

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

SENTENCIA

Sentencia N°: 626/2007

Fecha Sentencia: 05/07/2007

Ponente Excmo. Sr. D.: Andrés Martínez Arrieta

Segunda Sentencia

Voto Particular

RECURSO CASACION N°:1277/2006

Fallo/Acuerdo: Sentencia Absolutoria

Señalamiento: 28/06/2007

Procedencia: Audiencia Provincial de Madrid. Sección Décimo Sexta.

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

Escrito por: AMV

***Delito de detención ilegal. Falsificación de documento público. Coacciones. Principio acusatorio. Introducción de hechos por el tribunal. Art. 708 LECrim.: interrogatorio por el tribunal. Delito de coacciones. Actuación legítima. Cuerpos de seguridad: principios de actuación. Delito de detención ilegal: requisitos de tipicidad. Examen ex ante de los indicios. Delito de falsedad:**

VOTO PARTICULAR

FECHA:05/07/2007

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO. SR. D. MANUEL MARCHENA GÓMEZ respecto de la sentencia núm. 616/2007, dictada el 5 de julio de 2007, en el recurso de casación núm. 1277/2006, interpuesto por el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado y por las respectivas representaciones legales de Rodolfo Ruiz Martínez, Javier Fernández y José Luis González Salgueiro.

La redacción de este voto particular toma como punto de partida una doble coincidencia. Todos los miembros de la Sala estamos de acuerdo en que existió una privación de libertad de dos ciudadanos acordada por los poderes públicos en el marco de una investigación policial. También compartimos la idea de que el atestado que dio origen a las diligencias previas núm. 147/05, instruidas por el Juzgado de Instrucción núm. 42 de Madrid, no recogió la identificación de los dos primeros instructores y secretarios que inicialmente se hicieron cargo de las diligencias policiales, habiéndose alterado además la fecha en la que algunas de las primeras comparecencias tuvieron efectivamente lugar.

Lo que nos separa es la diferencia de criterio acerca de si aquella detención estuvo o no justificada y si las omisiones apreciables en el atestado finalmente remitido al órgano jurisdiccional fueron o no penalmente relevantes. La mayoría entiende que ni la detención de los dos ciudadanos, ni la falta de constancia de algunas de las incidencias surgidas con ocasión de la investigación de los hechos, colman las exigencias de los respectivos tipos objetivos de los delitos de detención ilegal y de falsedad.

Desde mi punto de vista, sin embargo, los hechos que proclama el juicio histórico son constitutivos de dos delitos: a) un delito de detención ilegal del art. 167, en relación con el art. 163.2 del CP; b) un delito de falsedad en documento oficial previsto y penado en el art. 390.1, 3 y 4 del CP. Esta conclusión la obtengo con plena sujeción al hecho probado de la sentencia de instancia, referencia obligada a la vista de la vía procesal seleccionada por las partes recurrentes y que ahora ha sido objeto de estimación (art. 849.1 de la LECrim).

I.- SOBRE LA CONCURRENCIA DE LOS ELEMENTOS TÍPICOS DEL DELITO DE DETENCIÓN ILEGAL.

Para una más adecuada exposición de los argumentos que, a mi juicio, respaldan la existencia de un delito contra la libertad personal, debo hacer algunas precisiones que me parecen indispensables para fijar el verdadero alcance de mi disidencia.

No cuestiono, en modo alguno, que los hechos acaecidos el día 22 de enero de 2005, en la confluencia de las calles Alcalá y Virgen de los Peligros, tenían que ser necesariamente objeto de investigación penal. Sea cual fuere la versión que se suscriba acerca de lo realmente acontecido y más allá de lo que, meses después, pudo determinar la investigación jurisdiccional de los hechos, está fuera de dudas que los insultos a un Ministro del Gobierno, las injurias, amenazas, el intento de agresión o, simplemente, los empujones y zarandeos, tienen un claro encaje típico en nuestro sistema penal. Los arts. 209 y 504 del CP castigan con pena de multa –dato, por cierto, no valorado en nuestra sentencia a efectos de formular el juicio de proporcionalidad de la detención- las injurias comunes y las injurias y amenazas graves dirigidas al Gobierno de la Nación. Y el art. 551.2 sanciona con pena privativa de libertad de 4 a 6 años y multa de 6 a 12 meses a quienes acometan a un Ministro, empleen fuerza contra ellos o les intimiden gravemente.

No pongo tampoco en duda que, ante un hecho delictivo la detención de los presuntos responsables representa, no ya una facultad, sino un deber institucional exigible a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad

del Estado. Se trata, pues, del cumplimiento de una obligación legal (art. 492.1 LECrim) que les viene impuesta por su especial misión de descubrimiento de los delitos y de sus presuntos autores (art. 282 LECrim). Cuestión distinta es que el cumplimiento de esa obligación legal pueda realizarse al margen de los presupuestos que en cualquier sistema constitucional legitiman una medida cautelar privativa de libertad.

Hechas las anteriores precisiones, creo que para obtener una respuesta al interrogante acerca de si el bien jurídico libertad fue intencionadamente vulnerado, la opción metódica más segura es ponderar si la decisión de detener a aquellos dos ciudadanos se acomodó a los presupuestos exigidos para la validez de las medidas cautelares privativas de libertad.

Conforme a un criterio doctrinal prácticamente unánime, acogido en pronunciamientos de la jurisprudencia constitucional (cfr. por todas, SSTC 62/1996, 15 de abril) y de esta Sala Segunda (SSTS 815/2000, 16 de mayo, 1156/1998, 10 de octubre, 295/1997, 28 de febrero y 1017/1996, 7 de febrero), los presupuestos ineludibles para la adopción de cualquier medida cautelar restrictiva de derechos son dos: a) lo que se ha denominado apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*); b) la necesidad de conjurar el riesgo de una resolución tardía que pudiera provocar la ineficacia de una resolución definitiva (*periculum in mora*).

Pues bien, centrándonos en la detención preventiva, como genuina expresión de una medida cautelar privativa de libertad, tales presupuestos adquieren un doble significado. De una parte, la razonada atribución de un hecho delictivo a una persona (*fumus boni iuris*); de otro lado, el riesgo de ocultación o fuga del sospechoso (*periculum in mora*). En palabras de nuestra ley procesal, constatada la existencia de un hecho que presente caracteres de delito, resulta indispensable: a) que la autoridad o sus agentes tengan motivos para creer que la persona a quien intentan detener tuvo participación en él; b) que los antecedentes del sujeto o las circunstancias del caso hicieren presumir que no comparecerá cuando fuere llamado por la autoridad judicial (cfr. art. 492.3 y 4 LECrim).

La sentencia de la que discrepo centra su núcleo argumental en la constatación de la existencia de motivos racionales bastantes de la comisión de un hecho punible y en las razones que permitían atribuir ese hecho a ambos detenidos. Sin embargo, en su densa argumentación jurídica, no se advierte un razonamiento, susceptible de motivar mi adhesión, destinado a justificar que, además de la razonable atribución de un hecho punible, la detención de ambos ciudadanos fue precisa por el riesgo de fuga inherente a sus circunstancias personales. Ese déficit argumental me impide sumarme a la opinión mayoritaria.

En efecto, la sentencia concluye la inexistencia del delito de detención ilegal, limitándose a valorar la concurrencia de los dos presupuestos del art. 492.4 de la LECrim (indicios de delito e indicios de participación). La exigencia impuesta por el art. 492.3 LECrim, esto es, el riesgo de fuga es eliminada en la opinión de la mayoría argumentando que ese presupuesto es perfectamente prescindible en los casos en que la detención sea acordada por la policía judicial, sin existencia previa de una imputación judicial. Además, las singularidades del caso enjuiciado –presentación voluntaria de los sospechosos en las dependencias policiales- harían innecesaria, a juicio de la mayoría, la concurrencia de tal presupuesto legitimante.

Desde mi punto de vista –y como intento razonar *infra-* para proclamar la legalidad de una detención no basta con indagar la objetiva existencia de un hecho delictivo. Tampoco es suficiente con advertir un indiciario juicio de atribución, en el presente caso, claramente cuestionable. Se precisa algo más. Y es que toda medida cautelar privativa de libertad, ya sea ésta adoptada en el marco de un procedimiento judicial abierto, ya lo sea por iniciativa de los agentes de policía judicial durante la tramitación de sus diligencias, impone de forma ineludible la ponderación del riesgo de fuga. Si prescindimos de su exigencia o relativizamos su significación, corremos el riesgo de avalar injerencias injustificadas de los poderes públicos en la libertad de cualquier ciudadano.

a) *La ausencia de una razonable atribución del hecho punible*

Con arreglo al relato de hechos probados –guía obligada, a la luz del art. 849.1 de la LECrim-, las primeras diligencias policiales practicadas a raíz de los incidentes, no permitían la atribución de los hechos a ninguna persona. El juicio histórico va incluso mucho más allá. Con fundamento en el testimonio de los policías que estuvieron presentes en el lugar de los hechos y conforme a las primeras notas informativas que los agentes elaboraron al respecto, ni siquiera se dio por probada la existencia de una agresión física a la autoridad a la que protegieron en lo que el factum denomina una *cápsula de seguridad*.

Pero aun aceptando la veracidad de la versión del Ministro acerca de la existencia de agresiones reales sobre su persona –como así hizo el acusado Rodolfo Ruíz Martínez cuando afirmó, según el factum, “...*que si el ministro dice que le han pegado, le han pegado y eso no se cuestiona*”-, el canon constitucional para la privación de libertad de dos ciudadanos sigue siendo inderogable.

Antes de que aquellas dos detenciones fueran practicadas, los datos para formular el indiciario juicio de atribución de los hechos cometidos (art. 492.4 LECrim), eran las sucesivas comparecencias de los funcionarios policiales que habían participado en las labores de protección del Ministro, así como las imágenes que ofrecía el material gráfico del que, hasta ese momento, se disponía. Habían comparecido ante el instructor del atestado – así se describe en el factum- los policías que fueron testigos directos del incidente. Habían declarado el Inspector de policía núm. 56.589 -adscrito a la Brigada Provincial de Información y jefe del retén durante la tarde del día en que se produjeron los hechos-, el funcionario policial núm. 79.914 – también participante en la cápsula de seguridad formada en torno al señor Bono y la señora Díez-, los agentes números 25.851, 27.126 y 56.766, 50.064, 74.984, 56.590, 77.069, 61.098 y 64.005. A las comparecencias de los reseñados agentes, habría que sumar después las que efectuaron los policías que actuaban como escoltas del Sr. Bono, esto es, los números 64.235, 57.800 y 64.548.

Fueron, pues, catorce testimonios de diferentes agentes de la autoridad, todos ellos testigos directos de los hechos. De la versión que

aquellos ofrecieron nos interesa básicamente qué datos aportaban para fundar una posible autoría y, a partir de ahí, estimar colmada la exigencia del presupuesto de la *razonada atribución de un hecho delictivo a una determinada persona*. Pues bien, conforme aclara el relato de hechos probados, “...en el curso del día 24-1-06 se recabaron, obtuvieron y se visionaron en la Brigada de Identificación los vídeos...” que reflejaban el tumulto y los hechos. Las dificultades para cualquier identificación fueron puestas de manifiesto en la comparecencia verificada por los agentes núms. 58.817 y 50.564. Y ya en la mañana siguiente, en la comparecencia llevada a cabo por los agentes números 61.098 y 64.005 se afirmó que “...una vez visionadas las cintas de vídeo que obran en esta Brigada, no identifican a ninguna persona como autora de los hechos referidos, debido a la confusión, a los momentos de tensión y al celo profesional de los declarantes dedicado exclusivamente a garantizar la seguridad de sus protegidos (folios 52 y 53).

En definitiva, pese al número de comparecencias de testigos directos de los hechos, el visionado de las cintas de vídeo y la práctica de gestiones que anunciaba la diligencia extendida en el atestado, no existía, hasta ese momento, elemento de juicio alguno que permitiera individualizar la conducta de uno o varios protagonistas de los que afirmar su participación, incluso indiciaria, en los hechos delictivos que se estaban investigando.

Tres hechos nuevos precipitan la localización y ulterior privación de libertad de Isidoro Barrios y Antonia de la Cruz. El primero de ellos, la conferencia de prensa que ofrece el entonces Delegado del Gobierno de la Comunidad de Madrid, Constantino Méndez Martínez, quien anuncia ante los medios de comunicación –según entrecomilla el factum- que “...calculaba que pronto habría identificaciones y detenciones porque había suficientes indicios en la investigación policial”, añadiendo que “...la Policía tenía información y documentos gráficos suficientes para identificar a las personas que estaban en el entorno del Ministro de Defensa, José Bono, cuando se produjo la agresión”. Tales informaciones -dice el Tribunal a quo- no respondían a la realidad, pues “...la investigación policial en la tarde del día 24-01-05 no reflejaba ni agresiones al señor Ministro, ni identificaciones de clase alguna de participantes en los

incidentes". El segundo, la publicación de una fotografía en un periódico nacional, mediante la que se identifica a dos de las personas que se hallaban en el lugar de los incidentes, resultando ser Isidoro Barrios y Antonia de la Cruz. El tercer hecho novedoso lo aportaba esa misma información periodística, que daba cuenta de la condición de ambos manifestantes como miembros directivos del Partido Popular en Las Rozas.

En suma, son tres datos añadidos a los que ya constaban en el atestado inicialmente instruido: a) la voluntad institucional del Delegado del Gobierno de practicar detenciones; b) la identidad de dos personas ubicadas en el lugar en el que acaecieron los incidentes; c) su condición de miembros de un partido político. El problema radica, a mi juicio, en que ninguno de tales elementos, ni por sí, ni en su conjunto, ni relacionados con aquellos de los que ya se tenía noticia en el atestado, son suficientes para estimar *razonable*, ni siquiera en el plano indiciario, el juicio de atribución que impone el art. 496.4 de la LECrim.

Ni la voluntad institucional favorable a la práctica de las detenciones ni, por supuesto, la militancia política de una persona, pueden integrar el tantas veces comentado presupuesto legitimante de la privación de libertad. Tampoco el simple hecho de *estar allí*, en el lugar del incidente, puede ser reputado suficiente a tales fines. Ni siquiera la proximidad al Ministro, reflejada en la imagen estática que ofrece una fotografía, puede considerarse decisiva. Existen pasajes en el factum que evidencian que no todos los manifestantes que se hallaban en las proximidades increparon o insultaron al Ministro. Así, en la comparecencia de los agentes números 74.984, 56.590 y 77.069, se hizo constar –como expresa el relato de hechos probados– que el Sr. Bono “...*estaba rodeado de muchas personas, parte de las cuales le increpaban y otras le aplaudían*”. Del mismo modo, los funcionarios números 61.098 y 64.005 –añade el factum– hicieron constar en su comparecencia que “...*en estos momentos de tensión se producen intentos de querer agarrar al Ministro, alguno de los cuales eran de apoyo y otros con una intencionalidad manifiestamente ofensiva*”.

De ahí que me vea obligado a concluir que, según se desprende del relato de hechos probados, la detención de ambos ciudadanos fue acordada

sin que constara la existencia del primero de los presupuestos que necesariamente ha de concurrir para convertir en legítima la medida cautelar privativa de libertad acordada por los acusados.

Analicemos ahora el segundo.

b) *La ausencia de cualquier riesgo de fuga*

Dando por acreditada la existencia de un hecho que indiciariamente reviste caracteres de delito e, incluso, aceptando lo que, a mi juicio, ofrece más que fundadas dudas, esto es, un juicio provisional de autoría, todavía falta analizar la concurrencia de un segundo elemento, sin el cual la legitimidad de la detención se desvanece: el riesgo de fuga del sospechoso. Usando la terminología legal, “...*que los antecedentes o las circunstancias del hecho hicieren presumir que no comparecerá cuando fuere llamado por la autoridad judicial*” (art. 492.3 LECrim).

La resolución que expresa el criterio de la mayoría -FJ 3º, apartado 4-, minusvalora el significado de este presupuesto legitimante. Para apoyar su razonamiento, interpreta el silencio de las partes y de la propia sentencia de instancia acerca del *riesgo de fuga*, como una actitud congruente con las exigencias de nuestra ley procesal, que no impondría tal requisito para legitimar la detención. No creo, sin embargo, que la relevancia constitucional de este presupuesto pueda hacerse depender del peso argumental que le atribuyan las partes, sobre todo, cuando quienes recurren son –además del Ministerio Fiscal, que defiende la legalidad de la detención- los propios condenados. Además, la sentencia de instancia no guarda silencio al respecto, en la medida en que enlaza –FJ 4º- el derecho constitucional a la libertad con los presupuestos que hacen procedente la detención, descritos en los arts. 490 y 492 de la LECrim. Es en este último precepto, expresamente citado por la los Jueces de la Audiencia Provincial, en el que se impone como condición legitimante de la pérdida de libertad que “...*los antecedentes o las circunstancias del hecho hicieren presumir que no comparecerá cuando fuere llamado por la autoridad judicial*”.

De acuerdo con el entendimiento mayoritario de mis compañeros de Sala, “...*el requisito del peligro de fuga, previsto en el número 3 del art.*

492 de la ley procesal, se dispone para los supuestos en los que exista una previa imputación judicial (...) en el supuesto de autos, no existía una instrucción judicial abierta, por lo que la justificación de la detención por la policía judicial se encuentra en el art. 492.4 de la ley procesal penal que no prevé, como presupuesto de justificación, el peligro de huída, sino la concurrencia de los indicios de delito y de participación”.

Esta línea de razonamiento, en mi opinión, autoriza dos conclusiones no exentas de riesgo. La primera, que la detención policial está sometida a menos presupuestos de justificación que la detención acordada en el seno de un procedimiento judicial. La segunda, que todo sospechoso de un hecho punible, por el solo hecho de serlo, puede ser legítimamente privado de libertad por los agentes de policía.

Es perfectamente posible, desde luego, diferenciar entre la detención policial y la detención judicial. Estamos en presencia de lo que se ha llamado una *detención preventiva*, esto es, aquella que se acuerda por propia iniciativa de los agentes de policía que, precisamente por ello, han de realizar por sí el examen de la concurrencia de los requisitos que justifican la privación de libertad. Distinto es el caso de la llamada *detención provisional*, decidida por la autoridad judicial (art. 487 LECrim) o el Ministerio Fiscal (art. 5 Ley 50/1981, 30 de diciembre) y ejecutada por los agentes, que no deben entrar a ponderar otras cuestiones que las referidas a la competencia propia y del ordenante, así como las atinentes a las formalidades de la emisión del mandamiento y la ejecución misma de la detención.

Pero lo que me parece más que dudosa es la posibilidad de que esa distinción tenga por objeto debilitar los presupuestos justificativos de la privación de libertad acordada por la policía y, sin embargo, enfatizar su relevancia cuando se trata de una detención que se produce en el marco de un proceso judicial y toma como punto de partida una previa imputación judicial.

De la ausencia de todo deseo de sustraerse a la llamada de los Tribunales habla por sí sola la respuesta que Isidoro Barrios San José da al

acusado Javier Fernández Gómez cuando éste le telefona a su domicilio. No sólo se ofrece a acudir voluntariamente a la Comisaría, sino que, por si hubiera alguna duda acerca de su propósito, ofrece a su interlocutor los datos de identificación de Antonia de la Cruz, hasta entonces infructuosamente buscada por la Brigada de Información y plantea la conveniencia de que sean ambos los que acudan a la sede policial.

Pues bien, pese a todo, el acusado Javier Fernández Gómez, actuando por orden del comisario Rodolfo Ruiz Martínez y aun constándoles a ambos la inminente presencia voluntaria de esas dos personas, indicó al instructor del atestado “... *que cuando aquéllos llegaran les detuviera y leyera sus derechos*”. La ulterior privación de libertad sufrida por dos ciudadanos, en ejecución de esa orden, colma las exigencias del tipo objetivo y subjetivo del delito de detención ilegal.

La narración fáctica, tal y como aparece descrita en la sentencia impugnada, sólo podría haber justificado, en su caso, la llamada de ambos ciudadanos, ya localizados entre la multitud, en concepto de imputados (art. 118 LECrim), con los efectos que son propios a tal estatus (art. 771.2 LECrim). La imputación sí puede revestir un significado garantista. No en vano, se trata del acto que determina el nacimiento del derecho de defensa (cfr. SSTC 128/1993, 19 de abril, 62/1994, 28 de febrero y 277/1994, 19 de abril). De ahí que, pese a algunos pasajes del factum que incluso ponen de manifiesto la falta de solidez de los elementos que sirvieron de base para la citación telefónica realizada a Isidoro Barrio –mucho más visible en el caso de Antonia de la Cruz-, ningún reproche podría haberse formulado a una llamada que, en función del contenido de la declaración prestada, podría haber servido, bien para reforzar la imputación inicial, valorando entonces la conveniencia de una medida cautelar privativa de libertad, bien para encauzar una línea de investigación hasta entonces no activada. Pero una cosa es admitir esa posibilidad y otra bien distinta estimar ajustada a derecho una decisión que implicaba, sin respeto alguno a los presupuestos constitucionales que justifican la detención preventiva, la privación de libertad de quienes, no se olvide, se dirigían voluntariamente a la Comisaría para responder a la llamada del inspector de Policía acusado.

Debo distanciarme del razonamiento acogido en el FJ 3º, apartado 5, de nuestra sentencia, cuando atribuye incongruencia a la resolución de la Audiencia, en la medida en que, “...de una parte afirma, categóricamente, que la detención fue <<inmotivada, arbitraria y abusiva>> y en el mismo párrafo también afirma que <<estaba justificada la citación a declarar de los dos detenidos en tanto aparecían ambos en las proximidades del ministro al tiempo de ocurrir los incidentes>>, lo que comporta que esa citación era en concepto de imputados. No es factible considerar al tiempo correcta la consideración de imputados en los hechos y al tiempo, que su detención era abusiva y arbitraria”. En mi opinión, no existe la incongruencia que se señala. Es más, considero perfectamente factible estimar que la citación en concepto de imputado era procedente y, sin embargo, la adopción de una medida cautelar era arbitraria. Dicho de otra forma, todo detenido ha de ser previamente imputado, pero no todo imputado ha de ser necesariamente detenido.

Por otra parte, no es obstáculo para afirmar la existencia del delito de detención ilegal el argumento que se desliza en el recurso del Ministerio Fiscal, con arreglo al cual, la detención “...sólo duró el tiempo necesario para la información de derechos, recibirles declaración y, sin solución de continuidad, se los dejó en libertad. Se limitó por tanto a la privación de libertad deambulatoria necesaria para la práctica de las diligencias, sin ninguna otra limitación añadida y habitual en dependencias policiales. Este proceder evidencia una mínima lesión del bien jurídico...”. De forma coincidente con tal visión, nuestra sentencia argumenta que fueron los imputados los que acudieron voluntariamente a la comisaría, y “...la detención se limita a su declaración, previa información de derechos, tras lo cual son puestos en libertad sin la realización de ninguna otra diligencia de las que, normalmente acompañan a la injerencia...”. No puedo compartir tal línea de razonamiento.

La citación telefónica, incluso la *invitación* a una comparecencia voluntaria en una comisaría de policía, no puede servir de excusa para relajar la exigencia de los presupuestos justificantes de toda medida cautelar, sobre todo, cuando los inspectores acusados ya han decidido privar de libertad a quienes acuden voluntariamente a la llamada policial. La

voluntariedad en el desplazamiento inicial de la víctima carece de relevancia a efectos de afirmar la existencia del delito de detención ilegal. Además, el delito de detención ilegal no se consuma cuando los ciudadanos citados están dirigiéndose voluntariamente a las dependencias policiales, sino cuando se les impide su salida anunciándoles su detención.

Considero, además, que afirmada la ilegalidad de la detención, la lesión al bien jurídico se produce con total independencia del tiempo durante el que se prolongue la pérdida de la capacidad ambulatoria. La detención o está justificada o es ilegal. Constatada la ilegalidad de la detención por ausencia de los presupuestos que la legitiman, su gravedad no desaparece por el manejo de módulos cronológicos tendentes a justificar *pequeñas vulneraciones* sin relevancia jurídico-penal. En nuestro sistema constitucional, la libertad frente a los poderes públicos no admite *violaciones insignificantes* y por tanto ajenas al derecho penal.

Pero aun recurriendo a censurables parámetros cuantitativos, conviene no olvidar que los dos ciudadanos estuvieron injustamente privados de su libertad desde las 13,20 a las 16 horas, esto es, casi tres horas. Pues bien, esta misma Sala ha estimado que una detención de 1 hora y 15 minutos, ajena a los presupuestos que la habrían justificado, integra el delito de detención ilegal. Es el caso de la STS 1516/2005, 21 de enero, que analizó un supuesto de hecho en el que la víctima también se personó por propia iniciativa, acompañado de su abogado, en las dependencias policiales. La entrada voluntaria en la Comisaría –según el juicio histórico- se produjo a las 9 horas del día de los hechos. Treinta minutos después, a las 9,30 horas, se efectuó la información de derechos como detenido, siendo trasladado al sótano del edificio, donde le fue tomada la impresión dactilar de los dedos índice y pulgar de la mano derecha, tras lo que, en presencia del mismo abogado, le recibieron declaración a las 9,40 horas, siendo finalmente informado de que era puesto en libertad "con cargos" a las 10,15 horas del mismo día. Fueron, pues, una hora y quince minutos, los que sirvieron de base para entender consumado el injustificado ataque a la libertad, habiéndose invertido buena parte de ese tiempo en la práctica de la declaración.

En mi opinión, pues, la acreditada ausencia de dos de los presupuestos que legitiman la privación de libertad por los poderes públicos, en el marco de una investigación criminal, convierte en antijurídica la detención de Isidoro Barrios y Antonia de la Cruz. Respecto de esta última, incluso, su privación de libertad como posible autora de un delito de injurias o amenazas –hechos sancionados con pena de multa- además de injustificada, representó la quiebra del principio de proporcionalidad. De ahí que concluya la corrección del criterio de la Sala de instancia cuando estimó que los acusados Javier Fernández y Rodolfo Ruiz eran autores de un delito de detención ilegal previsto en los arts. 167 y 163.2 del CP. La condena por un único delito, pese a haber sido privadas de libertad dos personas, es ineludible por exigencias inherentes al principio acusatorio.

II.- SOBRE LA CONCURRENCIA DEL DELITO DE FALSEDAD EN DOCUMENTO OFICIAL

Coincido con mis compañeros de Sala en la necesidad de no suscribir un concepto del delito falsario que atribuya relevancia penal a cualquier alteración consciente de la verdad. Para que el tipo objetivo se colme, es indispensable que el contenido falsario afecte a lo que se ha denominado la función constitutiva, de garantía o de prueba del documento. Sostener que toda mentira ha de ser perseguida penalmente supondría, no sólo apartarnos de la delimitación dogmática del delito de falsedad, sino contradecir nuestra propia jurisprudencia. Así lo hemos venido entendiendo en esta Sala de forma reiterada, como se encarga de recordar el FJ 4º de esta misma sentencia, a cuyas referencias jurisprudenciales me remito.

Para concluir si Javier Fernández, Rodolfo Ruiz y José Luis González cometieron un delito de falsedad, la cuestión a dilucidar es si la falta de documentación del cambio de los dos primeros instructores y los dos primeros secretarios, la confección de una nueva acta de comparecencia en el que se altera la fecha y, en fin, la recomposición final del atestado –según declara probado el Tribunal de instancia-, pueden considerarse penalmente relevantes. En epígrafe diferenciado habremos de dar respuesta, además, a si la falta de veracidad en la diligencia de puesta en libertad de uno de los

detenidos, modificando, sin causa que lo justifique, la hora de la liberación del detenido, es o no delictiva.

a) Significación jurídico-penal de la ocultación al Juez instructor de los cuatro primeros agentes que actuaron como instructores y secretarios de las diligencias policiales

Soy consciente de que la elaboración de un atestado por agentes de Policía, no puede sustraerse a las reglas y principios que disciplinan la estructuración orgánica y funcional de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Así se desprende con claridad de lo dispuesto en los arts. 285 y 291 de la LECrim. También la LO 2/1986, 13 de marzo, exige que la actuación profesional de sus miembros se acomode a los principios de jerarquía y subordinación (art. 5.1.d). Todo ello no es sino concreción del art. 103.1 de la CE, que hace del principio de jerarquía una de las ideas fundamentadoras de la propia actividad administrativa. De ahí que la responsabilidad institucional frente al Juez de instrucción por el contenido del atestado que sirve de vehículo formal para la denuncia de un hecho delictivo, haya de ser asumida por quienes, en cada momento, personifican la jefatura o las labores de dirección en la organización policial.

Es evidente que no forma parte de la función probatoria del atestado servir de acreditación acerca de las decisiones intraorgánicas que la jefatura de una Brigada Provincial de Policía Judicial pueda adoptar, con carácter general, para una mejor ordenación del servicio. En el presente caso, sin embargo, la sustitución de los dos primeros instructores y secretarios y la decisión de ocultar a la autoridad judicial esa circunstancia, fue algo más que una mera decisión burocrática relacionada con la distribución de trabajo en la Comisaría.

Para llegar a esa conclusión, resulta obligada la cita literal del art. 292 de la LECrim. A partir de su contenido, estamos en mejores condiciones para dar respuesta a nuestra pregunta acerca de qué ha de constar en un atestado y qué otras menciones, por el contrario, son prescindibles. En él se establece que los funcionarios de Policía Judicial “...extenderán (...) un atestado de las diligencias que practiquen, en el cual especificarán con la

mayor exactitud los hechos por ellos averiguados, insertando las declaraciones e informes recibidos, y anotando todas las circunstancias que hubiesen observado y pudiesen ser prueba o indicio de delito”.

La sentencia que expresa el criterio mayoritario, al analizar la conducta de los acusados por el delito de falsedad, afirma en su FJ 4º, apartado 5, que la ocultación –no documentación- del cambio de dos instructores y secretarios, carece de relevancia penal, ya que “...no se trata más que de un supuesto de organización interna de la comisaría donde acaecieron los hechos (...). Ciertamente, hubiera sido preferible proceder a la documentación de la sustitución, pero su no realización no afecta al contenido esencial del documento en los términos expuestos en la jurisprudencia que hemos relacionado”.

No puedo suscribir tal entendimiento del delito falsario. Sostener que los funcionarios de Policía, en el cumplimiento de sus funciones como Policía Judicial, pueden alterar, invocando *razones de organización interna*, la identificación de los instructores y secretarios ante los que se verifican las comparecencias y ante quienes se practican los actos de investigación que ellos mismos acuerdan, nos conduce a una redefinición del delito de falsedad en documento oficial y, lo que es más peligroso, a la aceptación de la existencia de *razones operativas* que hacen legítima la ocultación al Juez de instrucción de la identidad de potenciales testigos. Para la investigación y enjuiciamiento de cualquier delito derivado de los hechos reflejados en un atestado, no basta con conocer un número de identificación policial. Resulta indispensable, por el contrario, saber con exactitud qué parcela funcional asumió cada uno de esos números en la confección del atestado. La fidelidad a la hora de describir *qué* sucedió en el tiempo durante el que se practicaron las diligencias policiales y, sobre todo, *quién* realizó cada una de ellas, puede resultar decisiva. De ello puede depender, no sólo la asunción de eventuales responsabilidades administrativas, sino la formulación de un juicio de autoría en el marco de un proceso penal.

En supuestos excepcionales y siempre con carácter restrictivo, no es descartable que en un determinado atestado se deslicen alteraciones inocuas. A ellas se refiere la STS 824/1997, 9 de junio, cuando alude a

“...leves inexactitudes que no tienen entidad ni relevancia para integrar un delito autónomo de falsedad”. Desde luego, no es éste el caso. Discutiéndose la existencia de un delito de detención ilegal, la supresión de toda mención a la función desplegada por cuatro funcionarios de Policía que actuaron como instructores y secretarios del atestado y su ocultación al Juez, nunca podrán calificarse como penalmente irrelevantes. Baste pensar que quien asume la condición de instructor o secretario de unas diligencias policiales se convierte, por ese solo hecho, en potencial testigo, directo o de referencia. Minusvalorar el valor procesal de ese testimonio no es acorde con la práctica cotidiana en la jurisdicción penal y, lo que es más importante, con el criterio de esta misma Sala (cfr. SSTS 1215/2006, 4 de diciembre, con cita de las sentencias 949/1996, 29 de noviembre, 1115/1999, 1 de julio, 428/2005, 6 de abril, 1106/2005, 30 de septiembre, 1079/2000, 19 de julio, en línea con lo proclamado por la SSTC 51/1995, 23 de febrero y 153/1997, 29 de septiembre. De hecho, el Acuerdo adoptado en nuestro Pleno no Jurisdiccional de 28 de noviembre de 2006, es el mejor exponente de la importancia de la declaración de los policías ante los que se practican las distintas diligencias que integran cualquier atestado.

Mi primera conclusión, como principio general, es que no todo instructor o secretario de unas diligencias policiales es, sin más, prescindible. Al órgano jurisdiccional destinatario del atestado no le es indiferente la ocultación de un funcionario que en ese momento, es cierto, está adoptando las decisiones que determinan el contenido del documento pero que, más adelante, puede convertirse en un importante testigo de referencia. Tampoco le debería ser indiferente al Ministerio Fiscal en el momento de elaborar su lista de testigos, al resto de las partes y, por supuesto, al órgano jurisdiccional decisorio.

Pero, por encima de todo, no albergo duda alguna de que si lo que estamos investigando es la existencia de un delito de detención ilegal, el testimonio del Inspector de Policía que estimaba que no concurrían los presupuestos legales para la privación de libertad de ambos ciudadanos resulta decisivo. Cuando el inspector que instruye un determinado atestado se niega a practicar la detención de dos personas por entender que no concurren los presupuestos legales que la justifican, es cierto que su

superior jerárquico puede asumir la responsabilidad de que tales detenciones se lleven a cabo. Si tal circunstancia se produce, dando lugar a un proceso penal para discutir la legalidad de la detención, habremos de aceptar que si al Juez de instrucción se le pone de manifiesto un único criterio –el favorable a las detenciones-, ocultándosele la voz discrepante, le estaremos privando de elementos de juicio básicos para conocer el verdadero alcance de los hechos. Admito que no es la valoración jurídica de un funcionario de policía lo que puede interesar al Juez que investiga una detención ilegal. Pero es indudable que su testimonio acerca de los hechos que hicieron surgir la discrepancia valorativa y las razones de la ocultación de la diligencia, sí pueden ser decisivos.

Es por todo ello por lo que considero que la ocultación de todas estas incidencias, íntimamente conectadas a las circunstancias de hecho que presidieron la divergencia entre el instructor inicial y su superior jerárquico, colman las exigencias típicas del delito de falsedad, no pudiendo ser degradadas a la condición de alteraciones inocuas.

La simple posibilidad –nada descartable- de que el Juez instructor o cualquiera de las partes, como consecuencia de la ocultación en la identificación de los verdaderos instructores o secretarios, puedan aceptar como testigo de referencia a alguien que, en realidad, no fue la persona ante la que se practicó la comparecencia de testigos o la declaración de imputados, debería ser suficiente para no degradar las ocultaciones en esta materia a la condición de elementos sustituibles, penalmente irrelevantes y, por tanto, ajenos a la verdadera función probatoria del atestado.

El carácter típico de la conducta de los tres acusados no queda excluido por el hecho de que la nueva comparecencia firmada por el instructor 56.589, asistido por el secretario 79.914, tuviera el mismo contenido que la comparecencia inicial. Conviene insistir de nuevo en que lo relevante a los efectos que estamos debatiendo es, además de la integridad del contenido de la declaración, la diáfana expresión de ante quién fue prestada aquélla. Y parece claro que con la destrucción del primer documento –aunque se sustituya por otro de idéntico contenido-, con la eliminación de cualquier vestigio informático que permitiera su

recuperación y, sobre todo, con la ocultación al Juez de quiénes fueron verdaderamente testigos de lo actuado, se está afectando a la función esencial del atestado.

Los acusados sustituyeron la identificación de los verdaderos instructores y secretarios por otra que no se correspondía con la realidad. Y eso es precisamente lo que tipifica el art. 390.1.3 del CP, cuando castiga al funcionario público que, en el ejercicio de sus funciones, cometiere falsedad “...suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido”. Esa acción –no omisión- que por sí sola colma las exigencias del tipo, fue acompañada, de otros actos de singular valor probatorio. En efecto, según el hecho probado, los acusados “...hacen desaparecer informáticamente el cuerpo del original atestado 305, destruyen la inicial comparecencia de los agentes 56.589 y 79.914, así como su diligencia de gestiones, ambas impresas, firmadas y selladas, y destruyen la inicial comparecencia de los escoltas del señor Bono, igualmente impresa y sellada”.

No es obstáculo para mi conclusión acerca de la existencia de un verdadero delito de falsedad en documento oficial, el hilo argumental de la sentencia que acoge el criterio mayoritario, cuando razona –FJ 4º, apartado 3- que “...desde la perspectiva expuesta, el atestado que ha de ser examinado para comprobar si hubo alteración de la verdad relevante es el remitido al órgano jurisdiccional. De todos modos, ni el primer proyecto de atestado ni en el atestado definitivo se hicieron constar hechos no ocurridos. Ambos son sustancialmente iguales”.

Es cierto que el atestado calificable como documento oficial, que sirve de vehículo formal a la *notitia criminis*, es aquel que asume la jefatura responsable de la correspondiente unidad de Policía Judicial. Pero también lo es que cuando ese atestado representa el documento clave para decidir la existencia de un delito de falsedad y de un delito de detención ilegal, los documentos finalmente destruidos por la jefatura, encierran un interés jurídico-penal incuestionable. Es posible que lo que la sentencia de instancia califica como *primer proyecto de atestado*, no merezca tal

consideración, pero también es seguro que ese documento resulta decisivo para formular el juicio de tipicidad.

Considero obligada hacer una matización a los dos precedentes jurisprudenciales que se invocan en apoyo de la tesis aceptada por la mayoría. La STS 1383/2004, 19 de noviembre –cuya doctrina suscribo íntegramente– se refiere a un supuesto de hecho en el que un funcionario de policía, acusado de tráfico de drogas y tenencia ilícita de armas, participó en la elaboración de un atestado en el que, en su calidad de secretario, extendió certificación de que otro inspector de policía, designado instructor, había intervenido en la práctica de algunas diligencias cuando, en realidad, sólo había estado presente en la instrucción de derechos a los detenidos. Creo que estos hechos no son equiparables a los que fueron objeto de enjuiciamiento por la Audiencia de Madrid. En el caso que nos ocupa se ocultó la identidad de cuatro funcionarios de policía que habían intervenido como instructores y secretarios del atestado. En el que es objeto de cita, al inspector de policía que sólo había participado en algunas diligencias, se le atribuyó una presencia extensiva en la práctica de otras, que efectivamente se realizaron. No se fingió en un acto la participación de personas que no la habían tenido (art. 390.1.3 CP). No existió, pues, una alteración de la verdad, basada en la ocultación y encaminada a sustraer al Juez de instrucción el conocimiento de la existencia de cuatro potenciales testigos.

La STS 867/2003, 22 de septiembre –con la que también coincido plenamente–, se refiere a falsedades ideológicas imputadas a un arquitecto municipal.

En definitiva, sobre la función probatoria del atestado como documento oficial, esta misma Sala ha recordado la importancia de su contenido. Incluso, algún pronunciamiento, dictado en una causa por un delito de falsedad en documento oficial, por alteración de la verdad del atestado, ha llegado a mencionar la *trascendencia, tanto jurídica como moral* del atestado (STS 1329/1998, 11 de enero).

La STS 1646/2002, 22 de octubre, referida a un supuesto en el que unos policías municipales, en un atestado, imputaron a unos ciudadanos

hechos que no se habían producido, recordaba que “...a diferencia de lo que ocurre con la falsedad en documentos privados, en los documentos públicos el oficial público que los emite está obligado a decir verdad. En el caso de los documentos públicos, por lo tanto, lo que se protege es precisamente el cumplimiento de ese deber respecto de los hechos que se documentan, mientras que en los documentos privados se protege la imputación de la declaración al sujeto que la ha documentado, sin que la veracidad de lo declarado forme parte del objeto de protección”. Añadía la misma sentencia que “...los acusados han documentado, como oficiales públicos, hechos que no han tenido lugar, como si realmente hubieran ocurrido. 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”.

b) Sobre la significación jurídico-penal de la alteración injustificada de la hora de liberación del detenido

El relato de hechos probados de la sentencia que ha sido objeto de impugnación, tras describir la actuación de los recurrentes en la privación de libertad de los ciudadanos afectados, añade: “...a las 16 horas de tal día el inspector jefe acusado, junto con el comisario también acusado, deciden poner en libertad a los detenidos don Isidoro Barrios San José y Doña Antonia de la Cruz Bravo. Extendiendo el primero sendas <<diligencias de puesta en libertad>>, datando la de aquél a las 14,50 horas cuando en realidad tuvo lugar a las 16 horas”.

Me resulta inaceptable calificar tal alteración de la verdad como inocua. No puedo coincidir con un entendimiento del delito de falsedad que asuma con absoluta indiferencia la ocultación al Juez de instrucción de más de una hora de privación de libertad de cualquier detenido. El atestado que

sirvió de base para la investigación de los hechos acaecidos el día 22 de enero de 2005 y que, precisamente por ello, aportó al Tribunal *a quo* elementos de hecho decisivos para discernir si existió o no detención ilegal, no puede acoger un desfase cronológico en la puesta en libertad de un detenido. La determinación de la hora exacta en que se lleva a cabo la detención de un ciudadano y la fijación del instante en el que se procede a reintegrarlo en el ejercicio de su derecho a la libertad, no son ajenas, en modo alguno, a la función probatoria del atestado. Basta pensar que en nuestro sistema penal, el tipo agravado de detención ilegal se construye a partir del transcurso del tiempo al que se extiende la privación de libertad de la víctima (cfr. arts. 167 y 163.2 CP). La alteración de la verdad, cometida por un agente de policía, en la determinación del tiempo en el que se producen el acto inicial restrictivo y el acto de recuperación de la libertad menoscabada, tiene pleno encaje en el art. 390.1.4 del CP.

No obstaculiza tal idea el hecho de que el tiempo de ocultación se extendiera exactamente a una hora y diez minutos. Con anterioridad ya me he referido a la importancia de no admitir *vulneraciones insignificantes* del derecho constitucional a la libertad. Tratándose de un derecho fundamental (art. 17 CE), a su vez erigido como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1 CE), no son justificables -mucho menos, manejando arriesgados cánones cuantitativos- *pequeñas vulneraciones* de la libertad ciudadana frente a los poderes públicos. Todo ello atribuye una irrenunciable trascendencia jurídica a la mutación de la verdad que tiene por objeto sustraer al órgano judicial el conocimiento exacto del tiempo durante el que se extendió la privación de libertad.

Sea como fuere, esta misma Sala ya ha tenido ocasión de pronunciarse acerca de qué datos de cualquier atestado son esenciales cuando se enjuicia la legalidad de una detención. En efecto, la STS 415/2005, 23 de marzo, proclamó que “...*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 LECrim), 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.

Y estos dos últimos aspectos son, precisamente, los que fueron objeto de alteración mendaz por los inspectores hoy acusados, Rodolfo Ruiz y Javier Fernández, sin que existan razones que justifiquen, en mi opinión, un tratamiento penal diferenciado respecto de nuestros anteriores precedentes.

Por cuanto antecede y dejando clara constancia del respeto que merecen los argumentos de mis compañeros de Sala, considero que los recursos del Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado y el resto de las partes, en los que se denuncia, al amparo del art. 849.1 de la LECrim, la indebida aplicación de los tipos que definen el delito de detención ilegal (art. 167, en relación con el art. 163.1 y 2 del CP) y el delito de falsedad en documento oficial (art. 390.1, 3 y 4 del CP), deberían haber sido desestimados por su notoria falta de fundamento (art. 885.1 LECrim).

Fdo.: Manuel Marchena Gómez

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.