba, como la inmediación, la contradicción efectiva y la oralidad y publicidad, principios que concurren en el momento del juicio oral. Por ello sólo el tribunal que ha visto y oído la prueba practicada en su presencia está en condiciones de valorarla.

Esta Sala, en el caso de que se le plantee por la vía del recurso de casación la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, deberá constatar la existencia o no de una actividad probatoria, su carácter de prueba de cargo, y si ha sido obtenida lícitamente y con vigencia de los principios que informan la valoración de la prueba antes dichos.

Los documentos que designa no acreditan "per se" lo que el recurrente pretende si no es a través de un proceso de valoración distinto al que el tribunal realiza. Consecuentemente al carecer de la nota de autor que de autoría demostrativa, el motivo se desestima.

Consecuentemente, este motivo debe ser desestimado.

NOVENO.- Por error de derecho denuncia la indebida aplicación de los arts. 515 y 517 del Código penal EDL 1995/16398, el delito de asociación ilícita. Aducen los recurrentes que del relato fáctico no resultan las notas de permanencia ni de organización, ni se constata una división de funciones, ni jerarquía. En el motivo también desarrolla una argumentación sobre la vulneración del derecho a la presunción de inocencia al afirmar que la única actividad probatoria es la derivada de la intervención telefónica que ha de ser reputada de ilícita.

Como dijimos en la STS 234/2001, de 3 de mayo EDJ 2001/8432 , en el delito de asociación ilícita del art. 515.1 - asociación para delinquir- el bien jurídico protegido es el derecho de asociación como garantía constitucional, según un sector doctrinal, o, según otro, el orden público y en particular la propia institución estatal, su hegemonía y poder, frente a cualquier organización que persiga fines contrarios y antitéticos a los de aquélla. En todo caso se trata de un bien jurídico diferente del que se protege en la posterior acción delictiva que se comete al realizar la actividad ilícita para la que la asociación se constituyó.

La asociación ilícita precisa la unión de varias personas organizadas para determinados fines, con las siguientes exigencias:

a) pluralidad de personas asociadas para llevar a cabo una determinada actividad;

b) existencia de organización más o menos compleja en función del tipo de actividad prevista;

c) consistencia o permanencia en el sentido de que el acuerdo asociativo ha de ser duradero y no puramente transitorio;

d) el fin de la asociación -en el caso del art. 515.1 inciso primero- ha de ser la comisión de delitos, lo que supone una cierta determinación de la ilícita actividad, sin llegar a la precisión total de cada acción individual en tiempo y lugar.

El delito de asociación no se consuma cuando en ese desenvolvimiento societario se cometen determinadas infracciones, sino desde que se busca una finalidad ya inicialmente delictiva (Sentencia de 28 de octubre de 1997 EDJ 1997/8154 ).

No cabe pues confundir el delito de asociación ilícita para delinquir, con el delito o delitos cometidos al desenvolver el fin social; ni puede tampoco considerarse la pluralidad de sujetos integrada en la asociación como un caso de codelincuencia o coparticipación en los delitos de posterior comisión, ni siquiera cuando ésta lo es a título de conspiración para el delito, pues si en ella, como en la asociación, existe un acuerdo previo para delinquir, la diferencia está en el carácter de inestabilidad de su existencia y en la concreción del delito a realizar, que la conspiración presenta, frente a la asociación ilícita para delinquir en la que existe estabilidad y permanencia del acuerdo o unión asociativa y una cierta inconcreción sobre las infracciones criminales a ejecutar" (Sentencia de 17 de enero de 1986 EDJ 1986/665 )".

En este caso el presupuesto fáctico, del que debe partirse en la impugnación, declara que los acusados "se concertaron con el propósito de beneficiarse ilícitamente de lo ajeno del siguiente modo: planeando y ejecutando sustracciones en viviendas o establecimientos; adquiriendo bienes de origen ilícito en cuya sustracción no habían participado; teniendo y distribuyendo todo tipo de sustancias estupefacientes; y usando uniformes y elementos acústicos de la guardia civil y haciéndose pasar por miembros de la misma", añadiendo que el encargado de la dirección era el acusado Eugenio. Se añade en otros apartados de la relación fáctica que los imputados en el delito disponían de los servicios de un funcionario policial, quien los informaba de operativos policiales, y que en el hecho probado intervino para "quitarse de en medio" a personas con las que tenían malas relaciones.

Del relato fáctico, resultan los elementos de la organización delictiva con reparto de funciones y planificación de una pluralidad de acciones delictivas que, seguidamente, se concretan. El concierto para delinquir aparece dirigido a la creación de una organización

dotada de una cierta infraestructura, con vocación de estabilidad y permanencia, diseñada para la futura comisión de delitos. Se trata pues de una asociación ilícita para delinquir y no sólo de un supuesto de codelincuencia en la comisión de los delitos posteriores. Por ello el motivo se desestima.

DÉCIMO.- También por error de derecho denuncia la indebida aplicación de los artículos del Código que tipifican los delitos de robo en casa habitada, arts. 237, 238 y 242. En el desarrollo argumental del motivo prescinde de la vía impugnatoria elegida, el error de derecho que debe partir del relato fáctico, y se dedica a negar la existencia de actividad probatoria respecto a los tres delitos de robo por los que son, en sus respectivos casos, condenados los recurrentes.

Así, con relación al robo en la localidad de Calpe, el 13 de diciembre de 2000, considera insuficiente la acreditación a través de una huella dactilar; en el acaecido el 2 de agosto de 2002, señala que el reconocimiento por el titular es consecuencia de ser clientes del establecimiento, sin que tenga capacidad suasoria el reconocimiento del vehículo, pues al no identificarlo por la matrícula pueden ser varios; por último, respecto al robo en Alicante en 23 de mayo de 2002, admite la autoría de Manuel, pues así lo ha reconocido, no la del recurrente Jesús Ángel, considerando insuficiente la conversación telefónica con un contenido incriminador, al pedir a un funcionario de policía, también condenado, consejos para eludir la investigación, al haberse olvidado en los hechos la documentación.

El motivo se desestima. En primer lugar, porque el hecho declarado probado aparece correctamente subsumido en el delito de robo con fuerza en las cosas en casa habitada. Además, porque la sentencia impugnada EDJ 2004/42834 contiene una detallada motivación de la convicción. Así con relación al robo perpetrado el día 13 de diciembre de 2000, la presencia de la huella dactilar del acusado, en el cristal de la terraza y en forma prensil, evidencia que quien puso la huella en las dos caras del cristal de la terraza intervino en su rompimiento, máxime cuando el recurrente niega su presencia en el lugar de los hechos. No se trata de un único indicio, sino de varios, la localización de las huellas del acusado, en las dos caras del cristal, lo que permite inferir su presencia tras la rotura, y la falta de explicación de su presencia en el lugar de los hechos.

Con relación al robo del día 20 de febrero de 2002, el tribunal ha contado con dos declaraciones testificales que reconocen a uno de los acusados y, además, esos testigos han reconocido efectos de su propiedad entre los intervenidos en el local en el que se desarrollo la acción del robo; el robo del día 23 de mayo de 2002, se admite la participación en el hecho de Manuel y con relación al otro recurrente, la condena surge de la intervención de monedas chinas, de la nacionalidad del perjudicado en el hecho, y de la intervención telefónica a través de la que se llega a conocer que el asaltante se dejó la cartera en el interior del establecimiento, indagándose a través del funcionario de policía, también condenado en la sentencia, lo procedente para evitar la imputación. Por último, en cuanto al delito cometido el día 2 de agosto de 2002, el tribunal tiene en cuenta el reconocimiento de Jesús Ángel por el perjudicado, añadiendo respecto al otro recurrente que se identificó su coche, un Audi de color rojo, la similitud de la dinámica comisiva respecto a otros hechos similares y la falta de explicación sobre la presencia de su coche en el lugar de los hechos.

Se declaran probados otros robos respecto a los que los recurrentes no realizan objeción alguna.

DÉCIMO PRIMERO.- Se denuncia el en motivo noveno el error de derecho por al indebida aplicación de los arts. 74 y 298 del Código penal EDL 1995/16398, el delito continuado de receptación. En el desarrollo argumentativo del motivo se refiere a la ausencia de actividad probatoria respecto al conocimiento de la procedencia ilícita de los objetos sustraídos, añadiendo que los que han sido reconocidos son objetos de uso común, por lo que puede producirse error en la identificación.

El motivo se desestima. Desde la vía impugnatoria elegida la desestimación es procedente, pues ningún error cabe declarar en la subsunción del hecho en la norma. De otra parte, la localización de efectos, cuya propiedad ha sido reconocida por los titulares de los objetos. En cuanto a la acreditación resulta deducida de la intervención de los objetos en las entradas y registros domiciliarios sin dar explicación sobre la tenencia una vez acreditada su procedencia de delitos de robo cometidos, por lo que el conocimiento de la ilícita procedencia era, cuando menos, previsible, para los detentadores.

DÉCIMO SEGUNDO.- En este motivo denuncia la indebida aplicación de los arts. 564, 566.1 y 567 del Código penal EDL 1995/16398 , alegando la inexistencia de prueba sobre la disponibilidad de las armas por los recurrentes.

El motivo se desestima. Lo que el hecho probado declara es que las armas intervenidas al coimputado Gonzalo, armas de fuego y de guerra así como municiones estaban a disposición del grupo y allí depositadas a instancias de Jonathan, uno de los coimputados a cambio de 1.200 euros por su custodia. En la fundamentación de la sentencia se añade que el depósito había sido encargado también por Manuel (El acta del juicio oral recoge la declaración de Gonzalo sobre su compañía). La acreditación de los hechos resulta de la propia llevanza de las armas intervenidas en los distintos hechos cometidos, de las intervenciones telefónicas en las que se hace referencia a las mismas, bajo nombre en clave fácilmente reconocible, y por la declaración del Gonzalo en el juicio oral al señalar el origen de las armas y el dinero recibido por su custodia.

DÉCIMO TERCERO.- Denuncian en el último de los motivos opuestos la indebida aplicación del art. 368 del Código penal EDL 1995/16398 . En el motivo aduce que la tenencia de sustancia tóxica que fue colocada a una tercera persona con la finalidad de tenderle una trampa y que fuera detenido por la policía. La cantidad así dispuesta fue de 3000 pastillas de éxtasis con un peso de 887 gramos, además de una pistola.

Del relato fáctico, con independencia de la finalidad inmediata perseguida por el grupo, la de tenderle una trampa a una tercera persona, lo relevante es la tenencia por el grupo de una cantidad importante de sustancia tóxica, de pastillas de éxtasis, obviamente no destinada al autoconsumo, dada la cantidad detentada. Es decir, con independencia del destino inmediato de la sustancia, lo relevante es que el grupo detentó una cantidad importante de sustancia tóxica. Esa tenencia de sustancia rellena el tipo penal del tráfico de drogas y su destino, dada la cantidad, no podía ser otro que el de su destino al tráfico. También el hecho probado recoge que entre las actividades del grupo era la comercialización y tráfico de sustancias lo que permite declarar la subsunción en el delito contra la salud pública en cuanto a la tenencia comprobada de sustancias tóxicas.

 © Grupo El Derecho y Quantor, S.L.

RECURSO DE Hugo

DÉCIMO CUARTO.- Formaliza un primer motivo en el que denuncia la ilicitud e inconstitucionalidad del Auto habilitante de la intervención telefónica, de fecha 9 de mayo de 2002. El motivo es similar al que ha sido objeto de otras impugnaciones, por lo que nos remitimos para su desestimación a lo argumentado en el fundamento cuarto de esta Sentencia.

DÉCIMO QUINTO.- En el segundo de los motivos opuestos denuncia, con el mismo amparo que en el anterior, la vulneración de su derecho al secreto de las comunicaciones, esta vez referido a la ausencia del control judicial de la medida, en referencia, denuncia, a que las medidas dispuestas por la Juez en el Auto habilitante, no fueron observadas y, consecuentemente, que no hubo control jurisdiccional de la injerencia. Además, que las prórrogas de las intervenciones se adoptaron sin tener presentes las transcripciones de las conversaciones intervenidas.

El motivo se desestima. Como pone de manifiesto el Ministerio fiscal en su informe impugnado el motivo opuesto por el recurrente, en la causa que se incoa a raíz de la intervención solicitada, son constantes las incorporaciones de oficios policiales en las que se da cuenta del resultado de la investigación y del contenido de las conversaciones que se han escuchado. Esa dacción de cuenta, en ocasiones, es simplemente explicativa del resultado de la investigación, y en otras ocasiones se acompañan las transcripciones de las conversaciones que se consideran relevantes a la investigación.

Así los folios, 23, 31, 52, etc., hasta la providencia de 6 de junio, apenas un mes después de la intervención en la que se acuerda que por el Secretario judicial se proceda al cotejo de las grabaciones, providencia que se acuerda periódicamente, incluso con petición de traductores para el debido diligenciamiento del control e incorporación de la documentación de las conversaciones en el proceso en un tomo independiente en el que se recoge las diligencias relativas a la intervenciones telefónicas. Conviene hacer constar que en los distintos oficios policiales se reflejan las conversaciones mantenidas, con expresión de días y horas, así como los seguimientos que surgen a raíz de las intervenciones, lo que permite a la Juez tener una idea cabal del resultado de la injerencia y posibilita el control judicial de la medida.

Con relación a la necesidad de que las cintas en las que se recogen las conversaciones intervenidas estén en el Juzgado antes de proceder a una nueva intervención o a la prórroga respecto a las acordadas, se trata de un requisito no exigido en la ley, sino que corresponde a las debida ordenación de las prórrogas o nuevas intervenciones cuando se trata de causas en las que previamente se han acordado intervenciones telefónicas.

En la STS. 182/2004, de 23 de abril EDJ 2004/44643 , se declaró que las solicitudes de prórroga de la intervención telefónica requieren las misma condiciones de legitimidad de la limitación que las establecidas para las iniciales intervenciones, si bien al tratarse de ampliaciones respecto a injerencia previamente acordadas rehace preciso que el Juez controle el resultado producido por las anteriores, "de suerte que a la vista del mismo, es decir del contenido de las intervenciones, pueda de forma fundada ratificar o alcanzar este medio de investigación". En el mismo sentido, la STS 1543/2003, de 18 de noviembre EDJ 2003/152600 ".

En cuanto al control judicial en relación con las decisiones en las que se acuerda la prórroga de la medida, es preciso que el Juez conozca el estado de la investigación, como paso previo a autorizar el mantenimiento de la invasión del derecho fundamental afectado, por lo que es necesario que haya recibido los datos acerca del resultado de la investigación hasta ese momento. Solo ese conocimiento le permitirá efectuar nuevamente el juicio de proporcionalidad con carácter previo a su decisión.

Pero eso no significa que sea exigible, rígidamente y en todo caso, que haya procedido con anterioridad a la audición de todas las cintas relativas a las conversaciones ya grabadas, bastando con que la Policía que solicita la ampliación o mantenimiento de la medida, le aporte datos suficientes acerca de lo que la investigación va permitiendo conocer, de modo que su decisión pueda ser suficientemente fundada en atención a tales datos. Así lo entendió el Tribunal Constitucional en la STC núm. 82/2002, de 22 de abril EDJ 2002/11226 , en la que expresamente se afirmó que no era necesaria la entrega de las cintas al Juez de instrucción con carácter previo a acordar la prórroga de la medida de intervención, "pues el Juez puede tener puntual información de los resultados de la intervención telefónica a través de los informes de quien la lleva a cabo". También esta Sala ha seguido el mismo criterio en la STS núm. 1729/2000, de 6 de noviembre EDJ 2000/37115 , en la que se dice lo siguiente:

"Las solicitudes de prórroga debidamente fundamentadas y las resoluciones judiciales habilitantes, en las que se hace expresa mención a dichas previas solicitudes, y se justifica razonadamente la concesión de lo interesado como medio de comprobación de actividades criminales tan graves como lo son el tráfico de drogas, pone de manifiesto que los Autos cumplimentan la exigencia de motivación, sin que sea requisito inexcusable para ello la audición de las cintas sobre conversaciones ya grabadas a los sospechosos, pues de la misma manera que para la intervención inicial es suficiente con una solicitud de la Policía en la que se objetiven los datos y se dé razón de las sospechas fundadas o indicios en virtud de los cuales se interesa la intervención telefónica sin que sea obligado para el Juez la comprobación material de dichos motivos que aconsejan o exigen la adopción de la medida, igual ocurre cuando de prorrogarla se trata, siendo suficiente para ello, a juicio de esta Sala, con que los funcionarios policiales proporcionen a la autoridad judicial elementos suficientes sobre los que el Juez pueda fundamentar su pronunciamiento de razonabilidad, necesidad y proporcionalidad a que antes nos referíamos".

Lo trascendente, por lo tanto, es que el Juez esté debidamente informado del resultado de la investigación, tanto en lo que se refiere a las escuchas telefónicas, como a cualquier otro dato de interés, de manera que pueda decidir fundadamente acerca de la necesidad de mantener la intervención telefónica". En idéntico sentido la STS 320/2004, de 17 de marzo EDJ 2004/13199 ,

En autos consta que la Juez que conocía de la instrucción de los hechos conocía y fue informada de las sucesivas incidencias en la tramitación de la actuación policial y del resultado de las investigaciones que surgían de la intervención previamente acordada, sin que fuera necesario la previa audición completa de las grabaciones realizadas, entre otras razones porque se hacía necesario la previa intervención de intérpretes para conocer su exacto contenido.

DÉCIMO SEXTO.- En el tercero de los motivos de su oposición vuelve a denunciar la vulneración de su derecho al secreto de las comunicaciones, esta vez referido a conversaciones del recurrente en las que conversa con otro imputados respecto a las que, afirma, no existía autorización.

El motivo se desestima. El recurrente parece referir la impugnación al hecho de que se intervinieron conversaciones suyas sin existir causa penal contra él, ni encontrarse imputado en las actuaciones ni, por lo tanto, haberse acordado la injerencia contra él.

En desarrollo de su argumentación cita la STC 184/2003 EDJ 2003/108862 y reproduce determinados párrafos de la Sentencia destacando la crítica de la regulación de la injerencia en nuestra Ley procesal. Esas críticas se corresponden, también, con pronunciamientos de nuestra jurisprudencia, por lo que se ha procedido a una regulación jurisprudencial de la misma para acomodarla a las exigencias derivadas del contenido esencial del derecho fundamental.

El recurrente realiza una trascripción parcial de la Sentencia del Tribunal Constitucional EDJ 2003/108862 , en aquel aspecto que mas le interesa a su derecho de defensa, sin recoger que en la misma Sentencia se concluye afirmando que pese a las deficiencias del art. 579, porque "no es la norma de cobertura adecuada", no es posible fundar sobre esas deficiencias una vulneración al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, en atención al desarrollo jurisprudencial de la injerencia.

La medida de intervención telefónica se acordó con respecto a otros imputados en el hecho y en averiguación de un hecho delictivo en el que la investigación realizada permite la posterior imputación del recurrente. Efectivamente, no se ha acordado la intervención de las conversaciones de este recurrente, aunque sí las de otro coimputado quien mantuvo conversaciones con el recurrente que evidencian su participación en el hecho que se investiga. Como medio de investigación lo acordado es la intervención de las conversaciones de uno de los coimputados para la depuración de una conducta, en principio, constitutiva de delito, resultando de esa investigación la imputación de varias personas, entre ellas el recurrente.

Es una medida de investigación, controlada jurisdiccionalmente para salvaguardar el derecho fundamental del investigado, de la que surgen elementos de imputación para varias personas que han actuado en conexión con la persona a la que se interviene el teléfono.

La medida de investigación, que incide en el derecho fundamental del investigado, ha sido correctamente ordenada por la Juez y de la que han surgido imputaciones para terceros con medios de investigación autorizadas por la Constitución y la Ley. El art. 18 de la Constitución EDL 1978/3879 garantiza el secreto de las comunicaciones y permite intervenciones de las conversaciones de conformidad con el art. 8 del CEDH y de acuerdo a las exigencias que del ordenamiento y del desarrollo jurisprudencial y la injerencia se acuerde sobre las conversaciones del investigado.

DÉCIMO SÉPTIMO.- En este motivo denuncia la vulneración de su derecho a un proceso con las garantías debidas al entender que las cintas en las que se grabaron las conversaciones telefónicas no se aportaron al proceso en formato original, ni las transcripciones fueron realizadas por el Secretario judicial, ni se transcribieron la totalidad de las conversaciones y el recurrente impugnó las transcripciones realizadas.

Contrariamente a lo que el recurrente expone en su queja, la sentencia impugnada EDJ 2004/42834 da cumplida respuesta a hecho que se denuncia. El fundamento de derecho decimosegundo de la sentencia impugnada afirma la recepción de las cintas de la intervención, amparada por la fe pública judicial, la audición de las cintas, la correspondencia con las transcripciones realizadas y la llevanza de las cintas y transcripciones al juicio oral, siendo admitida por las partes como prueba documental, a excepción de una defensa con respecto a un determinado hecho delictivo imputado.

La alegación del recurrente expresando sus dudas sobre la realización de las transcripciones y la aportación de las cintas originales escapa del control que esta Sala puede realizar, cuando documentalmente consta, bajo la intervención del Secretario judicial, la recepción de las cintas y la correspondencia con las transcripciones realizadas. En todo caso, al juicio oral se aportaron las cintas y sobre ellas el recurrente, si a su derecho convenía, pudo oponer las cuestiones que ahora suscita, en lugar de asentir a su consideración como prueba documental, a excepción de un concreto pasaje que se auditó en el juicio.

DÉCIMO OCTAVO.- En este motivo denuncia la nulidad de la diligencia de entrada y registro de su vivienda aduciendo dos razones de la pretensión de nulidad. En primer lugar, porque están amparadas en una intervención telefónica que considera nula en atención a los motivos opuestos anteriormente. Además, porque el Auto carece de indicios que lo justifique.

El motivo debe ser desestimado. En cuanto a la argumentación referida a la nulidad de las intervenciones telefónicas, la desestimación procede con reiteración de los anteriores fundamentos a la impugnación de este recurrente. Sobre todo, porque tanto el oficio policial de solicitud de la entrada y registro como el Auto que lo habilita expresan los indicios suficientes para su adopción.

En relación al recurrente se expresa las conversaciones interceptadas de las que se deduce la participación del recurrente en la conducta delictiva a la que se dedicaban los otros imputados. En efecto, consta en las conversaciones que el recurrente, funcionario de policía, recibía llamadas de los otros coimputados en las que le requerían para comprobar si eran vigilados, si determinados coches eran policiales, así como le solicitaban asesoramiento sobre lo que debían realizar para evitar ser descubiertos por la policía, así como lo que debían hacer ante una determinada incidencia, uno de los coimputados se había dejado la cartera en una "faena", informando sobre la coartada precisa para evitar la imputación, así como información relativa a las órdenes de reclamación respecto a terceras personas. Esas informaciones obtenidas legítimamente colocan al acusado que hoy recurre en un escenario de participación en los hechos que se investigan, por lo que las medidas de investigación acordadas, en este caso, la entrada y registro, obedece a la necesaria actuación en su investigación.

DÉCIMO NOVENO.- En el sexto de los motivos denuncia el quebrantamiento de forma del art. 850.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 por denegación de una pregunta que la defensa consideró relevante para el esclarecimiento de los hechos. Este

 © Grupo El Derecho y Quantor, S.L.

motivo lo analizamos conjuntamente con el siguiente, el motivo séptimo, en el que se denuncia la vulneración de su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Los motivos se desestiman. La pregunta denegada se dirigió a un guardia civil para que describiera físicamente a uno de los coimputados el día en que acaecieron los hechos, dos años antes del enjuiciamiento. Con esa pregunta pretendía demostrar que el acusado, funcionario de policía que urdió una aparente detención legal de una persona, a la que se intervinieron 3000 pastillas de éxtasis y una pistola, no mintió en la comparecencia que efectuó en comisaría de policía cuando refirió que la persona detenida estaba hablando con otra de características físicas que concreta y que el tribunal de instancia ha declarado que no se correspondía con la del coimputado Carlos Alberto.

Con independencia de que el testigo pudiera recordar los hechos sobre los que se le pregunta, lo cierto es que la pregunta era irrelevante para el enjuiciamiento, pues los hechos en los que se basaba la acusación resultaron acreditados por otros elementos de prueba distintos de la mera descripción física del interlocutor del detenido. La falsedad de la comparecencia en el atestado no viene determinada porque dijera que estuvo hablando con una persona de tales o cuales características físicas, sino del hecho de que procediera a la detención de una persona sobre un hecho absolutamente falso, expresando unos indicios de la comisión de un hecho delictivo absolutamente inexistentes.

VIGÉSIMO.- En el octavo de los motivos denuncia la vulneración de su derecho fundamental a la presunción de inocencia referido al delito de acusación y denuncia falsa por el que fue condenado en la instancia.

Para la desestimación del motivo debemos recordar lo que argumentamos en el tercer fundamento de esta Sentencia en el que, con estimación del recurso de la acusación pública, los hechos se subsumen en el delito de falsedad corrigiendo el error del tribunal sobre la subsunción en el delito de acusación y denuncia falsa.

Por otra parte, la falsedad que se sanciona penalmente no es, propiamente, porque el recurrente faltara a la verdad en la descripción del interlocutor del detenido ni que le dijera tales o cuales frases, sino en el hecho de que falseara la existencia de indicios justificadores de la injerencia en la libertad, conforme al art. 492 de la Ley procesal. Si la detención por parte de la policía requiere la expresión de los indicios de la existencia de un hecho delictivo y de la participación en el mismo del detenido, resulta patente que esa expresión, necesaria para la injerencia, es falsa cuando no responde a la realidad de forma consciente.

La acreditación del hecho falsario resulta de la motivación contenida en el fundamento décimo de la sentencia impugnada EDJ 2004/42834 a la que nos remitimos.

VIGÉSIMO PRIMERO.- La oposición manifestada en los motivos noveno y décimo y decimoprimero, por vulneración del principio acusatorio al haber sido condenado por un delito de acusación y denuncia falsa que no fue objeto de acusación, por error de derecho por la indebida aplicación del art. 456 del Código penal EDL 1995/16398 , carecen de contenido dada la estimación del tercero de los motivos opuestos por el Ministerio fiscal.

VIGÉSIMO SEGUNDO.- Con amparo en el art. 24 de la Constitución EDL 1978/3879 denuncia en el motivo duodécimo la inexistencia de prueba de cargo respecto al delito de detención ilegal, concretamente "al hecho subjetivo del conocimiento de los presupuestos de la ilegalidad de la detención".

El recurrente parte del hecho probado e, incluso, refiere la actividad probatoria que el tribunal ha valorado, entre ella la conversación telefónica intervenida en la que uno de los coimputados le propone la detención de Luis quien tendría las pastillas de éxtasis con las que posteriormente fue detenido. En la impugnación afirma que su interlocutor en la conversación intervenida, el coimputado Jesús Ángel, era un confidente que le proporcionaba información relevante para su actuación profesional como funcionario de policía. Esa información fue la determinante de la actuación del recurrente que desconocía la existencia de la trampa que los otros imputados habían preparado al posteriormente detenido.

El motivo se desestima. La prueba del conocimiento de la detención ilegal parte del propio contenido de la conversación telefónica en la que se le plantea al recurrente "quitar de en medio" a Luis, la colocación de las pastillas de éxtasis, y se le remunera con unas vacaciones. De ese planteamiento, junto a las relaciones anteriores en las que el recurrente colabora con el grupo informando sobre la actuación policial, los vehículos de los que sospechaban y la actuación para desvanecer sospechas cuando uno de los coimputados se dejó una cartera en un hecho delictivo.

Las conversaciones son expresivas de la conveniencia de la acción realizada en los términos típicos de la detención ilegal.

La deducción del tribunal es razonable y lógica ante la existencia de una actividad probatoria, por lo que el motivo se desestima.

VIGÉSIMO TERCERO.- En el motivo décimo tercero plantea, como consecuencia del anterior, el error de derecho por la indebida aplicación de los arts. 163.4 y 167 del Código penal EDL 1995/16398, precisamente, por no resultar acreditado la concurrencia del elemento subjetivo del delito, el dolo que materializa en el desconocimiento de la ilegalidad de la detención.

El motivo es mera consecuencia del anterior, por lo que con reiteración de la argumentación expresada en el anterior fundamento, el motivo se desestima.

VIGÉSIMO CUARTO.- En el motivo decimocuarto plantea el error de hecho en la valoración de la prueba para lo que designa el acta del entrada y registro que en el particular que interesa expresa que se intervinieron, además de pistolas, tres cajas de munición "conteniendo diversa munición", lo que evidencia el error de la sentencia impugnada EDJ 2004/42834 que en el hecho probado refiere la intervención de munición de diversos calibres con un monto total de 3562 cartuchos. En el motivo décimo quinto plantea la vulneración de su derecho a la presunción de inocencia en lo referente a la determinación del número de cartuchos intervenidos en su domicilio. Se analizan conjuntamente al coincidir en la voluntad impugnatoria.

Los motivos se desestiman. Que el acta judicial reflejara la intervención de diversa munición en unas cajas no contradice el relato fáctico que expresa la cantidad total de la munición intervenida a través de una actividad probatoria que desarrolla la inicial intervención documentada por el Secretario judicial. En todo caso, el pretendido error es irrelevante en la subsunción de los hechos, pues el recurrente fue absuelto del delito de depósito de municiones por el que había sido acusado y ninguna trascendencia tiene el pretendido error que se denuncia.

VIGÉSIMO QUINTO.- Denuncia en el motivo décimo sexto el error de derecho del art. 849.1 de la Ley Procesal penal EDL 1882/1 por la indebida aplicación del art. 50.5 del Código penal EDL 1995/16398 en lo atinente a la determinación de la cuantía de la pena de multa impuesta.

El motivo, apoyado por el Ministerio fiscal, se fundamenta en la afirmación contenida en la fundamentación de la sentencia que al condenar por delito de detención ilegal impone la pena de multa de cinco meses con una cuota de 100 euros, en atención al nivel de vida y a las cantidades económicas que manejaban los condenados, fija la cuota. También condena a este recurrente por el delito de acusación y denuncia falsa que por estimación del recurso de Ministerio fiscal debe ser apartado de la condena impuesta. Es cierto que el tribunal, quizás debido a la complejidad de la causa en la que existen una pluralidad de acusados y de hechos delictivos, ha globalizado la motivación de la pena de multa para todos los condenados a esta consecuencia jurídica, pero el criterio que emplea es hábil para la fundamentación de la condena. Se trata de un funcionario público, con una fuente de ingresos fija derivada de su condición de inspector de policía, figurando en autos la titularidad de dos vehículos.

En todo caso, dada la estimación del motivo segundo opuesto por el Ministerio fiscal y las consecuencias penológicas del art. 77 hemos suprimido de la pena impuesta la multa.

Consecuentemente, el motivo se desestima.

RECURSO Ángel

VIGÉSIMO SEXTO.- Formaliza un primer motivo de oposición por error de hecho del art. 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 . Designa para la acreditación del error el oficio policial en el que se solicita la entrada y registro en el domicilio de Gonzalo, de fecha 9 de agosto de 2002, el Auto judicial que lo acuerda, de fecha 10 de agosto siguiente, y un oficio de la guardia civil en el que se da cuenta de las actuaciones realizadas, fechado el 14 de marzo de 2004, y un cuarto, denominado "Diligencia de exposición de hechos" de fecha de 9 de agosto de 2002. Realiza un examen conjunto de los documentos referidos de los que extrae que los datos que se relacionan son falsos para lo que se apoya en las distinta fijación de la hora de las diligencias. Si en unos se hace referencia a las 23.15 horas, o las 00.00 horas, en otros se refiere esa determinación horaria a las 11,15 horas, de las que resultan divergencias que así entendidas, pueden variar hasta el día de los hechos.

Afirma el recurrente que de la lectura de las diligencias, en lo que afecta a la determinación horaria, la detención de Gonzalo se realizó por la mañana, a las 11.30 horas del 9 de agosto y, sin embargo, la entrada y registro se realizó a las 23.30 horas, o las 00.00 horas. De esa relación horaria deduce que no es cierto que se trate de revelaciones que dieron lugar a la petición de entrada y registro, sino que el detenido se encontraba en esa situación con anterioridad a la petición de entrada y registro, por lo que es falso la afirmación policial que fundamenta el registro acordado.

El motivo se desestima. El recurrente con el documento, o los documentos que designa, trata de acreditar una divergencia horaria partiendo de lo que no es sino una incorrecta expresión de la hora, ya en 24 horas ó en 12 horas, pues mientras que en unos oficios se expresa en 24 horas, en otros, emitidos mas de dos años después de los hechos se expresa en 12 horas. De ellos no cabe deducir el error en la acreditación del hecho que se pretende.

En este sentido hemos de recordar que una de las condiciones del documento a los efectos del recurso de casación es el de la literosuficiencia, es decir, que del mismo resulte, sin necesidad valorativa, el error que se denuncia. Resulta patente que del documento que designa no cabe deducir la errónea valoración de la prueba en orden a la fecha y hora de la detención de Gonzalo, que por otra parte resulta de la documentación del atestado y del acta del juicio oral de lo que resulta la detención y, seguidamente, la entrada a su domicilio.

VIGÉSIMO SÉPTIMO.- En el segundo de los motivos de casación denuncia la vulneración del derecho fundamental a la libertad, art. 17 de la Constitución EDL 1978/3879 , en referencia a la actuación policial en la detención de Gonzalo. Eje central de su argumentación es que este detenido fue interrogado, sin asistencia letrada en el mismo momento de la detención, proporcionando a la fuerza policial datos sobre la existencia de las armas que motivaron la posterior entrada y registro. Esa declaración ilícita y vulneradora de sus derechos fundamentales aparece conectada con las posteriores declaraciones en sede judicial, por lo que tampoco puede ser valorada.

Son dos los apartados de la impugnación. En el primero la legalidad de la detención del Gonzalo y la toma en consideración de sus declaraciones al tiempo de la detención. En un segundo apartado, la posibilidad de valorar las declaraciones en el Juzgado tras su presentación.

Respecto al primer apartado de la cuestión, pese a la argumentación del recurrente de que se realizó un auténtico interrogatorio y que este era irregular pues se realizó sin presencia de Letrado, el tribunal afirma la consideración de manifestaciones espontáneas del detenido. En este sentido, y con apoyo en la declaración de los funcionarios policiales, se afirma que se acercaron al posteriormente detenido y éste les manifestó que lo que había en casa no era suyo y que esa manifestación fue espontánea al conocer su condición de guardias civiles, añadiendo que se le informó de sus derechos, sin perjuicio de su posterior documentación de la información en el atestado policial. Allí se esperó a la Comisión judicial, presidida por una Juez, que realizó el registro con la localización de armas.

En el juicio oral, el imputado, que se conformó con el delito y la pena, afirmó que le informaron los derechos y que no manifestó nada con relación a los otros coimputados y que sus manifestaciones en el Juzgado fueron sugeridas por la guardia civil, expresando el

 © Grupo El Derecho y Quantor, S.L.

temor que tenía por el contenido de su declaración. Los guardias civiles que practicaron la detención refieren el contenido espontáneo de las declaraciones porque el detenido no quería que se enteraran sus padres de lo que custodiaba en la casa.

Con esos precedentes no hay nada que sugiera, como el recurrente, afirma que se practicó un auténtico interrogatorio policial sin observancia de lo prevenido en el art. 520 de la ley procesal. En sus posteriores declaraciones, a salvo la del juicio oral, el detenido manifestó la tenencia de las armas por encargo de los coimputados declaraciones de las que se retracta aduciendo miedo en el juicio oral.

Con relación a la valoración de las declaraciones del coimputado Gonzalo en el procedimiento y ante la Juez de instrucción, estas pueden ser valoradas. En primer lugar porque como hemos dicho, de lo actuado no resulta elemento alguno que permita considerar nulas de pleno derecho las manifestaciones del mismo ante los funcionarios policiales. Además, porque siguiendo reiterados precedentes jurisprudenciales, la confesión libre y voluntaria del imputado en sede judicial rompe la conexión existente con anteriores diligencias irregulares en su práctica (STC 23.10.2003 EDJ 2003/108862 ), extremo que no concurre en el presente supuesto.

VIGÉSIMO OCTAVO.- En el tercer motivo denuncia la vulneración de su derecho fundamental a la presunción de inocencia al entender que la declaración del coimputado es insuficiente para enervar el derecho que actúa en la impugnación referido al depósito de armas por el que ha sido condenado el recurrente.

El motivo se desestima. La Sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de febrero de 2003 EDJ 2003/2743 , con cita de la STC 233/2002 EDJ 2002/55506 , sintetiza la doctrina del Tribunal constitucional sobre la incidencia en la presunción de inocencia de las declaraciones de los coimputados, cuando sean prueba única, en los siguientes términos:

"a) la declaración incriminatoria de un coimputado es prueba legítima desde la perspectiva constitucional;

b) aunque es insuficiente y no constituye por sí misma actividad probatoria de cargo mínima para enervar el derecho a la presunción de inocencia;

c) la aptitud como prueba de cargo mínima de declaración incriminatoria de un imputado se adquiere a partir de que su contenido quede mínimamente corroborado;

d) se considera corroboración mínima la existencia de hechos, datos o circunstancias externas que avalen de manera genérica la veracidad de la declaración;

y e) la valoración de la existencia de corroboración mínima ha de realizarse caso por caso".

Esta Sentencia reproduce y sistematiza la consolidada jurisprudencia de esta Sala y del Tribunal Constitucional que ha declarado la aptitud de la declaración del coimputado para enervar el derecho fundamental que se denuncia como vulnerado en la impugnación. Su consideración como prueba de cargo exige, con carácter positivo, que la declaración del coimputado aparezca corroborada por otras pruebas. En términos de la SSTC 153/97 EDJ 1997/6366 y 49/98 EDJ 1998/2928 , la declaración incriminatoria del coimputado carece de consistencia como prueba de cargo cuando siendo única, no resulta mínimamente corroborada por otra prueba. El tradicional criterio de la ausencia de intereses bastardos en la incriminación se complementa en la moderna jurisprudencia por la de corroboración externa de la declaración incriminatoria.

Además, y como requisito negativo, la ausencia de móviles o motivos que permita valorar esa incriminación restándole capacidad probatoria, o que el coimputado haya realizado la incriminación por móviles espurios, como odio personal, venganza, obediencia a terceras personas, sobornos o resentimientos o por intereses procesales buscando su exculpación.

Como hemos señalado reiteradamente, cumplidos estos requisitos, el tribunal de instancia, órgano encargado de la valoración de la prueba, podrá obtener la convicción necesaria basado en la credibilidad del testimonio sobre los que deberá realizar un análisis racional. (Por todas STS 1830/99, de 16 de febrero EDJ 2000/3414 ).

Además de las declaraciones incriminatorias del coimputado Gonzalo, el tribunal ha tenido en cuenta la ausencia de móviles espurios en la incriminación y la corroboración derivada de la propia intervención de las armas, de la intervención de otras armas en el taller del padre del recurrente, de la intervención de otra arma que fue entregada a Luis para su incriminación, y la participación en varios hechos con empleo de armas. Las anteriores corroboraciones permiten valorar como prueba de cargo la declaración del coimputado.

VIGÉSIMO NOVENO.- En el cuarto de los motivos denuncia la aplicación indebida de los arts. 566 y 567, apartados 1º, al no figurar en el hecho probado, ni en la fundamentación jurídica, que el subfusil intervenido estuviera en condiciones de disparar y se utilizado como arma de fuego.

El motivo se desestima. El tribunal de instancia no declara probado el estado de conservación y funcionamiento del arma intervenida y a disposición de los imputados condenados por este delito, según resulta de la pericia pero en el relato fáctico se afirma que las armas intervenidas tenían capacidad intimidatorias y vulneradoras propias de su consideración de armas de fuego. Además se declara probado que las armas intervenidas fueron utilizadas en distintos hechos por los que han sido condenados, lo que presupone su correcto estado de funcionamiento y es conforme a la prueba practicada en el juicio oral, folio 729 vuelto, en el que depusieron como peritos los funcionarios que realizaron la pericial obrante al folio 2426 y siguientes del tomo VII del sumario.

El perfecto estado de funcionamiento es un dato plenamente acreditado que aparece en el hecho probado mediante la afirmación de su capacidad vulnerante.

TRIGÉSIMO.- Denuncia en el quinto de los motivos el error de derecho por la indebida aplicación del art. 566.1 del Código penal EDL 1995/16398 , en esta ocasión referido a la falta de aplicación de la condición de cooperador a la formación del depósito, en lugar de la promotor u organizador por el que ha sido condenado.

El motivo se desestima. El hecho probado del que se parte en la impugnación no se limita a referir un supuesto de cooperación a la formación de un depósito de armas de guerra, sino la de un tenedor de las armas, en forma compartida por los miembros del grupo

que han sido condenados por este delito, la disposición de todos los titulares e, incluso, es el recurrente quien encarga la constitución del depósito a Gonzalo quien recibe dinero por la conducta que realiza.

TRIGÉSIMO PRIMERO.- En el sexto de los motivos de la impugnación denuncia la nulidad de la intervención telefónica y, en su consecuencia, la vulneración de su derechos fundamentales a la intimidad y al proceso debido.

Para la desestimación del motivo reproducimos el fundamento cuarto de esta Sentencia. Tan sólo añadir que la injerencia no se acuerda por la existencia de una denuncia anónima, sino por las posteriores investigaciones que la policía realiza desde la recepción de una denuncia de persona no identificada que permiten la aportación de indicios sobre unos hechos delictivos referido no sólo al delito contra la salud pública sino a otros como se relacionan en el oficio policial.

TRIGÉSIMO SEGUNDO.- En el séptimo de los motivos de su impugnación denuncia la vulneración de su derecho fundamental a la presunción de inocencia respecto al delito contra la salud pública. En su desarrollo expone varias argumentaciones para realizar una valoración de la prueba distinta a la del tribunal. Así refiere la falta de acreditación del hecho probado cuando refiere que las pastillas entregadas a Luis tenían la denominación "rolex" que era la que este recurrente distribuía.

Ese dato del relato fáctico lo extrae el tribunal de instancia de una conversación telefónica del recurrente con otra persona y en la que se refiere un acto de tráfico de sustancias diferenciado dos marcas, "euro" y "rolex". El recurrente pretende dar otra valoración a la conversación, pretensión que resulta irrelevante a la subsunción, pues lo relevante es la dedicación, entre otros hechos, a la distribución de sustancias tóxicas y la entrega a Luis de la sustancia tóxica y el arma, en los términos que se motivan en el fundamento décimo de la sentencia impugnada EDJ 2004/42834 , y del que se deduce la previa tenencia de la sustancia tóxica en poder del recurrente detentada con una finalidad potencial de tráfico. Reproducimos los que argumentamos en el fundamento décimo tercero de esta Sentencia sobre la acreditación del destino al tráfico de la sustancia detentada.

TRIGÉSIMO TERCERO.- En el octavo de los motivos opone la vigencia de su derecho fundamental a la presunción de inocencia con respecto al delito de asociación ilícita por el que ha sido condenado. Para ello reproduce la argumentación de la sentencia impugnada EDJ 2004/42834 sobre la que realiza una distinta valoración que le lleva a afirmar la existencia de un supuesto de codelincuencia, destacando que el recurrente no ha sido acusado de los delitos de robo, la irrelevancia de los testimonios de los funcionarios de policía para afirmar la existencia del delito de asociación y la insuficiencia de las conversaciones telefónicas para acreditar la imputación delictiva. El tribunal, en el fundamento jurídico primero, además de las referencias en el conjunto de la sentencia, expresa la convicción sobre la realización del delito por el recurrente.

Desde la declaración de los funcionarios policiales quienes realizaron seguimientos comprobando la escasa actividad laboral, la presencia de todos en lugares de ocio y el empleo de vehículos de "alta gama"; la disposición conjunta de armas; y las conversaciones intervenidas, detallando los folios de las transcripciones, de las que se deducen la pertenencia a la organización con asunción de la realización de hechos delictivos, reparto de funciones y disposición conjunta de medios para la finalidad perseguida.

Consecuentemente, el motivo se desestima.

TRIGÉSIMO CUARTO.- En el noveno de los motivos denuncia la vulneración de su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva al considerar desproporcionada la pena impuesta por los delitos de depósito de armas de guerra y de asociación ilícita.

El motivo se desestima. Hemos declarado que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, consagrado en el art. 24.1 de la Constitución EDL 1978/3879 tiene un contenido complejo que incluye el derecho de acceder a Jueces y tribunales, el derecho a obtener de ellos una resolución fundada en derecho y a su ejecución, y el derecho a que la pretensión deducida sea resuelta en el procedimiento previsto en la ley, sin que pueda incluirse en su comprensión un derecho a la obtención de una resolución acorde a la pretensión. Desde esta perspectiva, la impugnación carece de contenido toda vez que el tribunal ha dado respuesta a las pretensiones deducidas por las partes del enjuiciamiento.

Con relación al delito de depósito de armas de guerra, la pena impuesta, seis años de prisión, es proporcionada a los hechos. Se ha impuesto en el tramo mínimo de la prevista en el tipo penal, de cinco a diez años, y el tribunal tiene en cuenta que el delito de depósito de armas de guerra absorbe el delito de tenencia ilícita de armas correspondiente a las armas de las que, también, disponían. Respecto al delito de asociación ilícita, la pena impuesta, de dos años de prisión y multa de 18 meses, pena en el tramo medio que el tribunal de instancia motiva en función de los siguientes parámetros: la gravedad y diversidad de delitos cometidos por el grupo; la extensión geográfica de las actividades del grupo, delitos cometidos en las provincias de Alicante y Valencia; y la duración temporal de la organización.

Con la expresión de la motivación de la individualización el tribunal de instancia ha dado cumplimiento a las exigencias de la motivación que requiere, desde un punto de vista general, que el Tribunal determine la gravedad de la culpabilidad del autor expresando las circunstancias que toma en cuenta para determinar una mayor o menor reprochabilidad de los hechos. El control en casación de la corrección de la pena aplicada se contrae a la comprobación de la existencia de un razonamiento en el sentido antedicho de comprobar si el tribunal ha tomado en cuenta circunstancias que le permiten establecer la gravedad de la culpabilidad, sin que pueda extenderse a la traducción numérica de los respectivos delitos, salvo en aquellos casos en los que esta determinación resulte manifiestamente arbitraria.

TRIGÉSIMO QUINTO.- En el décimo, y último, de los motivos opuestos denuncia la indebida aplicación del art. 564 del Código penal EDL 1995/16398 , el delito de tenencia ilícita de armas de fuego. El motivo es opuesto de manera subsidiaria al cuarto y para el supuesto de que éste fuera estimado. La desestimación del cuarto de los motivos hace que éste motivo, supeditado a aquél, deba ser desestimado.

RECURSO DE Carlos Alberto

 © Grupo El Derecho y Quantor, S.L.

TRIGÉSIMO QUINTO.- En el primero de los motivos de la impugnación denuncia la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, impugnación que ya ha sido resuelta en el cuarto de los fundamentos de esta Sentencia al que nos remitimos para la desestimación de este motivo.

TRIGÉSIMO SEXTO.- En el segundo motivo denuncia el error de hecho en la apreciación de la prueba del art. 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 . Designa para la acreditación del error la prueba pericial realizada sobre la carta de identidad y el permiso de conducir, ambos documentos italianos, a los que se había colocado la fotografía del recurrente. No discute la falsificación sino la condición de falsedad burda y, por lo tanto, atípica.

El motivo se desestima. Considerando la habilidad de la pericia que designa como documento acreditativo del error, es preciso que del documento se acredite la errónea valoración realizada por el tribunal, esto es, que el tribunal careciendo de otros acreditamentos en la materia, llegue a conclusiones distintas de las expresadas por la prueba pericial. Señalado lo anterior, comprobamos que la pericia no califica de burda la falsificación realizada. Antes al contrario, la pericia destaca el contenido de la falsificación y no cabe calificarla de burda por el hecho de que la tinta que valida la fotografía sea negra cuando debía ser de color azul, pues esa diferenciación es perceptible desde la pericial realizada e imperceptible a simple vista. Tampoco cabe calificar de burda la falsificación de la carta de identidad italiana por el hecho de que el titular de la identidad sea una persona de 36 años y la foto del recurrente deba representar su edad, es decir, unos veinte años, pues su constatación requiere comprobar ambos datos, la fecha de nacimiento y la fotografía para constatar su falta de correspondencia.

La mutación de la verdad para que sea delito ha de tener aptitud para engañar, de tal modo que lo que no es verdadero pueda parecerlo. En el caso enjuiciado, la falsificación pretendía la falsa identificación del acusado mediante la colocación de la fotografía del recurrente a un documento auténtico. Los documentos mendaces reunían las características precisas, impresos oficiales, sellos y firma para inducir a error.

TRIGÉSIMO SÉPTIMO.- En el tercer motivo denuncia la vulneración de su derecho fundamental a la presunción de inocencia respecto al delito de depósito de armas de guerra por el que ha sido condenado.

El motivo se desestima. Con reiteración de cuanto hemos argumentado sobre el contenido esencial del derecho que invoca en la impugnación, constatamos que el tribunal afirma la participación del recurrente en el depósito de armas a partir de la consideración de miembro activo de la organización delictiva con disposición de las armas con las que contaba el grupo. Además, resulta de las conversaciones telefónicas que mantuvo, y que han sido intervenidas, en las que refiere la entrega de una de las armas, el trasvase de otras desde el taller de sus padres y la propia participación del recurrente en la entrega a Luis de un arma, lo que evidencia la disposición que el recurrente tenía sobre las armas localizadas e intervenidas en el domicilio de Gonzalo. La valoración que de las intervenciones realiza el recurrente son ajenas al contenido esencial del derecho que invoca pues el tribunal ha realizado una valoración razonable de la prueba practicada en el procedimiento.

TRIGÉSIMO OCTAVO.- Opone un cuarto motivo por error de derecho por aplicación indebida de los arts. 566 y 567, el delito de depósito de armas, reiterando la argumentación que fue expuesta por su hermano Ángel en el cuarto de los motivos formalizados y al que hemos dado respuesta en el fundamento vigésimo noveno.

La misma remisión ha de realizarse respecto a la oposición contenida en el motivo quinto de la oposición en el que denuncia el error de derecho por la indebida aplicación del art. 368 del Código penal EDL 1995/16398 . Reproducimos la fundamentación contenida en el ordinal décimo tercero y trigésimo segundo, para la desestimación del motivo. La tenencia de la sustancia tóxica, de 3000 pastillas de éxtasis, rellena el tipo penal del tráfico de drogas en los términos ya considerados.

TRIGÉSIMO NOVENO.- En el sexto de los motivos de su oposición denuncia la vulneración de su derecho fundamental a la presunción de inocencia para el delito de asociación ilícita. Reproduce, casi literalmente, la impugnación formalizada por su hermano Ángel.

La actividad probatoria tenida en cuenta para este recurrente es la misma que la que hemos analizado para su hermano, por lo que nos remitimos al fundamento jurídico trigésimo tercero, en lo referente a las declaraciones de los funcionarios policiales, que realizaron seguimientos a los acusados y las intervenciones telefónicas que evidencian la actuación organizada en los términos que se declara probado.

CUADRAGÉSIMO.- Denuncia en este motivo el error de derecho del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 por la indebida aplicación del art. 566 del Código penal EDL 1995/16398 . El motivo es coincidente con el interpuesto por su hermano Ángel en el quinto de sus motivos que hemos atendido en el fundamento trigésimo. En el mismo se reitera que este recurrente no puede ser tenido por promotor u organizador del depósito tratándose de un mero cooperador en la formación del depósito.

Con reiteración de lo anteriormente argumentado, el motivo se desestima. La tenencia de las armas de la organización por el recurrente hace que su conducta no pueda ser considerada como de cooperador al depósito, sino de miembro de la organización que dispone de las armas. El término cooperador va referido a la conducta de quien no siendo titular del depósito colabora en su formación mediante aportaciones o conductas de favorecimiento al depósito y no a las personas titulares, únicos o colectivos, del depósito formado.

CUADRAGÉSIMO PRIMERO.- Denuncia en el octavo de los motivos de su oposición la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva al considerar que las penas impuestas por los delitos de asociación ilícita, de depósito de armas y de falsificación son desproporcionadas.

El motivo es coincidente con el que ha sido tratado en el fundamento trigésimo cuarto correspondiente a la impugnación de Ángel, a excepción del delito de falsificación por el que ha sido condenado este recurrente.

Ciñéndonos al delito continuado de falsedad en documento oficial, la pena impuesta de 2 años de prisión y multa de 10 meses se sitúa en el tramo mínimo del procedente, dada la consideración de delito continuado de la falsificación realizada sobre dos documentos oficiales. La diferencia entre la pena mínima y la impuesta es irrelevante máxime cuando el tribunal ha aplicado el art. 76 del Código penal EDL 1995/16398 , norma penológica para el concurso real de delitos.

## FALLO

QUE debemos declarar y declaramos HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN por infracción de Ley y quebrantamiento de forma interpuesto por el Ministerio Fiscal, contra la sentencia dictada el día 1 de abril de dos mil cuatro por la Audiencia Provincial de Valencia EDJ 2004/42834 , en la causa seguida contra Jesús Ángel, Manuel, Ángel, Carlos Alberto, Hugo y otros no recurrentes, por delito asociación ilícita, robo con fuerza en casa habitada, robo con intimidación y uso de armas, simulación de delito, delito continuado de receptación, delito continuado de falsedad en documento oficial, tenencia ilícita de armas prohibidas, de depósito de armas, contra la salud pública, detención ilegal, delito de falsedad en documento público y delito de depósito de municiones, que casamos y anulamos. Declarando de oficio la parte proporcional de las costas procesales.

QUE debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN por infracción de Ley y quebrantamiento de forma interpuesto por Jesús Ángel, Manuel, Ángel, Carlos Alberto y Hugo, contra la sentencia dictada el día 1 de abril de dos mil cuatro por la Audiencia Provincial de Valencia EDJ 2004/42834 , en la causa seguida contra ellos mismos y otros no recurrentes, por delito asociación ilícita, robo con fuerza en casa habitada, robo con intimidación y uso de armas, simulación de delito, delito continuado de receptación, delito continuado de falsedad en documento oficial, tenencia ilícita de armas prohibidas, de depósito de armas, contra la salud pública, detención ilegal, delito de falsedad en documento público y delito de depósito de municiones, que casamos y anulamos. Asimismo se le impone a cada uno el pago de una sexta parte de las costas procesales.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. José Antonio Martín Pallín.- Andrés Martínez Arrieta.- José Manuel Maza Martín.- Juan Ramón Berdugo Gómez.- Luis-Román Puerta Luis.

## SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintitrés de marzo de dos mil cinco.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción núm. 13 de Valencia, con el número 13/02 de la Audiencia Provincial de Valencia, por delito de asociación ilícita, robo con fuerza en casa habitada, robo con intimidación y uso de armas, simulación de delito, delito continuado de receptación, delito continuado de falsedad en documento oficial, tenencia ilícita de armas prohibidas, de depósito de armas, contra la salud pública, detención ilegal, delito de falsedad en documento público y delito de depósito de municiones contra Jesús Ángel, Manuel, Ángel, Carlos Alberto, Hugo y otros no recurrentes y en cuya causa dictó sentencia la mencionada Audiencia con fecha 1 de abril de dos mil cuatro, que ha sido casada y anulada EDJ 2004/42834 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. Andrés Martínez Arrieta, hace constar lo siguiente:

ANTECEDENTES

UNICO.- Se aceptan y reproducen los antecedentes de hecho de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia EDJ 2004/42834 añadiendo el relato fáctico que Luis detenido el 25 de julio de 2002 y fue puesto en libertad por orden judicial el 1 de octubre de 2002.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se aceptan y reproducen los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida EDJ 2004/42834 añadiendo los de la primera sentencia dictada por esta Sala.

SEGUNDO.- Que por las razones expresadas en el primero y segundo de los fundamentos jurídicos de la sentencia de casación procede la estimación del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal.

PARTE DISPOSITIVA

Fallamos: Que debemos condenar y condenamos a Hugo como autor responsable de un delito de falsedad en documento público del art. 390.1.3 y 4 en concurso ideal con otro de detención ilegal del art. 163.3 y 167 del Código penal EDL 1995/16398 a la pena de 7 AÑOS Y 9 MESES DE PRISIÓN y 11 años de inhabilitación absoluta, accesorias legales y al pago proporcional de las costas procesales y al tiempo que se le absuelve de los delitos de acusación y denuncia falsa y de los demás por los que fue absuelto en la sentencia impugnada EDJ 2004/42834 .

Condenamos a Jesús Ángel, Manuel, Ángel y Carlos Alberto en los términos que resultan de la sentencia impugnada, que no ha sido casada, en los términos contenidos en la misma.

Igualmente al pago proporcional de las costas procesales.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. José Antonio Martín Pallín.- Andrés Martínez Arrieta.- José Manuel Maza Martín.- Juan Ramón Berdugo Gómez.- Luis-Román Puerta Luis.

 © Grupo El Derecho y Quantor, S.L.

Publicación.- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

Número CENDOJ: 28079120012005100486