



Roj: **STS 4662/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:4662**

Id Cendoj: **28079120012016100813**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **28/10/2016**

Nº de Recurso: **443/2016**

Nº de Resolución: **814/2016**

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **PABLO LLARENA CONDE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP C 2792/2015,**
STS 4662/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiocho de Octubre de dos mil dieciséis.

Esta Sala ha visto el recurso de casación número 443/2016 interpuesto por Baldomero Teofilo , representado por la Procuradora Dña. Ana Marta Baamonde Hurtado bajo la dirección letrada de D. Jesús Lamelas Gómez; por Bernardo Isidoro , representado por la Procuradora Dña. Ana Marta Baamonde Hurtado bajo la dirección letrada de D. Jesús Lamelas Gómez; por Borja Guillermo , representado por la Procuradora Dña. María del Carmen Olmos Gilsanz bajo la dirección letrada de D. Enrique Arce Mainzhausen; y por **Emiliano Norberto** , representado por la Procuradora Dña. Alejandra López Núñez bajo la dirección letrada de D. José Ramón Sierra Sánchez, contra la sentencia n.º 527/2015 dictada el 26 de octubre de 2015 por la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección Primera, en el Rollo 19/2005 , en el que se absolvió al procesado Saturnino Higinio del delito de secuestro imputado, y se condenó a los procesados Emiliano Norberto , Bernardo Isidoro , Baldomero Teofilo y Borja Guillermo , como autores responsables de un delito de detención ilegal del artículo 163.1 del Código Penal , y a los procesados Edmundo Domingo y Celestino Ignacio como cómplices del citado delito de detención ilegal.

Es parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción número 6 de A Coruña incoó el Sumario 1/2005 (antes Diligencias Previa 2448/2004) por un delito de detención ilegal, contra Emiliano Norberto , Edmundo Domingo , Baldomero Teofilo , Saturnino Higinio , Celestino Ignacio , Bernardo Isidoro y Borja Guillermo , que una vez concluido remitió para su enjuiciamiento a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de A Coruña. Incoado por esa Sección el Rollo 19/2005, con fecha 26 de octubre de 2015 dictó sentencia número 527/2015 en la que se contienen los siguientes HECHOS PROBADOS:

« Como tales expresamente se declaran:

Siguiendo un plan ideado al efecto y en el que intervenían otras personas, en la tarde del 23 de julio de 2004 los procesados Emiliano Norberto - mayor de edad y condenado en sentencia firme de 11/4/2002 por delito contra la salud pública: prisión de 1 año y 6 meses- y Bernardo Isidoro - mayor de edad y sin antecedentes penales- contactaron y se citaron en un bar del barrio de Matogrande de A Coruña con el nacional camerunés (entonces) Justino Ildfonso (nacido en 1975), el cual les propuso un negocio de billetes tintados, timo al que los acusados pensaban que se dedicaba u otro trato irregular y en el que fingieron caer para facilitar que Justino Ildfonso las acompañara a Pontedeume; para ello y de cara a concretar la ficticia compra de esos billetes falsos,



se trasladaron los tres en un vehículo AUDI conducido por Edmundo Domingo a una casa a disposición de los procesados en el lugar de DIRECCION000 , NUM002 ,Centroña- Pontedeume.

Al llegar a la vivienda rural, los acusados Emiliano Norberto y Edmundo Domingo , en unión de otros -entre los que ya estaban el inculpado Borja Guillermo y otro llamado Mauricio Ezequias no juzgado, provenientes de León- y para saldar deudas, u obtener información, o contactos relacionados con otros fraudes o asuntos ilícitos en que creían que había participado Justino Ildefonso o conocidos suyos y así recuperar de ellos dinero invertido en tales operaciones retuvieron a la fuerza a Justino Ildefonso , manteniéndole ocasionalmente atado, siempre vigilado por Borja Guillermo y Mauricio Ezequias e intimidado verbalmente o con exhibición de alguna arma blanca o pistola de indefinidas características, si bien en un momento se le permitió usar su teléfono para comunicar con un amigo vinculado al asunto de los pseudobilletes. Por el inmueble de Centroña llegaron a pasar hasta quince individuos entre los que figura el procesado Saturnino Higinio -mayor de edad y condenado en sentencia de 19/4/2002, por delito de lesiones a prisión de 6 meses-, cuya conducta dentro de la casa no consta.

Sobre las 2 horas del siguiente día 24, los que guardaban a Justino Ildefonso decidieron transportarlo a otro lugar no acreditado. A tal fin, los procesados Baldomero Teofilo -mayor de edad y sin antecedentes-, Borja Guillermo y el otro no enjuiciado lo introdujeron atado con cuerda plástica de pies y manos en el maletero del BMW-318.I, G-....-GZ , coche que, conducido por Baldomero Teofilo salió de la finca de dirección Miño (por la carretera de Perbes) y luego autovía A-6 sentido Madrid; antes de que el BMW abandonara el lugar, lo hicieron quienes le precedían en función de vigilancia de las carreteras y como lanzaderas, esto es, el AUDI Q-....-QX conducido por el procesado Bernardo Isidoro y acompañado del procesado Emiliano Norberto , quienes dirigían el viaje, y el AUDI A-3, MYD (utilizado y proporcionado por Emiliano Norberto) que era pilotado por el acusado Edmundo Domingo -mayor de edad y condenado en sentencia de 10/9/2001 por delito de lesiones- llevando de usuario al también procesado Celestino Ignacio -mayor de edad y sin antecedentes- perfectos conocedores de la situación y su tarea en ella, informando los ocupantes de ambos AUDIS a los del BMW del estado de la vía y la presencia o no de la Guardia Civil. Alrededor de las 4'10 horas, en la rotonda de salida de la A-6 en Baralla, punto kilométrico 469, el BMW perdió el control y salió de la vía impactando contra un talud de tierra; los acusados que lo utilizaban abandonaron el coche y huyeron campo a través dejando en el maletero a Justino Ildefonso , que fue rescatado por otro conductor minutos después y luego auxiliado por la Guardia Civil. Los ocupantes de los AUDIS fueron detenidos en Ponferrada y los del BMW (excepto Baldomero Teofilo) en el Alto de la Mocha (Barana-Lugo).

A consecuencia de algún golpe sufrido durante su involuntaria estancia en al casa de Centroña y de los derivados del accidente de tráfico, Justino Ildefonso sufrió contusiones y herida inciso-contusa en la rodilla izquierda; fue asistido en el hospital Xeral-Calde de Lugo y curó a los cinco días, con incapacidad y cicatriz provisional en la rodilla e ingresó en prisión según Auto del 26-72004 por delitos de estafa. ».

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

« **FALLAMOS**

1) Absolvemos al procesado Saturnino Higinio del delito de secuestro imputado, con declaración de oficio de 1/7 parte de las costas.

2) **CONDENAMOS** a los procesados Emiliano Norberto , Bernardo Isidoro , Baldomero Teofilo Y Borja Guillermo , como autores responsables de un delito de detención ilegal, ya definido y concurriendo para todos la muy cualificada circunstancia atenuante de dilaciones indebidas del procedimiento a las penas de PRISIÓN DE DOS AÑOS Y ONCE MESES, a cada uno de ellos, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio durante el tiempo de la condena, y al pago de 1/7 parte de las costas (cada uno).

3) **CONDENAMOS** a los procesados Edmundo Domingo y Celestino Ignacio , como cómplices de un delito de detención ilegal, ya definido y concurriendo en ambos la muy cualificada atenuante de dilaciones indebidas, a las penas de PRISIÓN DE UN AÑO Y CINCO MESES, a cada uno, accesoria legal de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante la condena, y al pago de 1/7 parte de las costas.

Asimismo los condenados indemnizarán a Justino Ildefonso en 6.000 euros, siendo la cuota parte de los cómplices la mitad de la correspondiente a los autores, y siempre en régimen de solidaridad cada grupo y de subsidiariedad de los cómplices en defecto de pago de los autores.

Abónese el tiempo de prisión provisional sufrido por los acusados durante la tramitación de la causa. ».

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, la representación procesal de Borja Guillermo , anunció su propósito de interponer recurso de casación por vulneración de precepto constitucional, por infracción de Ley y por quebrantamiento de forma, la representación procesal de Bernardo Isidoro lo anunció por infracción de ley y por vulneración de precepto constitucional, la representación procesal de Emiliano Norberto lo anunció por infracción de ley, y la representación procesal de Baldomero Teofilo lo hizo por infracción de ley y por



vulneración de precepto constitucional, recursos que se tuvieron por preparados remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

CUARTO.- El recurso formalizado por Baldomero Teofilo , se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Por infracción de ley, al amparo del n.º 1 del artículo 849 LECrim , por indebida aplicación del artículo 163.1 CP y no aplicación del artículo 161.2 CP .

Segundo.- Por infracción de ley, al amparo del n.º 1 del artículo 849 LECrim . al haberse aplicado indebidamente la circunstancia del artículo 21.6ª, en relación con el artículo 66 CP , en cuanto a la individualización de la pena.

El recurso formalizado por Bernardo Isidoro , se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Por infracción de ley, al amparo del n.º 1 del artículo 849 LECrim , por indebida aplicación del artículo 163.1 CP y no aplicación del artículo 161.2 CP .

Segundo.- Por infracción de ley, al amparo del n.º 1 del artículo 849 LECrim . al haberse aplicado indebidamente la circunstancia del artículo 21.6ª, en relación con el artículo 66 CP , en cuanto a la individualización de la pena.

El recurso formalizado por Borja Guillermo , se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Del artículo 5 apartado 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , por vulneración del derecho fundamental del artículo 24, apartados 1 y 2 del texto constitucional, en cuanto se ha infringido el artículo 24 C.E .

Segundo.- Del artículo 5 apartado 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , por vulneración del derecho consagrado en el artículo 24, apartados 1 y 2 del texto constitucional, en cuanto se ha infringido el derecho al proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, así como a la hora de incorporar las pruebas al proceso, existiendo una conexión de riesgo de ilegalidad de todo lo obtenido fruto de las intervenciones telefónicas.

Tercero.- Del artículo 5 apartado 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , así como del artículo 852 LECrim ., por vulneración del derecho consagrado en el artículo 24, apartados 1 y 2 del texto constitucional, en cuanto entiende vulnerado el constitucional derecho a un proceso con todas las garantías y a la proscripción de la indefensión.

Cuarto.- Del artículo 5 apartado 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , por vulneración del derecho consagrado en el artículo 24, apartados 1 y 2 del texto constitucional, en cuanto entiende vulnerado el constitucional derecho a la presunción de inocencia.

Quinto.- Del artículo 5 apartado 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , así como del artículo 852 LECrim ., por vulneración del derecho consagrado en el artículo 24, apartados 1 y 2 del texto constitucional, en cuanto entiende vulnerado el constitucional derecho a la presunción de inocencia, vulnerando el derecho del acusado a la tutela judicial efectiva, por sí mismo, y también en relación con el artículo 9.3 del mismo texto, referente a la interdicción de la arbitrariedad, así como el artículo 120.3 de la CE , referente a la motivación de las sentencias.

Sexto.- Del número 2 del artículo 849 LECrim ., por infracción de ley, error en la valoración de la prueba por vulneración, que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios, con cita de LEC 2000 artículo 4 en relación con la valoración de la prueba documental.

Séptimo.- Por quebrantamiento de forma, del artículo 851. 1º o 3º, en relación con la prueba documental, señalados como documento el oficio del Grupo de Informes de la Policía de fecha 31/08/2015, como citación negativa y su contenido suscrito por el oficial de Policía C.P . 120.814 en relación con la citación de Justino Ildefonso .

Octavo.- Del número 1 del artículo 849 LECrim ., por vulneración del artículo 24.2 C.E ., o derecho fundamental a la presunción de inocencia así como del principio "in dubio pro reo".

Noveno.- Del número 1 del artículo 849 LECrim ., por vulneración e indebida aplicación de los artículos: 730 en relación con los artículo 657.3 , 726 y 448 LECrim .

Décimo.- Del número 1 del artículo 849 LECrim ., por vulneración e indebida aplicación de los artículos 1 , 5 , 10 , 163.1 e inaplicación 163.2º, 16 y 62 del C.Penal y jurisprudencia que los interpreta.

Undécimo.- Del número 1 del artículo 849 LECrim ., por vulneración e indebida aplicación del artículo 28 (autores) del C. Penal y jurisprudencia que lo interpreta.

Duodécimo.- Del número 1 del artículo 849 LECrim ., por vulneración e indebida aplicación del artículo 21.6º de dilación extraordinaria e indebida en la tramitación de la causa.



Decimotercero.- Del número 1 del artículo 849 LECrim ., por vulneración en indebida aplicación de la norma o precepto penal y jurisprudencia que lo interpreta, señalando como infringido el artículo 62 C.P . (por ausencia de motivación en la individualización de la pena procediendo en cualquier caso la pena mínima) y también los apartados del artículo 63 del C.P . y jurisprudencia que los interpreta.

Decimocuarto.- Del número 1 del artículo 849 LECrim ., por vulneración e indebida aplicación de los artículos 109 a 115 del CP . y jurisprudencia que los interpreta.

Y el recurso formalizado por Emiliano Norberto , se basó en los siguiente MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Infracción de precepto legal por aplicación indebida del artículo 163.1 del Código Penal .

Segundo.- Al amparo del artículo 790 de la LECrim . por quebrantamiento de garantías procesales al vulnerar el derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.1 CE .

QUINTO.- Instruidas las partes de los recursos interpuestos, Borja Guillermo , en escrito de 13 de abril de 2016, ampliado por el de 4 de mayo de 2016, se adhirió al resto de los recursos interpuestos en lo coincidente con los motivos procesales y motivos del recurso por él interpuesto. El Ministerio Fiscal, en escrito de 19 de abril de 2016, solicitó la inadmisión de los recursos y, subsidiariamente, impugnó de fondo los motivos de los mismos e interesó su desestimación. Tras admitirse por la Sala, quedaron conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera. Y hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 29 de septiembre de 2016.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El 26 de octubre de 2015, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de la Coruña dictó la sentencia que se impugna, en la que condenó a Emiliano Norberto , Bernardo Isidoro , Baldomero Teofilo y Borja Guillermo , como autores responsables de un delito de detención ilegal del artículo 163.1 del Código Penal . El Tribunal apreció la concurrencia para todos ellos de la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas, por lo que les impuso las penas de 2 años y 11 meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho del sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. La sentencia también condenó a Edmundo Domingo y Celestino Ignacio , como cómplices del mismo delito, imponiéndoles -por concurrir idéntica atenuante- las penas de 1 año y 5 meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho del sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Los recursos han sido interpuestos por quienes han sido declarados autores por el Tribunal, esto es, los acusados Baldomero Teofilo , Bernardo Isidoro , Emiliano Norberto y Borja Guillermo .

Recurso interpuesto por Baldomero Teofilo y Bernardo Isidoro .

SEGUNDO.- Ambos recurrentes coinciden en los motivos por los que reclaman la revocación de la sentencia. El primero se formula por infracción de Ley del artículo 849.1 de la LECRIM , por indebida inaplicación del artículo 163.2 del Código Penal .

Entienden los recurrentes que la Sala de instancia ha inaplicado el artículo 163.2 del Código Penal , por haber hecho una interpretación muy restrictiva de dicho precepto y añaden que una consolidada jurisprudencia de este Tribunal de casación conduciría a que los hechos que se declaran probados hubieran de incardinarse dentro del tipo privilegiado que se invoca. Sostienen los recurrentes que quienes iban al mando del vehículo en cuyo maletero estaba retenido Justino Ildelfonso , desplegaron un comportamiento que objetivamente supuso poner a disposición del retenido los medios necesarios para que pudiera recuperar su libertad, por más que para ello fuera necesaria alguna clase de actividad por su parte. Consideran los acusados que la atenuación procede en todos aquellos supuestos en los que los autores propician la autoliberación de su víctima y que ese comportamiento puede apreciarse en el caso enjuiciado, pues los acusados pudieron llevarse consigo a la víctima cuando abandonaron el vehículo y no lo hicieron, puesto en relación con la certeza que -al abandonarla- hubieron de tener los acusados de que se produciría una inmediata llegada de personas que auxiliarían a la víctima.

El artículo 163.2 Código Penal establece la pena inferior en grado a la fijada para el delito de detención ilegal en el párrafo 1º, cuando el culpable diera libertad al detenido dentro de los tres primeros días de su detención sin haber logrado el objeto que se había propuesto. Se configura así como un tipo privilegiado que tiene su fundamento en la oportunidad criminológica de favorecer el desistimiento desde un cierto arrepentimiento que -precisamente por ello- exige de tres condiciones fijadas expresamente por el legislador: 1) Que sea el autor quien dé libertad al detenido o encerrado; 2) Que el autor no haya conseguido aquello que perseguía obtener mediante la detención, pues en caso contrario la privación de libertad de la víctima carece ya de interés para aquel y su conducta viene despojada del desistimiento o arrepentimiento que la norma pretende privilegiar y



3) Que la liberación de la víctima tenga lugar en el plazo de tres días, por contemplarse por el legislador que más allá de ese plazo, la afectación del bien jurídico individual que el tipo penal protege, resulta tan marcada, grave y profunda, que no se justifica un trato privilegiado al responsable, por más que concurran el resto de presupuestos antes analizados.

Respecto al acto de liberación, la jurisprudencia de esta Sala ha destacado que la conducta del culpable ha de responder a un acto voluntario, libre y espontáneo, pues estas premisas son los marcadores del arrepentimiento que trata de privilegiar el precepto. Es cierto que nuestra jurisprudencia recuerda que la voluntad de la liberación no sólo se manifiesta de un modo directo (poniendo en libertad al detenido), sino también indirecto. Reiteradas sentencias destacan que puede apreciarse también la voluntariedad de la liberación en todos aquellos supuestos en los que facilite la huida o posibilite la autoliberación del detenido (por la forma de la inmovilización, por el lugar donde se le retiene, por el abandono de la vigilancia o por cualquier otra variante), así como en aquellos casos en los que la presencia de terceras personas que auxilien a la víctima sea segura e inmediata y dicha representación haya sido tenida en cuenta por los acusados (SSTS 556/03, 10-4 o 612/05, de 12-5). En todo caso, la premisa esencial para la apreciación del tipo privilegiado es la concurrencia de un arrepentimiento durante la fase comisiva del delito, por lo que no resultará procedente cuando la liberación venga mediatizada en modo alguno y resulte por ello ajena a la determinación del culpable; lo que se aprecia en todos aquellos supuestos en los que el abandono de la actuación delictiva responde, no a la voluntariedad del autor, sino a la actuación de las fuerzas policiales, del propio detenido o de otros particulares (SSTS 1436/2005 de 1-12; 944/2008 de 3-12; 927/2013, 11-12).

Lo expuesto muestra la injustificación del recurso. La sentencia declara probado que los acusados condujeron a su víctima a una vivienda sita en la localidad de Centroña-Pontedeume, donde le golpearon, le amenazaron con armas y le retuvieron atado en determinados momentos. En un relato fáctico que debe ser respetado en atención al motivo por el que se articula el recurso, se declara probado que los recurrentes decidieron transportar a su víctima a otro lugar no acreditado y que, para ello, lo introdujeron en el maletero de un vehículo, atado con cuerda plástica de pies y manos. Precediendo su ruta otros dos vehículos que habían de avisar a quienes retenían a Justino Ildefonso sobre la presencia de cualquier dotación policial que pudieran encontrarse eventualmente en el camino, el turismo en el que transportaban al secuestrado terminó perdiendo el control en la rotonda de salida de la autovía A-6 (sita al kilómetro 469, en la localidad de Baralla) y vino a estrellarse contra un talud de tierra. La sentencia declara probado que los acusados que utilizaban el automóvil " *abandonaron el coche y huyeron campo a través dejando en el maletero a Justino Ildefonso* ", mostrándose que el accidente vino determinado por la persecución a la que fueron sometidos por agentes de la Guardia Civil, que conocían de la actuación delictiva por una intervención telefónica acordada por el Juzgado instructor. En tal sentido, por más que el recurso destaque el extremo de la sentencia en el que se recoge que Justino Ildefonso " *fue rescatado por otro conductor minutos después y luego auxiliado por la Guardia Civil*", no procede la aplicación del tipo privilegiado contemplado en el párrafo 2º del artículo 163 del CP. Su operatividad precisaría, como se ha dicho, de una liberación asentada en la decisión voluntaria de los acusados, lo que aquí no se da, pues la sentencia refleja una determinación por mantener la privación de libertad orientada a la consecución de sus fines, así como que adoptaron todas las cautelas precisas para alcanzar con éxito su determinación; lo que si no aconteció fue sólo consecuencia de la persecución policial a la que fueron sometidos y de la descontrolada carrera que se vieron obligados a abordar quienes retenían a Justino Ildefonso. Los acusados, ni liberaron voluntariamente a su víctima, ni asumieron que su abandono llevaría a su liberación y actuaron así precisamente por ello. La cesación de la privación de libertad del secuestrado, exclusivamente deriva de que los acusados -priorizando su fuga sobre la intencionalidad delictiva que albergaban- huyeron a pie campo a través, abandonando a la víctima a su suerte, en el interior del maletero, con una cinta adhesiva en la boca (según refirió quien le liberó) y atado de pies y manos. Sólo la intervención de un ciudadano que se acercó al vehículo siniestrado y que escuchó los golpes del secuestrado cuando ya se disponía a abandonar el lugar, permitió una liberación que no tiene su origen en una opción voluntaria de los acusados, sino pese a ella.

El motivo se desestima.

TERCERO.- El segundo motivo en el que asientan su pretensión de casación de la sentencia, radica en considerar que se ha producido una infracción de ley del artículo 849.1 de la LECRIM, ante la indebida aplicación de los artículos 21.6 y 66 del Código Penal.

Consideran ambos recurrentes que la apreciación como muy cualificada, de la atenuante de dilaciones indebidas del artículo 21.6 del Código Penal, debería haber conducido a que el Tribunal de enjuiciamiento hubiera rebajado la pena en dos grados y no en un solo grado, como se ha hecho al individualizar la pena que se les ha impuesto. De otro lado, dentro de la rebaja en un grado considerada por el Tribunal, entienden que la imposición de una pena privativa de libertad de sólo un mes por debajo de la mitad superior, debería estar motivada, y añaden que esta extensión se les ha impuesto pese a carecer de antecedentes penales, lo



que supone un agravio comparativo respecto de aquellos acusados que soportan igual pena y sin embargo cuentan con los antecedentes penales a los que apela la sentencia cuando justifica la extensión que impone.

Si el principio de legalidad conduce a que el Tribunal deba partir de la consecuencia penológica prevista para el delito objeto de condena, respetando el marco penal abstracto fijado por el legislador, entraña también que deba además observar las reglas dosimétricas que, en orden a la individualización de la pena, vienen establecidas en el artículo 66 del Código Penal para los supuestos de concurrencia de una o varias circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. En todo caso, existe un tercer espacio de individualización judicial de la pena, función exclusiva del Juez por cuanto responde a extremos que el legislador no puede prever. Desde la gravedad del hecho y las circunstancias personales del delincuente, el arbitrio judicial en esta materia, permite y obliga a expresar un criterio razonado, y razonable, sobre la pena que se entiende adecuada imponer, entre los límites fijados por el legislador, en orden a la resocialización del autor, atendiendo a la prevención especial y a la culpabilidad manifestada en el hecho. Unas razones del Tribunal que deben expresarse para evitar cualquier reproche de arbitrariedad y satisfacer el derecho del justiciable a alcanzar la comprensión de la resolución judicial que le afecta. De este modo, el Tribunal Constitucional establece en su sentencia 21/2008, de 31-1 , que el deber de motivación incluye no solo la obligación de fundamentar los hechos y la calificación jurídica, sino también la pena finalmente impuesta en concreto (SSTC 108/2001 , 20/2003 o 148/2005); en los mismos términos que se recoge en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS 198/2012, de 8-3 o 116/13, de 21-2 , entre muchas otras).

El acuerdo no jurisdiccional de esta Sala de 23 de marzo de 1998, fijaba la que ha sido la línea jurisprudencial posterior (SSTS 1427/02, de 24-7 o 1006/06 , de 2010) respecto a la interpretación de la norma, hoy recogida en el artículo 66.1.2º del Código Penal , de que la concurrencia de una circunstancia atenuante muy cualificada, sin ninguna circunstancia agravante que se le añada, entraña poder optar por una de las dos alternativas de rebaja expresadas en el código, por lo que la reducción de al menos un grado es preceptiva, siendo discrecional el rebajar la pena en dos grados. De este modo, la rebaja inicial adecuadamente prevista sería en un solo grado, reservándose en dos grados para aquellos supuestos en los que concurren razones que justifiquen una mayor atenuación punitiva (STS 574/06, de 19-5), lo que debe ser contemplado en términos de proporcionalidad y culpabilidad, como parámetro objetivo y subjetivo de determinación de la una pena que debe ser adecuada al grado de culpabilidad del sujeto y a la gravedad intrínseca del delito (STS 1948/02, de 20-11).

Ciertamente el Tribunal de instancia ha considerado la importante repercusión que a efectos de reproche punitivo deben tener los más de diez años transcurridos entre la realización del delito y su enjuiciamiento, así como unas paralizaciones en general ajenas a los acusados, pues ello le llevó a apreciar una marcada cualificación, en una atenuante que precisa ya de una extensión extraordinaria para su apreciación más básica. No obstante, el Tribunal excluye la rebaja en dos grados que el recurso defiende y aplica una pena que, sin ser la mínima, se sitúa en la mitad inferior, en atención a una serie de razones que los recurrentes silencian. El Tribunal considera que la atenuante concurrente es posterior a la realización del delito y expresamente contempla que la circunstancia -lejos de afectar a la culpabilidad antes referida- responde exclusivamente a su naturaleza compensatoria; añadiendo además que en la individualización contemplan la naturaleza del bien jurídico comprometido, el riesgo al que fue sometido (en clara expresión a la violencia, condiciones y duración del quebranto del derecho) y - además de unos antecedentes penales que sólo concurren en el acusado Emiliano Norberto -, por los papeles asumidos en el iter delictivo, los cuales ya habían sido identificados en pasajes previos de la resolución indicando que Bernardo Isidoro y Emiliano Norberto fueron quienes privaron inicialmente de libertad al secuestrado y le condujeron hasta la vivienda donde fue retenido y que los recurrentes Baldomero Teofilo y Borja Guillermo , fueron los encargados de introducirle atado y amordazado en un maletero, trasladarle y abandonarle en esas condiciones (y sin comprobar su estado), después de un accidente. Es esta actuación individual la que muestra lo justificado del reproche punitivo que se hace a la sentencia, sin que los antecedentes penales de uno de ellos -como autor de un delito contra la salud pública- hayan impulsado al Tribunal a exacerbar la pena para éste.

Las razones de culpabilidad y proporcionalidad están correctamente expuestas en la sentencia impugnada, siendo ajustadas a las reglas de individualización racional de la pena. El motivo se desestima.

Recurso interpuesto por Emiliano Norberto .

CUARTO.- El recurrente formula su primer motivo de impugnación, por infracción de ley del artículo 849.1 de la LECRIM , por indebida aplicación del artículo 163.1 del Código Penal .

Argumenta el recurrente que la indebida aplicación del tipo penal, deriva de la inexistencia de prueba que muestre que conociera la intención que pudieran tener otros acusados de retener a Justino Ildelfonso en contra de su voluntad.



El artículo 849.1 de la LECRIM fija como motivo de casación " *Cuando dados los hechos que se declaran probados (...) se hubiera infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la Ley Pena I*". Se trata por tanto, como tiene pacíficamente establecido la jurisprudencia más estable del Tribunal, de un motivo por el que sólo se plantean y discuten problemas relativos a la aplicación de la norma jurídica, lo que exige ineludiblemente partir de unos hechos concretos y estables, que deberán ser los sometidos a reevaluación judicial. Es un cauce de impugnación que sirve para plantear discrepancias de naturaleza penal sustantiva, buscándose corregir o mejorar el enfoque jurídico dado en la sentencia recurrida a unos hechos ya definidos. El motivo exige así el más absoluto respeto del relato fáctico declarado probado u obliga a pretender previamente su modificación por la vía de los artículos 849.2 LECRIM (error en la apreciación de la prueba) o en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, del artículo 852 de la ley procesal (STS 589/2010, de 24.6), pues no resulta posible pretender un control de la juricidad de la decisión judicial alterando argumentativamente la realidad fáctica de soporte, con independencia de que se haga modificando el relato fáctico en su integridad mediante una reinterpretación unilateral de las pruebas o eliminando o introduciendo matices que lo que hacen es condicionar o desviar la hermenéutica jurídica aplicada y aplicable.

El recurso elude así el sustrato fáctico que expresamente describe que Emiliano Norberto condujo a Justino Ildefonso hasta la vivienda sita en Centroña y que al llegar a la vivienda rural " *en unión de otros...retuvieron a la fuerza a Justino Ildefonso manteniéndole ocasionalmente atado, siempre vigilado por Borja Guillermo y Mauricio Ezequias e intimidado verbalmente o con exhibición de algún arma blanca o pistola de indefinidas características...*". Añadiéndose en otro extremo del relato que antes de que el BMW saliera con el secuestrado en su maletero " *lo hicieron quienes le precedían en función de vigilancia de las carreteras y como lanzaderas, esto es, el Audi Q-....-QX , conducido por el procesado Bernardo Isidoro y acompañado del procesado Emiliano Norberto , quienes dirigían el viaje y el Audi A-3, MYD (utilizado y proporcionado por Emiliano Norberto) que era pilotado por el acusado Edmundo Domingoinformando los ocupantes de ambos Audis a los del BMW del estado de la vía y la presencia o no de la Guardia Civil*".

El relato fáctico recoge así la voluntaria y directa participación del recurrente en la ejecución de los hechos, cuya correcta subsunción típica se ha analizado en el fundamento jurídico segundo.

El motivo debe ser desestimado.

QUINTO.- Este recurrente fija como segundo motivo de impugnación el quebranto de garantías procesales, al amparo del artículo 790.2 de la LECRIM , en relación con el artículo 24 de la CE y más concretamente por quebranto de su derecho a la presunción de inocencia.

El desconocimiento en el recurso del instrumento procesal concreto que puede dar soporte al motivo, no impide reconocer la invocación de una infracción de precepto constitucional contemplada en los artículos 852 de la LECRIM y 5.4 de la LOPJ , pues lo que el recurrente sostiene es que no concurre prueba de cargo que permita tener por enervado el principio de presunción de inocencia y lo hace desde la exclusiva expresión de la doctrina constitucional existente al respecto, pero sin acompañar ninguna reflexión sobre el juicio valorativo que el Tribunal refleja en su sentencia.

Esta carencia justifica la desestimación del motivo, no sin destacarse que el Tribunal de instancia aporta y valora en su sentencia las pruebas de cargo que, en juicio racional y lógico, han conducido a considerar al recurrente como uno de los autores responsables del delito cometido. El Tribunal destaca en su sentencia que los agentes policiales testificaron que el recurrente viajaba esa noche en el Audi de su propiedad, en compañía de Bernardo Isidoro y destaca también que las intervenciones telefónicas reflejan la permanente información que facilitaban durante el desplazamiento a quienes ocupaban el otro vehículo Audi y al turismo de la marca BMW en el que trasladaban al secuestrado. Recalca además el Tribunal que instantes después de que último vehículo tuviera el siniestro, el recurrente fue detenido en Ponferrada, en compañía de los ocupantes del otro vehículo Audi; lo que se enlaza con la circunstancia de que en el vehículo de su propiedad, la policía localizara la documentación de Borja Guillermo , quien -como se verá- era una de las personas que transportaba directamente al secuestrado en el vehículo BMW matrícula G-....-GZ ; así como con el hecho de que el recurrente admitiera su presencia en el domicilio de Centroña en el que estaba Justino Ildefonso retenido (por más que afirme que lo abandonó cuando escuchó que discutían) y que la víctima Justino Ildefonso -en un testimonio rotundamente verosímil a la vista de los indicios antes expuestos- haya declarado que el recurrente fue una de las personas que participó en la ejecución de estos hechos.

Recurso interpuesto por Borja Guillermo .

SEXTO.- El motivo primero y segundo, se formulan al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ , por quebranto del derecho fundamental del artículo 24 de la constitución a un proceso con todas las garantías y del derecho al secreto de las comunicaciones del artículo 118.3 de la CE . Lo que en ambos motivos se sostiene es la nulidad



de las evidencias obtenidas con ocasión de la observación de las conversaciones telefónicas acordadas en este procedimiento, por entender que la investigación resultaba ser meramente prospectiva y no haber existido un control judicial del resultado de la intervención.

Este Tribunal ha recordado en múltiples ocasiones (SSTS. 499/2014 de 17.6 , 425/2014 de 28.5 , 285/2014 de 8.4 o 209/2014 de 20.3), que el secreto de las comunicaciones telefónicas es un derecho fundamental que la Constitución garantiza en el artículo 18.3 . El artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos , también se refieren al derecho a no ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en la vida privada y en la correspondencia, y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, dispone en el artículo 8.1 que *" toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia "*, nociones que incluyen el secreto de las comunicaciones telefónicas, según una reiterada doctrina jurisprudencial del TEDH. Añade el Convenio Europeo en su artículo 8.2 , que *" no podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho [respeto a la vida privada y familiar, domicilio y correspondencia], sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás "*.

No se trata, por tanto, de un derecho de carácter absoluto, sino que viene sujeto a limitaciones y restricciones, que deben estar previstas por la ley en función de intereses que puedan considerarse prevalentes según los criterios propios de un Estado democrático de derecho. Es decir, para que puedan hacerse efectivas las restricciones a este derecho, es preciso que -partiendo de la necesaria habilitación legal-, existan datos en el caso concreto que pongan de manifiesto que la medida restrictiva del derecho es proporcional al fin pretendido, que este fin es legítimo y que es necesaria su limitación en función de las circunstancias de la investigación y del hecho investigado. Exigencias que implican una valoración sobre la gravedad del delito, sobre los indicios de su existencia y de la intervención del sospechoso, y sobre la necesidad de la medida; dejándose la ponderación de los intereses en juego en manos del Juez de instrucción, quien deberá expresarse en una resolución motivada.

Desde esta obligación de motivación del auto inicial acordando la intervención telefónica y contemplando la posible ausencia de los datos necesarios para restringir el derecho al secreto de las comunicaciones, la doctrina del Tribunal Constitucional (SSTC 26/2010 de 27.4 o 197/2009 de 28.9) y de esta misma Sala (SSTS 116/2013 de 21.2 , 821/2012 de 31.10 , 629/2011 de 23.6 , 628/2010 de 1.7), vienen afirmando que forman parte del contenido esencial del art. 18.3 CE las exigencias de motivación de las resoluciones judiciales que autorizan la intervención o su prórroga y que en el momento de la adopción de la medida, las resoluciones deben explicitar todos los elementos indispensables para realizar el juicio de proporcionalidad y para hacer posible su control posterior, pues por la propia naturaleza del mecanismo de investigación, la defensa no puede tener lugar en el momento de su adopción (SSTC 299/2000, de 11 de diciembre ; 167/2002, de 18 de septiembre).

Más concretamente, se exige también que la resolución judicial que acuerda una intervención telefónica ha de justificar la existencia de los presupuestos materiales habilitantes de la intervención, esto es, de los datos objetivos que puedan considerarse indicios de la posible comisión de un hecho delictivo grave y de aquellos que sugieren la conexión de las personas afectadas por la intervención con los hechos investigados. Indicios que son algo más que simples sospechas, pero también algo menos que los indicios racionales que se exigen para el procesamiento. En este sentido, hemos reiterado que *" la relación entre la persona investigada y el delito se manifiesta en las sospechas que, como tiene declarado este Tribunal Constitucional, no son tan sólo circunstancias meramente anímicas, sino que precisan para que puedan entenderse fundadas hallarse apoyadas en datos objetivos, que han de serlo en un doble sentido. En primer lugar, en el de ser accesibles a terceros, sin lo que no serían susceptibles de control y en segundo lugar, en el de que han de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o que se va a cometer el delito, sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona. Esta mínima exigencia resulta indispensable desde la perspectiva del derecho fundamental, pues si el secreto pudiera alzarse sobre la base de meras hipótesis subjetivas, el derecho al secreto de las comunicaciones, tal y como la CE lo configura, quedaría materialmente vacío de contenido "* (STC 49/1999, de 5 de abril ; 166/1999, de 27 de septiembre ; 171/1999, de 27 de septiembre ; 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 4 ; 14/2001, de 29 de enero, FJ 5 ; 138/2001, de 18 de junio ; 202/2001, de 15 de octubre ; 167/2002, de 18 de septiembre ; 184/2003, de 23 de octubre ; 261/2005, de 24 de octubre ; 220/2006, de 3 de julio ; 195/2009 de 28 de septiembre o 5/2010 de 7 de abril).

Se entiende así que el secreto de las comunicaciones no puede ser desvelado para satisfacer la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos o para despejar sospechas sin base objetiva de los encargados de



la investigación, por más legítima que sea esta aspiración, pues de otro modo se desvanecería la garantía constitucional (SSTC 184/2003, de 23 de octubre , 261/2005, de 24 de octubre).

En todo caso y aunque es deseable que la resolución judicial contenga en sí misma todos los datos anteriores, nuestra jurisprudencia ha admitido la motivación por remisión, de modo que la resolución judicial puede considerarse suficientemente motivada si, integrada con la solicitud policial a la que puede remitirse, contiene todos los elementos necesarios para llevar a cabo el juicio de proporcionalidad (por todas, SSTC 167/2002, de 18 de septiembre ; 184/2003, de 23 de octubre ; 259/2005, de 24 de octubre ; 136/2006, de 8 de mayo y SSTS de 6 de mayo de 1997 , 14 de abril y 27 de noviembre de 1998 , 19 de mayo del 2000 y 11 de mayo de 2001, núm. 807/2001 ; 689/14 de 21.10), ya que el Órgano Jurisdiccional carece por sí mismo de la información pertinente y no sería lógico que abriese una investigación paralela al objeto de comprobar los datos suministrados por la Policía Judicial.

Pues bien, volcado este cuerpo de doctrina al supuesto de hecho que integra el objeto del recurso de casación, no puede sino concluirse que la actuación injerente satisfizo las exigencias a las que se ha hecho referencia. El presente procedimiento toma su origen en la detención de cuatro individuos en la localidad de Villamar-Barreiros (Lugo) el día 12 de Junio de 2004 y la incautación en su poder de 215 gramos de cocaína y 9 gramos de hachís; hechos que motivaron la incoación por el Juzgado de Instrucción nº 1 de Mondoñedo (Lugo) de sus Diligencias Previas 274/04, por un supuesto delito contra la salud pública.

En la declaración prestada ante la autoridad judicial, el detenido Anton Joaquin declaró que la droga le había sido entregada por Edmundo Domingo y otro individuo no identificado, pero del que se aportaron determinados datos sobre sus características físicas por el resto de detenidos. Consecuencia de estas declaraciones, el Juez de Instrucción de Mondoñedo ordenó que por el Equipo de Delincuencia Organizada y Antidroga de la Guardia Civil se realizaran pesquisas tendentes al esclarecimiento de los hechos. De este modo, gestiones policiales mostraron que días antes (el 7 de junio de 2004), una patrulla de la Policía Local del Concello de Oleiros había identificado a cuatro individuos, siendo uno de ellos Edmundo Domingo (a quien se le incautaron 5 gramos de marihuana y 4,7 gramos de hachís) y siendo otro de los identificados Emiliano Norberto , quien al momento de la actuación policial era portador de 1.750 euros y cuyas características físicas coincidían plenamente con las aportadas por los inculpados para describir a la persona que -junto a Edmundo Domingo - había entregado los 215 gramos de cocaína a Anton Joaquin y lo había hecho con la indicación de que se la vendiera o se la devolviera en caso contrario.

Constando documentalmente que Edmundo Domingo era usuario habitual de la línea de teléfono NUM000 de la compañía Amena-Auna y que Emiliano Norberto lo era de la línea NUM001 de la compañía Movistar, el 8 de julio de 2004, la fuerza policial actuante solicitó la intervención y observación de las comunicaciones telefónicas mantenidas desde dichas líneas al Juzgado de Instrucción nº 2 de Corcubión, aportándose con dicha solicitud copia de los documentos que reflejaban el origen de la investigación y el resultado de las pesquisas.

Por auto de esa misma fecha, el Juzgado de Instrucción nº 2 de Corcubión ordenó la incoación de las Diligencias Previas por la comisión de un presunto delito contra la salud pública (D.P 558/2004), acordándose la intervención de ambos teléfonos por Auto de 9 de julio de 2004, en el que -tras evaluarse específicamente los indicios a los que se ha hecho referencia- se disponía también que la intervención de estas líneas fuera por el plazo de dos meses, así como que la escucha y grabación de las conversaciones mantenidas a su través, se llevara a término por los funcionarios del Equipo de Delincuencia Organizada y Antidroga de la Unidad Orgánica de Policía Judicial de A Coruña, quienes quincenalmente habían de dar cuenta a la autoridad judicial del resultado del seguimiento, con aportación de las grabaciones originales y de la transcripción mecanográfica de su contenido.

El 21 de Julio de 2004, el grupo policial encargado del seguimiento de las conversaciones telefónicas, informó al Juzgado instructor de la existencia de diversas conversaciones con presuntos suministradores y compradores de cocaína y hachís, realizándose averiguaciones policiales para su identificación. Informaban además que dentro del elevado tráfico de llamadas que registraba el número de teléfono NUM001 , destacaban las conversaciones mantenidas de forma repetida con un grupo de personas (a las que no había ido posible identificar todavía), de las que se desprendían los planes de Emiliano Norberto de " *organizar una cita con unas personas de color de supuesta nacionalidad francesa, con la intención de trasladarlas a una casa aislada para saldar cuentas, al haber sido posiblemente engañados por éstos en una anterior compraventa de drogas y, de esta forma, recuperar una cantidad de dinero que podría alcanzar los 50.000 euros. Con esta finalidad, tanto Emiliano Norberto y las personas con las que se concierta, habrían realizado gestiones para la adquisición de armas en el mercado ilegal, así como el alquiler de una vivienda donde llevar a cabo sus propósitos* ", por lo que los agentes solicitaban la ampliación del mandamiento de intervención telefónica del número NUM001 , para la investigación de delitos contra las personas, tenencia ilícita de armas y otros que pudieran



encausarse en los hechos expuestos. De nuevo, el Juez instructor -con evaluación de los indicios obtenidos en estas conversaciones-, el 21 de julio de 2004 dictó Auto ampliando el espacio objetivo de la investigación y encomendando su seguimiento a idéntico grupo policial.

Dos días después, el grupo policial informa al Juzgado de que las conversaciones observadas confirman el propósito de llevar a cabo, en ese mismo día, los hechos referidos anteriormente. En esas conversaciones se desvelaba que Emiliano Norberto iba a entrevistarse con unas personas que se encargarían de hacerles el trabajo por poco dinero, pero encargándose ellos de limpiar la casa. De igual modo, Emiliano Norberto preguntaba a su interlocutor si disponían de la casa necesaria y si la misma estaba alejada y podían luego sacarlos de allí, siendo respondido en sentido positivo. El grupo policial destacaba que, no obstante los dispositivos de vigilancia y seguimiento policial previstos, debido a la velocidad y las medidas de seguridad que los sospechosos adoptaban en sus desplazamientos, era posible que pudieran llegar a eludir el control policial, por lo que solicitaban que la compañía Movistar facilitara la ubicación del terminal telefónico por el que operaba la línea NUM001, lo que fue acordado por el Juzgado de Instrucción de Corcubión mediante auto motivado de fecha 23 de julio de 2004.

Todas las conversaciones telefónicas intervenidas fueron entregadas al órgano instructor y han estado a disposición de las partes en el presente procedimiento; habiéndose culminado la instrucción por el Juzgado de Instrucción nº 6 de la Coruña, por haberse inhibido en su favor el Juzgado de Instrucción nº 2 de Corcubión por auto de 24 de Agosto de 2004, al entender que el delito de detención ilegal había sido perpetrado en aquel partido, habida cuenta que -una vez ejecutados los hechos objeto de investigación- se esclareció que fue en la localidad de Matrogrande donde Emiliano Norberto contactó con Justino Ildefonso y donde le indujeron con engaños a subir al coche con el que fue trasladado hasta la casa de la localidad de Centroña.

El motivo se desestima.

SÉPTIMO.- Los motivos tercero, cuarto y quinto, se formalizan por infracción de precepto constitucional del artículo 852 LECRIM y 5.4 LOPJ, aduciendo el quebranto del derecho a un proceso con todas las garantías, a la presunción de inocencia, a la tutela judicial efectiva con interdicción de la arbitrariedad en el funcionamiento de todos los poderes públicos, así como al deber de motivación de las resoluciones judiciales y al principio de "*in dubio pro reo*".

En todos estos motivos, el recurrente denuncia que el pronunciamiento condenatorio que le afecta no encuentra respaldo racional en la prueba de cargo que se practicó en el acto del plenario, denunciando que el Tribunal declara probada su responsabilidad como autor de un delito de detención ilegal, pese a que no aparecieron huellas del recurrente en el domicilio en el que estuvo retenida la víctima y que el recurrente no aparece aludido en ninguna de las conversaciones registradas con ocasión de la intervención telefónica. Añade que su documentación identificativa no fue incautada en el interior del vehículo de la marca BMW en el que se trasladó a Justino Ildefonso, sino en otro de los turismos empleados; y considera igualmente irrelevante que se identificara su huella dactilar en el turismo en cuyo maletero se retuvo al secuestrado, puesto que la huella pudo haberse plasmado en un momento ajeno a la ejecución de los hechos. Por todo ello, entiende que su condena se asienta en meras conjeturas o, cuando menos, que concurren dudas que hacen que la condena quebrante el principio de "*in dubio pro reo*".

En el mismo sentido de insuficiencia probatoria en orden a enervar su derecho a la presunción de inocencia, se formulan los motivos sexto, séptimo, octavo, noveno y décimo. Pese a los diversos cauces procesales invocados (error en la valoración de la prueba del artículo 849.2 de la LECRIM, quebrantamiento de forma del artículo 851.1 y 3 o infracción de ley del artículo 849.1, por falta de acreditación de elementos del tipo que sí son recogidos en el relato fáctico), el recurrente insiste en la ausencia de prueba que sustente su responsabilidad, rechazando expresamente que pueda operar como prueba de cargo la declaración sumarial de la víctima, por varias razones: a) porque entiende que el testigo hubo de haber sido citado para comparecer al juicio oral, lo que no se hizo; b) porque la declaración en sede de instrucción se prestó sin contradicción de las defensas, al haberse declarado secretas las actuaciones y c) porque la declaración puede venir impulsada por motivos espurios y la credibilidad del testigo habría de venir corroborada por elementos periféricos.

La coincidencia de razones de impugnación, obliga al estudio conjunto de todos los motivos. No sin analizar primero la denuncia de la irregular declaración de la víctima, a fin de fijar el material probatorio en el que puede residenciarse el enjuiciamiento de los hechos.

El artículo 730 de la LECRIM (en su redacción dada por la Ley 4/2015, del 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito), dispone que "*Podrán también leerse o reproducirse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario, que, por causas independientes de la voluntad de aquéllas, no puedan ser reproducidas en el juicio oral, y las declaraciones recibidas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 448 durante la fase de investigación a las víctimas menores de edad y a las víctimas con discapacidad*



necesitadas de especial protección ". La jurisprudencia de esta Sala ha admitido la lectura de la testifical de los perjudicados, conforme al artículo 730 LECRIM , cuando no haya podido asistir a juicio o se encuentre ilocalizable (STS 30-1-13), si bien ha establecido que la validez como prueba de cargo preconstituida se condiciona al cumplimiento de una serie de exigencias que se clasifican en: a) materiales, esto es, que exista una imposibilidad de reproducción de la prueba en el acto del juicio oral; b) subjetivos, consistente en que el material probatorio se recogiera con la intervención del Juez de instrucción; c) objetivos, manifestados en que se garantice la posibilidad de contradicción y la asistencia letrada al imputado, a fin de que pueda interrogar al testigo y d) formales, consistente en la introducción del contenido de la declaración sumarial a través de la lectura del acta en que se documenta, conforme al artículo 730 antes indicado, o a través de los interrogatorios, lo que posibilita que su contenido acceda al debate procesal público y se someta a contradicción en el juicio oral ante el Juez o Tribunal sentenciador (STS 56/2010).

Tales exigencias de validez probatoria de la declaración sumarial se cumplen en el caso que analizamos. Contrariamente a lo que el recurso sostiene, si en el acto del plenario se procedió a la lectura de la declaración sumarial del testigo-víctima Justino Ildefonso , con soporte en el artículo 730 LECRIM , fue por haberse agotado infructuosamente todas las posibilidades de localización del testigo para su citación. Consta documentado en el rollo de la Sala que, desde la base de datos de la Dirección General de Tráfico, se identificó un domicilio en la localidad de Torrejón de Ardoz (Madrid) que constaba registrado como residencia del testigo. La imposibilidad de cumplimentarse el exhorto cursado para su citación, determinó que se abordara una verificación policial del domicilio, que constató que en la vivienda nadie abría la puerta en las varias ocasiones y diferentes horas del día en las que se personaron los agentes, quienes se pusieron en contacto telefónico con la exmujer del testigo y les manifestó que se había ido a Francia o a Camerún hacía tiempo. Consultadas las bases policiales, y tras suspenderse la celebración del juicio oral en las fechas para las que había sido inicialmente programado, el 9 de marzo de 2015 se intentó la citación policial en otra dirección registrada como del testigo y ubicada en la localidad de Madrid, mientras que se ordenaba la búsqueda y localización policial del testigo. El 15 de junio de 2015, la Unidad Técnica de la Policía Judicial de la Guardia Civil informó al Tribunal que el testigo se encontraba en ignorado paradero y el 31 de agosto de 2015, el Grupo de Informes de la Comisaría de la Policía Nacional de Puente Vallecas (Madrid), informó que las gestiones abordadas para la localización y citación del testigo en la dirección de Madrid habían resultado infructuosas, por no residir ya en dicho domicilio, informando además que se habían realizado gestiones para averiguar otros posibles domicilios, siendo dicho gestión igualmente negativa e informando que el testigo estaba en ignorado paradero. De todo ello, el Tribunal dio cuenta en el acto del plenario, como consta en el acta confeccionada con ocasión de su celebración el día 28 de septiembre de 2015, habiéndose procedido -a instancia del Ministerio Fiscal- a la lectura de la declaración sumarial de Justino Ildefonso obrante a los folios 349 y 350, por ser la única que se había prestado a presencia de los letrados de las partes, expresando las defensas su conformidad con el criterio de la Sala.

Así pues, considerando la validez de la prueba testifical de cargo en la forma en que hubo de ser practicada en el presente proceso, debe rechazarse también la denuncia de la insuficiencia o de la irracional valoración probatoria que el recurso esgrime. Como es sabido, es función de este Tribunal de casación analizar si el Tribunal de instancia asentó su pronunciamiento en una prueba de cargo constitucionalmente obtenida, legalmente practicada, racionalmente valorada y suficientemente relevante como para facilitar un convencimiento más allá de toda duda razonable. Y el Tribunal de instancia muestra con acertado criterio las razones que llevan a un convencimiento que el recurso sólo cuestiona desde un análisis interesado y fraccionado de la prueba. Destaca el Tribunal que los coacusados Emiliano Norberto y Baldomero Teofilo , reconocieron la participación del recurrente en los hechos que se enjuician, lo que tiene un particular alcance desde el momento en que no puede apreciarse ningún ánimo espurio en la declaración del acusado Baldomero Teofilo , habida cuenta que confesó íntegramente en juicio su responsabilidad en los hechos. En todo caso, estas declaraciones se refuerzan por la declaración de la propia víctima, que no sólo reconoció al recurrente como una de las personas que participaron en su secuestro, con ocasión de la rueda de identificación realizada en sede de instrucción (f. 208), sino que declaró que las personas que reconoció en la rueda de identificación fueron los que estuvieron más tiempo con él en la casa, añadiendo que el implicado *marroquí* (en referencia al recurrente, pues según expresó el propio testigo, no había otro de tal origen) fue la persona que le vigiló en la casa en un momento en el que se quedaron solos, añadiendo que se jactaba de ser la persona que le iba a matar porque le habían pagado por ello y que fue una de las personas que estaban presentes cuando le introdujeron en el maletero del vehículo. En todo caso, estas pruebas personales encuentran corroboración objetiva de veracidad por la incautación de la documentación del recurrente en el interior del vehículo de Emiliano Norberto , así como por la aparición de su huella dactilar en el interior del vehículo en el que se trasladó a Justino Ildefonso .

Los motivos se desestiman.



OCTAVO.- El motivo undécimo del recurrente se formula por infracción de ley del artículo 849.1 de la LECRIM , considerando que el Tribunal de instancia ha aplicado indebidamente el artículo 28 del CP , al declararle autor de los hechos enjuiciados.

De forma subsidiaria a los motivos anteriores, el recurrente expresa que no puede considerarse necesaria su presencia e intervención para el resultado final de la acción delictiva que se enjuicia. Entiende que si se suprimiera su presencia, el resultado podría haberse llevado a cabo perfectamente, por lo que debió ser considerado al margen de la participación (sic).

Son autores quienes realizan conjuntamente el hecho delictivo. Al respecto, la jurisprudencia de esta Sala tiene establecido que la coautoría se aprecia cuando varias personas, de común acuerdo, toman parte en la ejecución de un hecho típico constitutivo de delito. Ello requiere -como elemento subjetivo de la coautoría- de la existencia de una decisión conjunta y -como elemento objetivo- de un dominio funcional del hecho, con aportación al mismo de una acción en la fase ejecutiva. Nuestra jurisprudencia es expresiva también de que la concurrencia del elemento subjetivo puede concretarse en una deliberación previa realizada por los autores, con o sin reparto expreso de papeles, o bien puede asumirse al tiempo de la ejecución cuando se trata de hechos en los que la ideación criminal avanza simultáneamente con la acción o la precede en unos instantes; pudiendo ser tanto expresa como tácita. Respecto del elemento objetivo, no es necesario que cada coautor ejecute por sí mismo todos los actos materiales integradores del núcleo del tipo, sino que el acuerdo, previo o simultáneo, expreso o tácito, permite integrar en la coautoría, como realización del hecho, aquellas aportaciones que no integran el núcleo del tipo, pero que sin embargo contribuyen de forma decisiva a su ejecución. Son pues coautores los que conscientemente realizan una parte necesaria en la ejecución del plan global, siempre que tengan un dominio funcional del hecho, de suerte que pueda predicarse que el hecho pertenece a todos los intervinientes en su ejecución (SSTS 529/05, de 27-4 ; 1315/05, de 10-11 ; 1032/06, de 25-10 , 258/07, de 19-7 ; 120/08, de 27-2 ; 989/09, de 29-9 ó 708/10, de 14-7 ; 220/13, de 21-3) ; diferenciándose la autoría material y directa, de la cooperación, en que el cooperador no ejecuta el hecho típico, desarrollando únicamente una actividad adyacente, colateral y distinta, pero íntimamente relacionada con la del autor material, pudiendo calificarse de necesaria cuando la actividad coadyuvante resulta imprescindible para la consumación de los comunes propósitos criminales asumidos por unos y otros (STS 954/10, de 3-11) y de la complicidad cuando la aportación, sin ser imprescindible, sea de alguna forma relevante, en el sentido de favorecer o facilitar la acción o de la producción del resultado (STS 970/04, de 22-7).

Lo expuesto evidencia la correcta consideración del recurrente como autor responsable de los hechos enjuiciados, pues el relato fáctico de la sentencia de instancia (que ha de ser respetado en atención al cauce procesal sobre el que se estructura el recurso), recoge expresamente " *Al llegar a la vivienda rural, los acusados Emiliano Norberto y Bernardo Isidoro , en unión de otros -entre los que ya estaban el inculpado Borja Guillermo y otro llamado Mauricio Ezequias no juzgado, provenientes de León-...retuvieron a la fuerza a Justino Ildefonso , manteniéndole ocasionalmente atado, siempre vigilado por Borja Guillermo y Mauricio Ezequias e intimidado verbalmente o con exhibición de alguna arma blanca o pistola de indefinidas características*". Añade la narración histórica que "Sobre las 2 horas del siguiente día 24...los procesados Baldomero Teofilo -mayor de edad y sin antecedentes-, Borja Guillermo y el otro no enjuiciado, lo introdujeron [a Justino Ildefonso] atado con cuerda plástica de pies y manos en el maletero del BMW-318 i, G-....-GZ ...Alrededor de las 4,10 horas, en la rotonda de salida de la A-6 en Baralla, punto kilométrico 469, el BMW perdió el control y salió de la vía, impactando contra un talud de tierra; los acusados que lo utilizaban abandonaron el coche y huyeron campo a través, dejando en el maletero a Justino Ildefonso "

El motivo se desestima.

NOVENO.- El motivo décimo segundo se formula por infracción del ley del artículo 849.1 LECRIM , denunciando la indebida aplicación del artículos 21.6 del CP .

En el desarrollo del motivo, el recurrente -tras hacer referencia a la jurisprudencia de esta Sala respecto a las razones que justifican la apreciación de la atenuante de dilaciones indebidas-, afirma que la excesiva duración del proceso (11 años) justificaría la apreciación de la demora como eximente o como atenuante muy cualificada, con rebaja de al menos dos grados en la pena.

Es evidente que las dilaciones no pueden justificar la exención de responsabilidad que se reclama (art. 20 CP) y, puesto que el Tribunal de instancia ya reconoció la concurrencia de la atenuante invocada como muy cualificada, el motivo sólo puede concretarse en la pretensión de que la atenuación de la pena señalada al delito cometido, lo sea en dos grados, a diferencia de lo acordado por el Tribunal de enjuiciamiento. La cuestión ha sido tratada en el fundamento jurídico tercero de esta resolución y a ello nos remitimos.

El motivo se desestima.



DÉCIMO.- Su decimotercer motivo de impugnación se formaliza también por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la LECRIM , al haberse infringido los artículos 62 y 63 del Código Penal .

Es incomprensible la mención del artículo 62 del CP , por no existir en la sentencia ninguna mención a un grado de ejecución incompleto o en tentativa, como, por otra parte, tampoco se hace en el desarrollo del recurso. Respecto a la invocación del artículo 63 del CP , por más que el recurso tampoco argumenta la razón de su posible aplicación, el Tribunal se remite a lo ya expresado en el anterior fundamento octavo.

El motivo se desestima.

UNDÉCIMO.- Cierra el recurrente su impugnación, denunciado -por el cauce del artículo 849.1 LECRIM - la indebida aplicación de los artículos 109 a 115 del CP .

Sostiene el recurrente que por más que la jurisprudencia de esta Sala considere que la fijación del quantum indemnizatorio es competencia del Tribunal de instancia, no pueden excluirse del control casacional las bases tomadas en cuenta para la fijación de la cuantía. Desde esta consideración, sostiene que la indemnización se ha fijado sin dejarse constancia de las bases en las que se apoya la Sala para determinar la indemnización del perjudicado correspondiente a los daños morales sufridos.

El Tribunal Constitucional (SSTC 78/86, de 13-6 y 12-2-1997), así como pacífica jurisprudencia de esta Sala (SSTS 1474/05, de 29-11 o 416/07, de 23-5), ponen de relieve que la necesidad de motivar las resoluciones judiciales (art. 120 CE), se hace extensiva a la exigencia de razonar la fijación de las cuantías indemnizatorias que reconozcan en sentencias, precisando la obligación de identificar las bases en que se fundamentan cuando sea posible. En todo caso, esta misma jurisprudencia destaca que la exigencia de identificar las bases indemnizatorias puede resultar insuperable cuando se trata de la indemnización por daño moral, pues los órganos judiciales no pueden disponer de una prueba que les permita cuantificar con criterios económicos la indemnización procedente. Los daños morales no es preciso que tengan que concretarse con alteraciones patológicas o psicológicas sufridas por las víctimas, sino que pueden surgir de la mera significación espiritual que tiene el delito para la víctima y de la necesidad de integrarlo en su experiencia vital, sin más parámetro para la evaluación de su alcance -cuando no hay alteraciones médicamente apreciables- que la gravedad de la acción que lesionó al perjudicado, la importancia del bien jurídico protegido y la singulares circunstancias de la víctima.

En el presente caso, habiendo consistido el delito en la privación de un derecho fundamental como es la libertad y la consideración -contemplada por el Tribunal en su sentencia- de que la privación de libertad tuvo una larga extensión, vino acompañada de golpes y amenazas, comportó el traslado forzado del perjudicado a diversos lugares con total impunidad y llegó a poner en riesgo su vida o integridad física, puede concluirse que existió un marcado daño al afectado, por lo que se muestra razonable compensarlo con la indemnización económica establecida en la sentencia.

El motivo debe ser rechazado.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar a los recursos de casación, interpuestos por las representaciones procesales de Bernardo Isidoro , Baldomero Teofilo , Emiliano Norberto y Borja Guillermo , contra la Sentencia dictada el 26 de octubre de 2015, por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de La Coruña , en su procedimiento ordinario Rollo 19/2005; condenando a los recurrentes al pago de las costas causadas en la tramitación de su recursos.

Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia Provincial a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió e interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Jose Manuel Maza Martin Miguel Colmenero Menendez de Luarca **Pablo Llarena Conde Perfecto Andres Ibañez Juan Saavedra Ruiz**

PUBLICACION .- Leida y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Pablo Llarena Conde , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.