



Roj: **STS 6984/2006** - ECLI: **ES:TS:2006:6984**

Id Cendoj: **28079120012006101102**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **03/11/2006**

Nº de Recurso: **2297/2005**

Nº de Resolución: **1081/2006**

Procedimiento: **PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO**

Ponente: **JOAQUIN DELGADO GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a tres de Noviembre de dos mil seis.

En los recursos de casación por infracción de ley y de precepto constitucional, que ante este tribunal penden, interpuestos por los acusados D. Enrique , representado por la procuradora Sra. Hurtado Pérez y D. Felix representado por la procuradora Sra. Martínez Martínez, contra la sentencia dictada el 22 de septiembre de 2005 por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Bizcaia, que les condenó por un delito de detención ilegal, los componentes de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que al margen se expresan, se han constituido para su deliberación y fallo. Han sido parte el Ministerio Fiscal y como parte recurrida: D. Gonzalo y D. Imanol representados por la procuradora Sra. De Guinea y Ruenes. Y ponente D. Joaquín Delgado García.

### **I. ANTECEDENTES**

1.- El Juzgado de Instrucción número 10 de Bilbao incoó Procedimiento Abreviado con el nº 52/04 contra D. Enrique y D. Felix que, una vez concluso, remitió a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Bizcaia que, con fecha 22 de septiembre de 2005, dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"Probado, y así se declara, que: PRIMERO.- Entre las 3.00 y 4.00 horas del día 29 de enero de 2000, Felix y Enrique , ambos mayores de edad y sin antecedentes penales, funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía, adscritos a la Brigada Provincial de Seguridad Ciudadana, hoy denominada de Seguridad y Protección, integrante del Grupo Operativo de Avanzadas y Contravigilancias, titulares de los carnés profesionales NUM000 y NUM001 , cuando realizaban, sin uniforme que les identificase como tales, funciones propias del grupo operativo al que estaban adscritos por la calle Lersundi de esta villa de Bilbao, se encontraron con Jose Luis , adscrito a la misma Brigada, que estaba fuera de servicio y en compañía de su esposa, quién les invitó a entrar en el Pub OTXOA, sito en la confluencia de la citada calle con la calle Heros a fin de tomar una consumición, a lo que accedieron.

Una vez en el interior del local solicitaron a una camarera varias consumiciones. Tras colocar aquella los vasos sobre la barra y mantener una conversación con una compañera de trabajo, regresó junto al grupo y les dijo que no se les iba a servir las consumiciones dado que uno de ellos, el Sr. Jose Luis y su esposa, unos días antes habían provocado un incidente en el Pub, agrediendo e insultando a una camarera, motivo por el cual ya no se les permitía a los mismos la entrada. Acto seguido, el acusado Sr. Enrique , interesó de la camarera explicaciones del porqué de a negativa, insistiéndole en que les sirviera las consumiciones solicitadas. Ante el incidente que se había originado, el camarero Juan Enrique se aproximó y manifestó a los señores Enrique y Jose Luis que debían abandonar el local, negándose éstos de un modo insistente, momento en el que el Sr. Enrique que se encontraba situado frente a la barra se identificó como policía nacional mostrando la placa ante los camareros con los que mantenía la discusión.

Gonzalo , empleado del local como "recoge vasos", al observar un tumulto se acercó y en ayuda de sus compañeros indicó nuevamente a los componentes del grupo que debían de abandonar el local, viniendo seguidamente Imanol , que trabajaba igualmente como recoge vasos. Ante la continua negativa a salir del



establecimiento, se inició un forcejeo, produciéndose empujones mutuos, consiguiendo los "recoge vasos" con la colaboración del acusado Sr. Felix , sacar al otro acusado y al Sr. Jose Luis pese a que persistían en su actitud negativa. Mientras sucedían los hechos, D. Tomás , encargado del local cuando no se encuentra el dueño del mismo, el Sr. Juan Francisco , llamó por teléfono a la Comisaría de la Ertaintza de Bilbao, solicitando la presencia policial por los hechos que se estaban sucediendo.

Personada una dotación de agentes del citado cuerpo en el lugar, y tras entrar en el pub para que se les informara sobre lo sucedido, al salir procedieron a identificar, con la ayuda del acusado Sr. Felix , al otro acusado y al Sr. Jose Luis , pese a la actitud desafiante, violenta y nada colaboradora de estos últimos, quienes mostraban síntomas de haber ingerido bebidas alcohólicas, aunque de un modo notablemente más acusado al segundo. En ningún momento los acusados manifestaron a los agentes actuantes que previamente, en el interior del local, habían sido tratados de un modo violento por empleados del Pub "Otxoa". Tras abandonar los acusados y acompañantes el lugar tomando como dirección la calle Heros, se marcharon los agentes.

SEGUNDO.- Seguidamente los acusados se dirigieron a la Jefatura Superior de Policía y se presentaron ante el Inspector Jefe de la Brigada Provincial de Seguridad y Protección, previo requerimiento de éste, a quién relataron su versión de lo sucedido, manifestándole el jefe de la patrulla, el acusado Sr. Enrique , que consideraba que debía proceder a la detención de los dos individuos que les habían agredido en el Pub dado que lo ocurrido podría constituir un atentado contra agentes de la autoridad, y por este motivo le solicitó una patrulla uniformada para la práctica de la detención. Una vez que el Jefe de la Brigada consultó con el Jefe Superior de Policía del País Vasco sobre la posibilidad de poder disponer de un recurso uniformado, dado que durante esa noche al desarrollarse una operación antiterrorista todos los dispositivos estaban ocupados, se les asignó finalmente una patrulla dirigida por el Oficial de policía con el número de carne profesional 54050, tras lo cual los acusados junto con el citado recurso uniformado regresaron al Pub Otxoa y en compañía de la dotación uniformada, alrededor de las 6.00 horas procedieron a detener a Gonzalo y Imanol , los cuales fueron conducidos a dependencias de la Jefatura Superior de Policía sita en la calle Gordóniz de Bilbao y una vez que fueron practicadas las diligencias policiales pertinentes, fueron puestos a disposición del Juzgado de Guardia de Bilbao, sobre las 14,30 horas del mismo día 29 de enero , siendo puestos en libertad provisional una vez prestaron declaración."

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

"FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos a Felix y a Enrique , como autores responsables de un delito de detención ilegal, a cada uno de ellos a la pena de multa de 5 meses, con una cuota diaria de 10 euros, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, si mediase insolvencia declarada de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas, inhabilitación absoluta por un periodo de ocho años, al pago de las costas causadas en esta instancia por mitad e iguales partes y a que abonen conjunta y solidariamente en concepto de responsabilidad civil a Gonzalo y Imanol en la cantidad de 3000 euros respectivamente, cantidades que devengarán el interés legal del artículo 576 de la LEC , declarando responsable civil subsidiario a la Dirección General de la Policía Nacional.

Diríjase oficio al Ministerio de Interior a los efectos del artículo 25 de la Ley de Cuerpos y fuerzas de Seguridad del Estado, con expresa indicación de que la presente no es firme."

3.- Notificada la anterior sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley y de precepto constitucional por los acusados D. Enrique y D. Felix , que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

4.- El recurso interpuesto por la representación del acusado D. Enrique , se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION: Primero.- Infracción de ley, con base en el nº 1 del art. 849 LECr , aplicación indebida del art. 167 CP. Segundo.- Infracción de ley, con base en el nº 2 del art. 849 LECr , error en la apreciación de la prueba. Tercero.- Por la vía del art. 5.4 de la LOPJ , denuncia quebrantamiento de la presunción de inocencia.

5.- El recurso interpuesto por la representación del acusado D. Felix , se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION: Primero.- Por la vía del art. 5.4 de la LOPJ , denuncia infracción art. 24.2 CE, presunción de inocencia. Segundo.- Infracción de ley , con base en el nº 1 del art. 849 LECr , aplicación indebida del art. 167 CP. Tercero.- Infracción de ley, con base en el nº 2 del art. 849 LECr , error en la apreciación de la prueba.

6.- Instruidas las partes de los recursos interpuestos, el Ministerio Fiscal impugnó todos los motivos de ambos, la sala los admitió a trámite y quedaron conclusos los autos para señalamiento sin celebración de vista pública cuando por turno correspondiera.

7.- Hecho el correspondiente señalamiento se celebró la deliberación y votación el día 24 de octubre del año 2006.



## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Planteamiento. La sentencia recurrida condenó a D. Enrique y a D. Felix , ambos funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía destinados en Bilbao y adscritos a Brigada Provincial de Seguridad Ciudadana, el primero con once años de ejercicio de sus funciones en dicha capital y el segundo que sólo llevaba cuatro meses en dicho cuerpo, como autores del delito especial de detención ilegal del art. 167 CP en relación con el 163.4 , por haber detenido, para llevarlos a comisaría, a dos empleados en un pub de la ciudad en calidad de recoge-vasos por entender que habían cometido un posible delito de atentado al haberlos expulsado de tal local público, junto con otro, también policía y superior jerárquico de los dos primeros, D. Jose Luis . Ocurrió en la madrugada del 29 de enero de 200 cuando en síntesis, sobre las 3 o 4 horas, aquellos se encontraban de servicio sin uniforme, no así el último que iba en compañía de su esposa, quien invitó a los otros dos a entrar en el mencionado establecimiento a fin de tomar una consumición. Entraron los cuatro, pidieron que les sirvieran, se negaron a hacerlo porque unos quince días atrás el referido jefe había tenido un incidente con otra camarera allí mismo. El Sr. Enrique pidió explicaciones a otra camarera insistiendo en que les sirviera. Se aproximó un camarero que les dijo que debían abandonar el local, donde había mucha gente, a lo que se negaron Enrique y su jefe, momento en el cual aquel se identificó como policía mostrando la placa correspondiente a quienes estaban detrás de la barra. Al observar el incidente se acercó D. Gonzalo , empleado allí de "recoge vasos" y luego lo hizo otro trabajador de la misma clase, D. Imanol . Al no acceder a salir del local los Sres. Enrique Jose Luis , "se inició un forcejeo, produciéndose empujones mutuos, consiguiendo los recoge-vasos, con la colaboración del acusado Sr. Felix , sacar al otro acusado y al Sr. Jose Luis pese a que persistían en su actitud negativa. Mientras sucedían los hechos, D. Tomás , encargado del local cuando no se encuentra el dueño del , Don. Juan Francisco , llamó por teléfono a la comisaría de la Ertzaintza de Bilbao, solicitando la presencia policial por los hechos que estaban sucediendo", según podemos leer en el relato de hechos probados de la sentencia recurrida.

Tras lo que acabamos de narrar, llegaron allí unos agentes de este último cuerpo policial que entraron en el local para que se les informara de lo ocurrido e identificaron a aquellos dos que se habían negado antes a salir.

A continuación los acusados fueron a la Jefatura Superior de Policía, contaron lo ocurrido, manifestó Enrique al Inspector Jefe de su brigada que consideraba que debía proceder a la detención de los dos individuos que les habían agredido pues podía haber existido un delito de atentado, y solicitó al respecto el auxilio de una patrulla uniformada. El jefe de la brigada consultó al Jefe Superior de Policía y este accedió a que tal auxilio se prestara. Había ciertas dificultades, pues precisamente esa noche se estaba desarrollando una operación antiterrorista. Sobre las 6 horas volvieron al lugar los dos acusados con la mencionada patrulla uniformada, detuvieron a los Sres. Gonzalo Imanol , con quienes luego se practicaron las correspondientes actuaciones en comisaría, siendo después llevados al Juzgado de Guardia sobre las 14,30 horas del mismo día donde prestaron sus declaraciones y fueron puestos en libertad.

Por tales hechos se condenó a los dos a las penas de cinco meses de multa (el mínimo legal) y cuota diaria de diez euros con la correspondiente privación de libertad en caso de impago e inhabilitación absoluta por plazo de ocho años (también el mínimo legal), así como al pago de las costas y a una indemnización de tres mil euros a cada uno de los dos recoge-vasos, declarando responsable civil subsidiaria a la Dirección General de la Policía.

Ahora recurren en casación cada uno de ellos por tres motivos que examinamos unidos por tener similitud en su contenido.

SEGUNDO.- Comenzamos tratando del motivo 2º de Enrique y 3º de Felix , ambos amparados en el nº 2º del art. 849 LEC con denuncia de error en la apreciación de la prueba.

Han de ser rechazados de plano, pues en ninguno de ellos se señaló documento alguno que pudiera haber acreditado el pretendido error sobre la prueba ni tampoco los extremos concretos de los hechos probados de la sentencia recurrida que hubieran de modificarse.

En estos motivos se hacen alegaciones con referencia a un informe policial en el que se dan detalles sobre esa petición de auxilio realizada por el jefe de la patrulla Sr. Enrique para proceder a la referida detención, y asimismo se citan declaraciones de carácter personal realizadas en el procedimiento. Se trata de argumentos que encajan mejor en los motivos relativos a la presunción de inocencia que examinamos a continuación.

TERCERO.- En el motivo 1º de D. Felix y 3º de D. Enrique , por el cauce de los arts. 852 LECr y 5.4 LOPJ , se alega infracción de precepto constitucional, concretamente del art. 24.2 CE en su apartado relativo al derecho a la presunción de inocencia.

Se dice que el resultado de la prueba, con las contradicciones que pone de relieve la propia sentencia recurrida y los propios escritos de recurso comentan, no puede servir para acreditar la culpabilidad de los acusados,

por lo que tendrían que haber sido absueltos. Se habla al respecto de confusión absoluto, versiones contradictorias, olvidos y declaraciones cambiantes para justificar tales alegaciones.

Entendemos que no tienen razón los recurrentes.

Cuando, como aquí ocurrió, hay una abundante prueba testifical no coincidente, no cabe aplicar como a veces se solicita expresamente, o se insinúa, el principio "in dubio pro reo". Las dudas que han de producir las pruebas practicadas no son evidentemente aquellas que dicen las partes que existieron, sino las que asume el Tribunal que dicta la sentencia tras el correspondiente juicio oral.

Sólo cuando, tras haber sido acogidas esas dudas, resulta que los hechos probados no se redactan conforme a la solución más favorable para el acusado, es cuando debe apreciarse la vulneración del mencionado principio.

Tal no ocurrió en el caso presente. Las versiones contradictorias son valoradas por el Tribunal de instancia según su criterio. Es a quien corresponde la ardua tarea de narrar lo ocurrido como resultado de la prueba ante ellos practicada en el plenario. Y ciertamente la sentencia recurrida es ejemplar en este sentido cuando de modo pormenorizado nos dice las declaraciones de cada uno de quienes allí acudieron como acusados o testigos, incluso agrupándolos según su procedencia para mayor claridad expositiva. No cabe hablar de insuficiencia de motivación. Ni tampoco de falta de racionalidad en su resultado. Era necesario, para resolver las contradicciones existentes, conceder crédito a algunas de las manifestaciones ante ellos prestadas poniéndolas en relación con lo dicho en la fase de instrucción respecto de cada uno para confeccionar el relato de lo ocurrido.

Podemos afirmar que lo que en dicho relato se da como acreditado tiene respaldo en esas manifestaciones a las que la Audiencia Provincial considera reflejo de la realidad de lo ocurrido. Se hizo un uso adecuado de las atribuciones que al respecto reconoce el art. 741 LECr el tribunal que preside un juicio.

Sin necesidad de entrar en pormenores, hemos de concluir diciendo que existió la prueba tomada como de cargo por el órgano judicial, que esta prueba fue aportada al procedimiento en el trámite contradictorio propio del juicio oral, esto es, con observancia de las normas constitucionales y legales existentes en la materia, y que ha de considerarse razonablemente suficiente como justificación del relato de hechos probados que la sentencia recurrida nos ofrece.

No hay razón alguna para considerar infringido el derecho a la presunción de inocencia.

También desestimamos estos dos motivos.

CUARTO.- 1. Solucionadas así las cuestiones de hecho, presupuesto necesario para poder tratar de las relativas a la calificación jurídica, pasamos ahora al examen de los otros dos motivos que nos quedan por tratar, el 1º de Enrique y el 2º de Félix .

Ambos se acogen al nº 1º del art. 849 LECr, y en los dos se denuncia infracción de ley por aplicación indebida del art. 167 CP que dice así: "La autoridad o funcionario público que, fuera de los casos permitidos por la Ley, y sin mediar causa por delito, cometiere alguno de los hechos descritos en los artículos anteriores será castigado con las penas respectivamente previstas en estos, en su mitad superior y, además, con la de inhabilitación absoluta por tiempo de ocho a doce años."

2. Los elementos necesarios para la aplicación de esta norma penal son los siguientes:

1º. Se trata de un delito especial, por lo que sujeto activo ha de ser alguna persona que reúna cualquiera de las dos características siguientes: autoridad o funcionario público, conforme a las definiciones que al respecto nos ofrece el art. 24 en sus respectivos apartados 1 y 2.

2º. El medio comisivo viene constituido por cualquiera de los expresados en los artículos anteriores que son los comprendidos entre el art. 163 y 166 . Concretamente en este caso el del art. 163.4 CP : aprehender a una persona "para presentarla inmediatamente a la autoridad".

3º. Un elemento de carácter normativo, consistente en que no medie causa por delito, ya que, en caso contrario, podría aplicarse otra norma más específica (art. 8.1º CP ), el art. 530 del mismo código.

4º. Otro también de carácter normativo: que el funcionario o autoridad actúe fuera de los casos permitidos por la ley. Se trata de una previsión concreta, para esta clase de delito, de la causa de justificación del nº 7º del art. 20 que declara exento de responsabilidad criminal al "que obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho".

5º. Como en todos los delitos dolosos ha de concurrir también otro requisito de carácter subjetivo, el dolo, que requiere que el sujeto activo de la infracción obre con conocimiento de que concurren los correspondientes



elementos objetivos de la infracción penal, en este caso los cuatro que acabamos de relacionar (dolo directo), siendo también posible el llamado dolo eventual.

3. Entendemos que concurrieron aquí tales cinco elementos:

A) Fueron sujetos activos dos miembros del Cuerpo Nacional de Policía, es decir dos funcionarios públicos que actuaron como tales en los hechos que vienen siendo enjuiciados, en la detención de los dos recoge-vasos.

B) Fueron los autores de la conducta definida como delictiva en el art. 163.4 : aprehendieron a dos personas para presentarlas inmediatamente a la autoridad. Llevaron a comisaría a tales dos empleados que unas horas antes les habían expulsado del pub Otxoa de Bilbao.

C) No mediaba causa por delito contra ninguno de esos dos detenidos: no cabe aplicar aquí la figura más específica del art. 530 CP.

D) La ley procesal, norma que regula cuándo la autoridad o un agente de la policía judicial puede y debe proceder a la detención de una persona, no amparaba tal detención. Veámoslo.

Esta materia aparece regulada en los arts. 489 y ss. LECr , concretamente en su art. 492 , que consta de los cuatro números siguientes:

1º) El nº 1º de este art. 492 obliga a detener en los casos del art. 490 , que son aquellos en los que cualquier persona puede practicar una detención. Lo que es facultativo para el particular es obligatorio para el funcionario de policía. De todos los supuestos recogidos en ese art. 490 , el único que puede tener relación con los hechos aquí examinados es el de su nº 2º que se refiere a la detención del delincuente in fraganti, es decir, aquel delincuente que esté cometiendo un delito o lo acaba de cometer, cuya realización ha podido percibir el funcionario por sus propios sentidos.

No es este el caso, pues la posible infracción penal, que fue calificada como falta por las autoridades judiciales de Bilbao y luego considerada prescrita por la Audiencia Provincial, se había cometido unas 2 o 3 horas antes, cuando los policías fueron expulsados del citado pub Otxoa. Transcurrido ese periodo de tiempo, la flagrancia, que había existido en ese episodio primero, había desaparecido. No existía razón de urgencia alguna que pudiera justificar esa actuación de la policía en el segundo episodio.

2º) El nº 2º del art. 492 obliga al policía a detener "al que estuviere procesado por delito que tenga señalada en el código pena superior a la de prisión correccional". Esta prisión correccional equivalía a la pena de prisión menor del CP anterior, que tenía una duración de seis meses y un día a seis años. Tal prisión menor se corresponde con la de prisión de uno a tres años del CP vigente conforme a la disposición transitoria 11ª.1 d) de la LO 10/1995, de 24 de noviembre , por la que se promulgó el actual CP.

Tal norma del nº 2º del art. 492 permite y obliga al funcionario de policía para detener a una persona cuando concurren dos requisitos:

- a) que hubiera procesamiento;
- b) que lo fuera por un delito para el que la ley prevea una pena superior a los tres años de prisión.

Ninguno de estos dos requisitos concurrían en el caso presente, ya que, por un lado, no se había acordado nada por una autoridad judicial contra ninguno de los dos luego detenidos y, por otro lado, el posible delito de atentado, -que desde luego no existió, como después veremos-, que dijo el policía D. Enrique a su superior que se había cometido con la mencionada expulsión del pub Otxoa, aparece penado en el art. 551.1 , último inciso con prisión de uno a tres años.

3º. Puede un policía detener, conforme al nº 3º del art. 492 , cuando concurren los dos requisitos siguientes:

- a) que hubiera habido procesamiento por delito al que esté señalada pena inferior a la de prisión correccional, esto es, a la de prisión de tres años según lo que acabamos de decir,
- b) que "sus antecedentes o las circunstancias del hecho hicieren presumir que no comparecerá cuando fuere llamado por la autoridad judicial".

Aquí faltaron estos dos requisitos, pues ni había procesamiento alguno ni medida equivalente que pudiera haber sido acordada por algún órgano judicial contra alguno de los dos detenidos; y además tampoco concurría el requisito b), ya que nos encontramos con dos personas que trabajaban en un establecimiento público conocido, de modo que no había razón alguna para entender que pudieran haber tenido voluntad de no acudir a un juzgado caso de que hubieran sido citados para ello con motivo de los hechos aquí examinados.

4º. El nº 4º de este art. 492 se refiere al caso del número anterior cuando todavía no hubiera procesamiento. Ya hemos dicho cómo faltó en el supuesto presente el que acabamos de designar como requisito b).





Así pues, los policías debieron tener en cuenta lo dispuesto en el art. 493 de esta ley procesal que, para cuando no sea procedente la detención por no estar la persona, posible delincuente, comprendida en ninguno de los cuatro casos que acabamos de examinar, ordena que el policía tome nota del nombre, apellido, domicilio y demás circunstancias bastantes para la identificación del referido posible delincuente.

En conclusión, los acusados no estaban autorizados para detener a ninguno de los dos empleados del pub Otxoa. Concorre también aquí este elemento cuarto del tipo de delito del art. 167 CP según la relación antes efectuada (apartado 2 de este mismo fundamento de derecho).

5º. Asimismo entendemos que también hubo dolo en los dos condenados ahora recurrentes. Conocieron, cuando procedieron a la detención de los recoge-vasos, Gonzalo y Imanol, que concurrían esos cuatro elementos objetivos del delito: que ellos eran funcionarios públicos, que habían practicado la detención de dos personas para presentarlas a la autoridad, que no había proceso por delito contra ninguno de los dos y, por último, que la ley procesal no les permitía practicar esas detenciones.

Estimamos que tal conocimiento de la ilicitud de su conducta existió en los dos ahora recurrentes por lo siguiente:

a) Se trata de dos profesionales del Cuerpo Superior de Policía y todos conocemos que forman parte de los estudios para acceder a tal cuerpo las normas reguladoras del proceso penal; en particular aquellas que están directamente ligadas al ejercicio diario de sus funciones, como lo son sin duda las relativas a los casos en que pueden y están obligados a detener a las personas por razón de haber participado en la comisión de algún hecho delictivo. Se trata de algo fundamental y elemental en el ejercicio de su trabajo.

b) Ha quedado claro en el desarrollo de las presentes actuaciones, particularmente por las declaraciones en el juicio oral por parte de los superiores jerárquicos de los acusados, que estos últimos ni practicaron detención alguna ni tenían que aprobar o aconsejar a la patrulla que iba a efectuarlas: era una cuestión de responsabilidad de tal patrulla.

c) Importancia por supuesto tiene en el caso presente el hecho de que algunos de esos superiores intervinieran en los hechos delictivos aquí examinamos mediante la prestación de esa patrulla uniformada que auxilió en la detención de Gonzalo Imanol. Pero no hasta el extremo de excluir o atenuar la responsabilidad criminal de ninguno de los dos acusados. A lo sumo podrían haber existido más acusados por estos hechos, los mencionados superiores a título de cooperadores necesarios del art. 28, apartado b) CP. Desde luego, sin esa ayuda de la mencionada patrulla uniformada no podrían haberse practicado las detenciones por parte de los acusados, como no lo pudieron hacer en esa primera fase de los hechos aquí examinados.

d) Alega la defensa de D. Felix que llevaba muy poco tiempo en el Cuerpo Nacional de Policía cuando estos hechos se produjeron, sólo cuatro meses, así como que el responsable de la patrulla era el otro acusado como más antiguo en el escalafón. Ciertamente es esto, así como que dicho D. Felix, en esa primera fase de los hechos, incluso colaboró con los recoge-vasos para lograr la salida del local del Sr. Enrique y del jefe de ambos, Sr. Jose Luis, quienes opusieron resistencia a tal acto de expulsión. Esto habría de implicar una menor pena a la hora de la concreción de la correspondiente a cada uno de los dos policías. Pero tal no es posible, ya que los dos fueron condenados prácticamente al mínimo legalmente permitido conforme a lo dispuesto en los citados artículos 167 y 163.4 CP, cinco meses de multa e inhabilitación absoluta por ocho años.

e) Antes de finalizar conviene dejar claro aquí que los dos acusados, aunque estuvieran de servicio, no se encontraban, como bien dice la sentencia recurrida, en el ejercicio de las funciones propias del cargo de policía, sino como ciudadanos particulares, cuando en el tan mencionado primer episodio de los hechos, recibieron la negativa a ser servidos y la orden de salida del establecimiento. Por tanto, no cabe hablar de que allí pudiera haber existido un delito de atentado, por más que Landa hubiera exhibido su placa de policía, tesis mediante la cual pretenden justificar ambos recurrentes que en todo momento creyeron haber actuado legítimamente.

4. En conclusión, es evidente que no existió la infracción de ley aquí alegada, ya que se aplicó correctamente al caso el art. 167 CP en relación con el 163.4.

Hay que rechazar también el motivo 1º de Enrique y el 2º de Felix, únicos que nos quedaban por examinar.

QUINTO.- No obstante, esta sala estima que la pena de ocho años de inhabilitación absoluta, que es el mínimo que el tribunal de instancia podía imponer conforme a lo dispuesto en el art. 167 CP, es una pena excesivamente rigurosa en el caso presente, por lo que acordamos proponer al Gobierno que conceda un indulto parcial de modo que tal pena quede reducida de ocho años a dos, habida cuenta de dos circunstancias concretas que concurren aquí:



1ª. Haberse realizado los hechos en el país vasco, lugar donde tiene especial incidencia el terrorismo de ETA con las consecuencias que eso trae consigo en particular para los miembros de la Policía Nacional y Guardia Civil que allí ejercen sus funciones.

2ª. El hecho de que sus superiores jerárquicos, que prestaron el auxilio de una patrulla uniformada para realizar las detenciones ilegales objeto de este procedimiento, tuvieron conocimiento de esos hechos antes de su realización.

Todo ello conforme a lo dispuesto en el apartado 3 del art. 4 CP y art. 20 de la Ley de 18.6.1870 reguladora del ejercicio de la gracia de indulto.

Entendemos que asimismo ha de aplicarse al caso lo dispuesto en el apartado 4 del mencionado art. 4 CP para que quede en suspenso la ejecución de la pena de inhabilitación absoluta mientras se tramita este procedimiento de indulto, ya que con su ejecución inmediata la concesión de la gracia que aquí se propone podría resultar ilusoria.

### III. FALLO

NO HA LUGAR A LOS RECURSOS DE CASACIÓN formulados por D. Enrique Y D. Felix contra la sentencia que a ambos les condenó por delito de detención ilegal, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Vizcaya con fecha veintidós de septiembre de dos mil cinco , imponiendo a dichos recurrentes el pago de las costas de sus respectivos recursos.

Acordamos proponer al Gobierno de España indulto parcial en los términos referidos en el fundamento de derecho quinto de esta resolución, con suspensión de ejecución de la pena de inhabilitación especial mientras tal indulto se tramita.

Comuníquese el contenido de esta resolución al Ministerio de Justicia para que resuelva lo que sea pertinente sobre el ejercicio del derecho de gracia.

Comuníquese igualmente esta resolución a la mencionada Audiencia Provincial a los efectos legales oportunos con devolución de la causa que en su día remitió.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos . Joaquín Delgado García Carlos Granados Pérez José Antonio Martín Pallín

PUBLICACION.- Leida y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Joaquín Delgado García , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.