



Roj: STS 5610/2015 - ECLI:ES:TS:2015:5610
Id Cendoj: 28079120012015100833
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 1085/2015
Nº de Resolución: 771/2015
Procedimiento: PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO
Ponente: MIGUEL COLMENERO MENENDEZ DE LUARCA
Tipo de Resolución: Sentencia

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SEGUNDA SENTENCIA

Sentencia Nº: 771/2015

RECURSO CASACION Nº : 1085/2015

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria Parcial

Fecha Sentencia : 02/12/2015

Ponente Excmo. Sr. D. : Miguel Colmenero Menéndez de Luarca **Secretaría de Sala** : Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández **Escrito por** : ARB

Contra la salud pública, cohecho y otros.- Estimatoria parcial.-

Nº: 1085 / 2015

Ponente Excmo. Sr. D.: Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Fallo: 25/11/2015

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SENTENCIA Nº: 771 / 2015

Excmos. Sres.:

D. Cándido Conde Pumpido Tourón

D. Julián Sánchez Melgar

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Andrés Palomo Del Arco

D^a. Ana María Ferrer García

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dos de Diciembre de dos mil quince.

En el recurso de Casación por infracción de Ley y de precepto Constitucional, así como por quebrantamiento de Forma, que ante Nos pende, interpuesto por **Ramón , Luis Antonio , y Benigno** , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Ávila, Sección Primera, con fecha treinta de Abril de dos mil quince , en causa seguida contra Fulgencio , Luis Antonio , Ramón , Pascual , Carlos María y Benigno , por delito contra la salud pública del artículos 368 del Código Penal en la modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud y por un delito del artículo 423.2 del Código Penal vigente en el momento en que se cometieron los hechos, los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para Votación y Fallo, bajo la Presidencia del primero de los citados y Ponencia del Excmo. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, siendo parte recurrente los acusados **Ramón** , representado por la Procuradora Sra. D^a María José Rodríguez Teijeiro y defendido por el Letrado Sr. D. Gonzalo C. Arangüena Rodríguez; **Luis Antonio** , representado por el Procurador Sr. D. Rafael Júlvez Pérís Martin y defendido por el Letrado Sr. D. Rafael de Andrés Fernández; y **Benigno** , representado por la Procuradora Sra. D^a Pilar Cermeño Roco y defendido por la Letrado Sra. D^a Sonsoles Jiménez Herrero.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado de Instrucción nº 3 de los de Ávila instruyó las diligencias previas de Procedimiento abreviado con el número 75/2014, contra Fulgencio , Luis Antonio , Ramón , Pascual , Carlos María y Benigno ; y una vez decretada la apertura del Juicio Oral, lo remitió a la Audiencia Provincial de Ávila (Sección 1^a, rollo 2/2015) que, con fecha treinta de Abril de dos mil quince, dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

"PRIMERO.- Ha quedado probado que D. Fulgencio , conocido como Pitufio , mayor de edad y sin antecedentes penales, en la fecha de la comisión de los hechos, se ha dedicado en el año 2009 al tráfico de drogas (en concreto cocaína) en Ávila, quedando constatado ello del modo siguiente:

- El 2/9/2009 a las 18,15 horas en la C/Jardín del Recreo vendió a Romeo una papelina de cocaína de 1,26 gramos, con un precio de mercado de 75,21 euros.

- El 26/10/2009, a las 19 horas en la C/Virgen María vendió a Juan Pedro una papelina de 0,63 gramos de cocaína, con un precio en el mercado de 37,69 euros.

- El día 14/12/2009 , a las 20 horas en la C/ Virgen María, sobre las 23,20 horas vendió a Cesar una papelina de 0,53 gramos de cocaína, con un precio en el mercado de 31,61 euros.

- El día 14/12/2009 en la c/ Virgen María, sobre las 23,20 horas vendió dos papelinas conteniendo 0,66 y 0,08 gramos de cocaína a Clemencia y Javier , que tendría un valor en el mercado de 39,37 euros y 4,78 euros.

- Del mismo modo se le practicó entrada y registro en su domicilio de la C/Virgen María de Ávila 18, 2B, el 15/12 a las 10,3 h y se le ocuparon dos bolsas que contenían dos papelinas de cocaína, con un peso neto de 3,09 gramos y 5,07 gramos, con una pureza del 59,53 y 61,65% respectivamente, cuyo valor en el mercado se valora en 184,32 y 302,43 euros, que iban a ser destinadas al tráfico.

Tales hechos han sido reconocidos por Fulgencio el día del juicio.

SEGUNDO.- Que Luis Antonio , mayor de edad, sin antecedentes penales, conocido como " Bucanero " funcionario Inspector Jefe del Área de Seguridad Privada de Policía de Ávila con nº NUM000 , conocido como Bucanero , durante el año 2009 mantuvo en el segundo semestre de dicho año numerosas citas con Fulgencio tal y como ha quedado probado por las vigilancias efectuadas por la unidad de asuntos internos de la policía, llamándose mutuamente en numerosas ocasiones por teléfono y ello con el fin de obtener Luis Antonio una ventaja económica a cambio de la protección policial a Fulgencio pues era conocedor de que Fulgencio se dedicaba al tráfico de drogas, facilitando así la ejecución de los actos de venta de droga, indicándole las precauciones a tomar si era intervenido por la policía, como esconderse la droga en el dobladillo del pantalón.

También ha quedado probado que al día siguiente o el mismo día de cada reunión entre Bucanero y Fulgencio , el primero ingresaba determinadas cantidades en su cuenta corriente, entre ellas las siguientes: El 12/7/2009, 700 euros; el 10/8/2009, 750 euros; el 1/9/2009, 800 euros; el 13/10/2009, 800 euros y el 16/11/2009, 700 euros, quedando probado también, en base a las declaraciones el día del juicio que Fulgencio le entregó a lo largo del 2009 la cantidad total aproximada de 15.000 euros, que procedía del tráfico de drogas y que era entregada para que el policía le protegiera en su actividad delictiva.

También el citado Inspector de Policía, en el verano de 2009 mantuvo reuniones con Pascual ya que éste reconoció el día del juicio que en aquellas fechas se dedicaba al tráfico de drogas. En concreto las

reuniones fueron en el Restaurante El Quinto Pinto de Padiernas (Ávila), en el bar del Polígono de Vicolozano, y en la gasolinera de Berrocalejo pidiendo que le trajese aproximadamente 1 kg de droga para vendérsela luego Fulgencio .

TERCERO.- También ha quedado probado que en el verano de 2009 Luis Antonio en las reuniones que se desarrollaron con Pascual en los bares descritos en el anterior hecho, Luis Antonio le pidió a Pascual la cantidad indeterminada de 10.000 a 20.000 euros, cantidades que provenían del tráfico de drogas ejercido por Polvorinos y que se entregarían a cambio de que el inspector de policía le facilitara el tráfico de sustancias estupefacientes.

CUARTO.- Con fecha 3/7/2009 el policía Ramón , mayor de edad, sin antecedentes penales, a instancias de su amigo Pascual , conocido como Polvorinos, mayor de edad, con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia en aquella fecha, ordenó consultar la base de datos de la Policía al funcionario NUM001 que consultó los datos de las requisitorias judiciales respecto de " Pascual ". Y de nuevo Ramón efectuó idéntica consulta el 8/7/2009, lo que después informó a Pascual . Dicho hecho fue reconocido por Ramón el día del juicio.

También el día 2/7/2009 a las 14 horas hablaron los anteriores por teléfono y Ramón le dijo a Pascual que para eludir una supuesta busca y captura debía encargar a otra tercera persona de su misma edad la formulación de una denuncia ante la Policía en el sentido de que le habían sustraído los documentos y que esa tercera persona le entregara el documento de denuncia efectuada ante la Policía, por si era detenido poder justificar así su identidad. Por lo anterior Polvorinos encargó al tercero Carlos María , mayor de edad y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, amigo suyo, que presentó en Ávila el 2/7/2009 una denuncia de sustracción de documentación supuestamente producida ese mismo día en el metro de la Plaza de toros de Leganés (Madrid).

dicha denuncia dió lugar a a las Diligencias Previas 1192/09 del Juzgado de Instrucción nº 1 de Madrid.

Dichos hechos fueron reconocidos por los tres intervinientes el día del juicio.

QUINTO.- El día 16/7/2009 sobre las 14,44 horas, Rodrigo , amigo de Pascual llamó por teléfono a Ramón pidiendo información policial sobre un súbdito rumano que manifestó le hacía extorsión. Después Rodrigo le remitió un "sms" dándole los datos de la citada persona rumana " Baltasar ", por lo que Ramón en su condición de policía obtuvo los datos a través del funcionario NUM002 correspondiente y después llamó a Pascual y se reunió más tarde con éste último y Rodrigo , entregándoles documentación que señalaba que la persona investigada tenía un homicidio doloso. Toda la documentación relativa a Baltasar , entregada por el policía Ramón a Rodrigo , le fue ocupada al mismo cuando fue detenido el 17/9/2009 en relación a las Diligencias Previas 491/09 del Juzgado nº 3 de Ávila.

Tales hechos fueron reconocidos el día del juicio por los tres intervinientes en la operación.

SEXTO.- Que el día 22/1/2009 sobre las 0,33 horas cuando los policías Ramón y Benigno , éste último, sin antecedentes penales, se encontraban de servicio en Ávila en la C/ San Pedro Bautista pararon a Ricardo cuando se estaba fumando un porro y le ocuparon un trpzo de sustancia de hachís que tenía para su consumo, quedándose los policías con el hachis para su uso particular en lugar de levantar la correspondiente acta de incautación(sic)".

Segundo.- La Audiencia de instancia en la citada sentencia, dictó la siguiente Parte Dispositiva:

"Que debemos condenar y condenamos a:

A) Fulgencio , como penalmente responsable en concepto de autor material y directo de los siguientes delitos, con la concurrencia en todos ellos de las circunstancias atenuantes de la responsabilidad criminal de dilación indebida y colaboración con la administración de justicia, a las penas que se señalan a continuación:

-Como autor de un delito contra la salud pública, a las penas de un año de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 240 euros con responsabilidad personal subsidiaria de un mes en caso de impago.

-Como autor de un delito de cohecho, a las penas de cuatro meses de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 4.000 euros con responsabilidad personal subsidiaria de dos meses en caso de impago.

Se le condena al pago de dos veintiunaavas partes de las costas.

B) Luis Antonio como penalmente responsable en concepto de autor material y directo de los siguientes delitos, con la concurrencia en todos ellos de la circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal de dilación indebida, a las siguientes penas:

- Como autor de un delito cometido contra la salud pública, a las penas de tres años de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 500 euros con responsabilidad personal subsidiaria de un mes en caso de impago.

- Como autor de un delito de cohecho referido en el Fundamento de Derecho Quinto, a las penas de dos años de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa de 15.000 euros con responsabilidad personal subsidiaria de tres meses en caso de impago, e inhabilitación para empleo o cargo público por tiempo de siete años.

- Como autor de un delito de omisión del deber de perseguir delitos, a la pena de inhabilitación para empleo o cargo público por tiempo de seis meses.

- Como autor de un delito de cohecho señalado en el Fundamento de Derecho Sexto, a las penas de dos años de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa de 10.000 euros con responsabilidad personal subsidiaria de dos meses en caso de impago, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete años.

Se le condena al pago de cuatro veintiunaavas partes de las costas. C) Ramón , como penalmente responsable en concepto de autor material y directo de los siguientes delitos, con la concurrencia en todos ellos de la circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal de dilación indebida, a las siguientes penas:

Como autor de un delito de revelación de secretos señalado en el Fundamento de Derecho Décimo, al pago de una multa de doce meses con una cuota diaria de diez euros y responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de un año. multa de tres meses con una cuota diaria de tres euros y responsabilidad personal subsidiaria de un día por cada dos cuotas impagadas.

Se le condena a una veintiunaava parte de las costas.

Se absuelve a Luis Antonio del delito del artículo 373 de Código Penal de provocación y proposición para cometer delito contra la salud pública.

Se absuelve a Ramón de los siguientes delitos:

- De un delito de revelación de secretos previsto en el artículo 417, 1 y 2 del Código Penal.
- De un delito de simulación de delito previsto en el artículo 457 del Código Penal .
- De un delito de cohecho previsto en el artículo 421 del Código Penal.
- De un delito de cohecho previsto en el artículo 419 del Código Penal.

Se absuelve a Pascual del delito de cohecho del artículo 423.2 del Código Penal .

Se absuelve a Benigno de los siguientes delitos:

- Delito de cohecho del artículo 421 del Código Penal .
- Delito de cohecho del artículo 419 del Código Penal .

Se declaran de oficio ocho veintiunaavas partes de las costas(sic)".

Tercero.- Notificada la resolución a las partes, se prepararon recursos de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional, así como por quebrantamiento de Forma, por **Ramón , Luis Antonio , y Benigno** , que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los correspondientes recursos.

Cuarto.- El recurso interpuesto por Ramón , se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

- 1.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del apartado

4 del artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en relación con el artículo 18, 1 y 3 de la CE , por entender vulnerado el derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones, derivado de las intervenciones telefónicas que sirven de base probatoria de la presente causa.

2.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del apartado

4 del artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder judicial en relación con el artículo 24 de la Constitución Española , por entender vulnerado el derecho a la presunción de inocencia.

3.- El presente motivo fue objeto de preparación al amparo del número 1 artículo 849 del LECrim , como consecuencia de la infracción de tres preceptos del Código Penal que pasan a ser desglosados de forma individualizada:

4.- Por error en la apreciación de la prueba, al amparo del apartado

2 del artículo 849 de la LECrim , por error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obra Autos que demuestran la equivocación del Juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios, respecto a los cuatro delitos por los que resulta condenado mi cliente.

Quinto.- El recurso interpuesto por Luis Antonio , se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

1.- PRIMERO. MOTIVOS 1º Y 2º.-.

Motivo 1º) Por quebrantamiento de forma: Art. 851.3º LECrim . (incongruencia omisiva).

Motivo 2º) Por infracción de precepto constitucional: Art. 852 LECrim . Art. 24.2 CE y 11.1 LOP]

SEGUNDO.- MOTIVOS 3º Y 4º

Motivo 3º) Por infracción de precepto constitucional: Art. 852 LECrim . Art. 5.4 LOE], Art. 24.2 CE (presunción de inocencia), en relación con la condena por delito de cohecho, art. 419 anterior a ref . LO 5/2011 (Fundamento Sexto Sentencia)

Motivo 4º) Por infracción de Ley: Art. 849.1º LECrim ., en relación con art. 419 CP (Fundamento Sexto Sentencia).

TERCERO.- MOTIVOS 5º, 6º Y 7º.

Por coherencia expositiva y refiriéndose todos ellos a la condena de mi defendido por delito de tráfico de drogas (art. 368 CP) deberán estudiarse de manera acumulada y sucesiva.

Motivo 5º) . Por quebrantamiento de forma.: Art. 851.1º. LECrim . Constatación como hecho probado de concepto que por su carácter jurídico implica predeterminación del fallo, con referencia a la expresión "facilitando así la ejecución de los actos de venta de droga" (Hecho Probado Segundo), en relación con el delito objeto de condena contra la salud pública (art. 368 CP).

Motivo 6º). Por infracción de precepto constitucional: Art. 852 LECrim . Art. 5.4 LOP3 , Art. 24.2 CE (presunción de inocencia y principio acusatorio -derecho a conocer la acusación-), en relación con condena por delito contra la salud pública, art. 368 CP

Motivo 7º). Por infracción de Ley: Art. 849.1º LECrim ., en relación con art. 368 CP .

CUARTO.- MOTIVOS 8º, 9º y 10º

Motivo 8º) Por infracción de precepto constitucional: Art. 852 LECrim . Art. 5.4 LOP3 , Art. 24.2 CE (presunción de inocencia), en relación con la condena por delito de cohecho, art. 419 (Fundamento Quinto Sentencia)

Motivo 9º) Por infracción de Ley: Art. 849.2a LECrim , (error en la apreciación de la prueba), designándose de conformidad con lo dispuesto en el art. 855 pfo 2º LECrim , en relación con el documento obrante a los folios 1142-1154 de la causa, (Certificado Caja de Ávila con extracto bancario cuenta titular Luis Antonio)..

Motivo 10º) Por infracción de Ley: Art. 849.1º LECrim ., en relación con art. 419 CP (Fundamento Quinto Sentencia).

QUINTO.- MOTIVOS 11º y 12º
Motivo 11º) Por infracción de precepto constitucional: Art. 852 LECrim . Art. 5.4 LOP], Art. 24.2 CE (presunción de inocencia), en relación con la condena por delito de omisión de perseguir delitos, art. 408 CP (Fundamento Quinto Sentencia)

Motivo 12º) Por infracción de Ley: Art. 849.1º LECrim ., en relación con art. 408 CP .

SEXO.- MOTIVOS 13ºy 14º.

Motivo 13º), Por infracción de precepto constitucional: Art. 852 LECrim . Art. 5.4 LOP], Art. 24.2 CE , (derecho a un proceso sin dilaciones indebidas), en cuanto a la aplicación de la circunstancia atenuante art. 21.6a CP en relación con art. 66.1.2a CP

Motivo 14º) Por infracción de Ley: Art. 849.10 LECrim ., en relación con circunstancia atenuante art. 21.6a CP y su aplicación , 61.1.2a CP , en referencia a las dos condenas por los delitos de cohecho Fundamentos Quinto y Sexto de la Sentencia.

Se tratan de manera conjunta por sistemática en la exposición.

Sexto.- El recurso interpuesto por Benigno , se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

1.- MOTIVO PRIMERO.- POR INFRACCIÓN DEPRECEPTO CONSTITUCIONAL.-

Al amparo de lo dispuesto en el artículo 852 de la Ley de

Enjuiciamiento Criminal, en relación con el artículo 18. 1 º y 3º de la Constitución , por vulneración de los derechos constitucionales a la intimidad personal y al secreto de las comunicaciones.

Se renuncia a la formulación de este motivo de casación, por no constituir la injerencia telefónica realizada al Policía Nacional Benigno , ni el contenido de las escuchas telefónicas, prueba de cargo de la comisión del delito de prevaricación por el que ha sido condenado.

2.- MOTIVO SEGUNDO.- VULNERACIÓN DEPRECEPTO CONSTITUCIONAL.-

Se formula al amparo de los artículos 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 5.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial , en relación con el artículo 24.1º.2º de la Constitución , por infracción del principio constitucional de presunción de inocencia.

3.- MOTIVO TERCERO.- INFRACCIÓN DE LEY.-

Se ampara en el número primero del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por infracción de ley, por aplicación indebida del artículo 404 del Código Penal .

4.- CUARTO MOTIVO.- INFRACCIÓN DE LEY.-

Al amparo del número dos del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por existir error en la apreciación de las pruebas, basado en documentos que obran en autos, que demuestran la equivocación del Juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

Sétimo.- Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos, por parte del mismo solicitan la inadmisión de los recursos de casación interpuestos, o subsidiariamente su desestimación, con excepción del motivo decimosegundo de Luis Antonio , que lo apoya, por las razones vertidas en el escrito que obra unido a los presentes autos; quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Octavo.- Hecho el señalamiento para Fallo, se celebró el mismo prevenido para el día dieciocho de Noviembre de dos mil quince.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Audiencia Provincial condenó en la sentencia de instancia aquí recurrida en casación a Luis Antonio como autor de un delito contra la salud pública por tráfico de drogas que causan grave daño a la salud; como autor de dos delitos de cohecho y como autor de un delito de omisión del deber de perseguir delitos. A Ramón como autor de un delito de revelación de secretos, de un delito de encubrimiento, de un segundo delito de revelación de secretos y de un delito de prevaricación. Y a Benigno como autor de un delito de prevaricación. Contra la sentencia interponen de forma independiente recursos de casación.

Recurso interpuesto por Luis Antonio

En los motivos primero y segundo, que desarrolla conjuntamente, denuncia quebrantamiento de forma por incongruencia omisiva, pues entiende que no se ha dado respuesta a una de las cuestiones previas planteadas, relacionada con las irregularidades en la obtención de pruebas de cargo por los agentes de la autoridad, su actuación como agente provocador o manipulador, quebranto de garantías constitucionales y nulidad de todas esas pruebas y las que de ellas se deriven, en relación con los delitos contra la salud pública

y cohecho respecto de los hechos vinculados al coimputado Pascual . Ahora no solo se queja de la omisión de respuesta, sino también de la vulneración del derecho fundamental, denunciando que, en cuanto al fondo, la obtención de las pruebas de cargo a partir del citado coimputado y su pareja Estrella , están viciadas por la actuación policial. Argumenta que se ocultó al Juez el conocimiento claro y preciso del origen de los datos incriminadores, excediéndose la labor policial manipulando y dirigiendo la actuación de los denunciados, reuniéndose con ellos el policía judicial nº NUM003 , el cual, dice, se constituye en agente provocador. Se refiere al inicio de las diligencias de investigación, en la que, dice, se oculta al juez el origen de la noticia del delito, refiriéndose solamente a informadores y compañeros del sospechoso. La nota informativa sobre la reunión entre el mencionado policía judicial y el coimputado Pascual no se une a la causa hasta seis meses más tarde. Señala que se han mantenido reuniones y conversaciones con los denunciados al margen de cualquier control judicial. Analiza las transcripciones de varias conversaciones en las que interviene Pascual y obtiene sus propias conclusiones. Luego de una extensa argumentación, finaliza afirmando que existe base para considerar que la actuación desarrollada durante la instrucción por parte de la policía con los denunciados Pascual y su esposa contaminó las pruebas de cargo obtenidas a partir de la puesta en conocimiento de los hechos y del mismo modo la que se obtiene de las intervenciones telefónicas, no existiendo limpieza en la obtención de las pruebas y sí una actuación anormal de la policía con un contacto excesivamente cercano y contaminante con la fuente de los indicios.

1. La primera cuestión a la que se refiere el recurrente es la ausencia de respuesta a una cuestión oportunamente planteada, que infringiría el derecho a la tutela judicial efectiva. Efectivamente, este derecho contiene el de obtener una resolución fundada en derecho a las cuestiones planteadas debidamente al Tribunal. El Tribunal Constitucional ha señalado que este derecho " *incluye el de obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada que se ajuste al núcleo de las pretensiones deducidas por las partes, de modo que si la resolución que pone término al proceso guarda silencio o deja imprejuizada alguna de las cuestiones que constituyen el centro del debate procesal se produce una falta de respuesta o incongruencia omisiva contraria al mencionado derecho fundamental* ", (STC 67/2001, de 17 de marzo).

Esta Sala ha seguido la misma línea y ha precisado que es necesario que la omisión padecida venga referida a temas de carácter jurídico suscitados por las partes oportunamente en sus escritos de conclusiones definitivas y no a meras cuestiones fácticas, lo que a su vez debe matizarse en dos sentidos: A) que la omisión se refiera a pedimentos, peticiones o pretensiones jurídicas y no a cada una de las distintas alegaciones individuales o razonamientos concretos en que aquéllos se sustentan, porque sobre cada uno de éstos no se exige una contestación judicial explícita y pormenorizada siendo suficiente una respuesta global genérica (según los términos de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de abril de 1996); B) que dicha vulneración no es apreciable cuando el silencio judicial pueda razonablemente interpretarse como una desestimación implícita o tácita, constitucionalmente admitida (SSTC núms. 169/1994 ; 91/1995 ; y 143/1995), lo que sucede cuando la resolución dictada en la instancia sea incompatible con la cuestión propuesta por la parte, es decir, cuando del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución judicial puede razonablemente deducirse no sólo que el órgano judicial ha valorado la pretensión deducida, sino además los motivos fundamentadores de la respuesta tácita (STC 263/1993 ; y SSTS de 9 de junio y 1 de julio de 1997).

Se exige, además, que, aun existiendo el defecto, éste no pueda ser subsanado por la casación a través de la resolución de otros planteamientos de fondo aducidos en el recurso. En estos últimos casos, esta Sala ha procedido a dar respuesta razonada a la pretensión no resuelta por el Tribunal de instancia. En atención al derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas " *cuando exista en el recurso un motivo de fondo que permita subsanar la omisión denunciada, analizando razonadamente y resolviendo motivadamente la cuestión planteada, se ofrece a esta Sala la oportunidad de examinar la cuestión de fondo cuyo tratamiento ha sido omitido, satisfaciendo a su vez el derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso sin dilaciones indebidas, evitando las que se producirían si la causa hubiese de volver al Tribunal de instancia y posteriormente, de nuevo, a este Tribunal de casación* ", (STS nº 1095/99, de 5 de julio de 1999).

En cualquier caso, han de tenerse en cuenta las previsiones contenidas sobre este particular en los artículos 267.5 de la LOPJ y 161 de la LECrim , que contemplan expresamente un remedio para resolver la ausencia de pronunciamiento respecto de pretensiones de las partes que hayan sido oportunamente planteadas y sustanciadas, con carácter previo al recurso que corresponda.

2. Plantea en segundo lugar la nulidad de las pruebas obtenidas en la fase de instrucción, que estaría causada por lo que considera una actuación policial inadecuada, vulneradora de derechos fundamentales, en

tanto que se ocultó al Juez el origen exacto de la noticia del delito y se presionó a Pascual y su esposa, que eran los denunciantes.

3. En cuanto a la primera cuestión, la Audiencia valora las pruebas que el recurrente considera nulas, por lo que implícitamente está rechazando su pretensión de nulidad. Pero, en cualquier caso, aun cuando se entendiera que la sentencia omite una respuesta adecuada a la cuestión propuesta, el recurrente debió acudir a las previsiones contenidas en los artículos 267.5 de la LOPJ y 161 de la LECrim, que se orientan precisamente a tratar de evitar la interposición, tramitación y resolución de un recurso cuando pueda subsanarse la omisión a través de esa vía. Y además, plantea la cuestión de fondo como contenido de su motivo de casación, por lo que es posible dar una respuesta ya en esta sede, evitando el retraso que provocaría retrotraer las actuaciones al momento de dictar sentencia.

Y, en ese sentido, ha de señalarse, en primer lugar, que lo que el recurrente plantea tiene su base en unos hechos cuya existencia ha podido alegar y respecto de los cuales ha podido proponer y practicar prueba, como se desprende del propio motivo, por lo que no se aprecia indefensión, y que, sin embargo, el Tribunal no ha considerado debidamente acreditados. Es decir, se trata de una cuestión de hecho ya resuelta en la instancia tras la valoración de las pruebas personales.

Y, además, y sobre todo, ha de tenerse en cuenta que aquello a lo que hubiera podido afectar la actuación policial que el recurrente denuncia, queda limitado a las declaraciones prestadas en la fase de instrucción por Pascual y su esposa Estrella, especialmente el primero, sin que afecte necesariamente a su declaración en el plenario. Como es sabido, las pruebas que deben ser valoradas son las practicadas en el juicio oral, y, en el caso, el citado Pascual prestó declaración y fue interrogado en el plenario en presencia del Tribunal, al igual que su esposa Estrella, de manera que el contenido de su declaración, su credibilidad y las razones que pudieran tener para declarar en uno u otro sentido, pudieron ser valoradas por el Tribunal de instancia tras la percepción directa de estas pruebas y de las demás practicadas, entre ellas las relativas a los hechos imputados al recurrente en relación con el coimputado Fulgencio.

Por otro lado, como hemos reiterado, el control sobre la valoración de las pruebas se verifica sobre su racionalidad, sin que de lugar a una nueva valoración por esta Sala de pruebas cuya práctica no ha presenciado.

En consecuencia, no se desprende de las alegaciones contenidas en el motivo que las declaraciones realizadas en el plenario por el coimputado Pascual y por su esposa, que son las que el Tribunal ha valorado como prueba de cargo, estuvieran determinadas en medida alguna por la presión o la actuación policial que el recurrente denuncia, por lo que nada impedía su valoración como elementos incriminatorios.

En consecuencia, el motivo se desestima.

SEGUNDO.- En los motivos tercero y cuarto, que también desarrolla conjuntamente, alega vulneración del derecho a la presunción de inocencia en relación con la condena por delito de cohecho respecto de los hechos relacionados con el coacusado Pascual, e infracción de ley del artículo 849.1º de la LECrim en relación con el artículo 419 del Código Penal. En cuanto al primer aspecto, señalando que el Tribunal valora las declaraciones de aquel y las conversaciones telefónicas intervenidas entre él y su esposa Estrella, menciona el control sobre la prueba indiciaria, insistiendo en la alta posibilidad de que las declaraciones del coimputado estuvieran manipuladas en contra del recurrente por la intromisión de la policía y en la posibilidad de que al hablar por teléfono con su esposa supieran que los teléfonos estuvieran intervenidos, pues declaró en el plenario que los teléfonos en prisión siempre están intervenidos. Entiende que la prueba no puede considerarse suficiente pues, además, Pascual mintió al negar conversaciones con el policía Leopoldo y Estrella se negó a responder al letrado del recurrente. Sostiene que su versión alternativa, en el sentido de que Pascual le ofreció dinero a cambio de protección y él lo rechazó, es suficientemente razonable, para lo cual analiza y valora las declaraciones efectuadas en la fase de instrucción por el coimputado.

1. El derecho a la presunción de inocencia reconocido en el artículo 24 CE implica que toda persona acusada de un delito o falta debe ser considerada inocente hasta que se demuestre su culpabilidad con arreglo a la Ley (artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos ; artículo 6.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), lo cual supone que se haya desarrollado una actividad probatoria de cargo con arreglo a las previsiones constitucionales y legales, y por lo tanto válida, cuyo contenido incriminatorio, racionalmente valorado de acuerdo con las reglas de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicos, sea suficiente para desvirtuar aquella presunción inicial, en cuanto que permita al Tribunal alcanzar una certeza objetiva sobre la realidad de los hechos ocurridos y la participación

del acusado, de manera que con base en la misma pueda declararlos probados. El control casacional se orienta a verificar estos extremos, validez y suficiencia de la prueba y racionalidad en su valoración, sin que suponga una nueva valoración del material probatorio, sustituyendo la realizada por el tribunal de instancia por otra efectuada por un Tribunal que no ha presenciado la prueba.

No se trata, por lo tanto, de comparar la valoración probatoria efectuada por el Tribunal y la que sostiene la parte que recurre, sino de comprobar la racionalidad de aquella y la regularidad de la prueba utilizada. Y de otro lado, salvo que se aprecie la existencia de un razonamiento arbitrario o manifiestamente erróneo, no es posible prescindir de la valoración de pruebas personales efectuada por el Tribunal que ha presenciado directamente la práctica de las mismas.

2. En algunas sentencias de esta Sala se hace referencia a la vulneración de la presunción de inocencia cuando pueda afirmarse la existencia de una versión alternativa razonable. Dicho con otras palabras, si cabe una alternativa fáctica razonable, la elegida por el Tribunal no suprimiría la duda de la misma clase. En términos de esas sentencias, si la hipótesis alternativa a la imputación es razonable, las objeciones a la afirmación acusadora lo son también. Y entonces falta la certeza objetiva (STS nº 219/2014, de 12 de marzo). Sin embargo, estas consideraciones no deben entenderse en el sentido de que sea exigible que la versión sostenida por el Tribunal como ocurrencia fáctica sea la única posible, de manera que haya que excluir absolutamente cualquier otra posibilidad diferente, propuesta o no por la defensa, que en abstracto pudiera considerarse razonable. A lo que se hace referencia es a la necesidad de alcanzar una certeza objetiva, de forma que la valoración de la prueba disponible, expresada en la sentencia, pueda ser aceptada por la generalidad como valoración razonable, en cuanto ajustada a las reglas de la lógica, a las máximas de experiencia y a los conocimientos científicos. Constatación que llevaría a que, en contraste con ella, la generalidad rechazaría la razonabilidad de la alternativa propuesta por incompatible con aquella valoración.

En el caso, la prueba que el Tribunal de instancia tiene en cuenta es realmente una prueba de las denominadas directas, en tanto que viene constituida por las manifestaciones de una persona que ha conocido directamente los hechos sobre los que declara. Se trata de la declaración de un coimputado, a la que el Tribunal añade el contenido de varias conversaciones telefónicas que aquel mantiene con su esposa Estrella en las que se hace referencia a las pretensiones del recurrente. El Tribunal entiende que en esas fechas las personas que hablan no tienen conocimiento de que sus teléfonos estaban intervenidos, por lo que las valora como creíbles. El recurrente argumenta que, según declaró en el plenario, Pascual sabía que el teléfono estaba intervenido, por lo que su declaración bien pudiera ser un montaje en contra del recurrente. Sin embargo, además de que solo afirmó que lo podía suponer cuando declara, y que solo es una manifestación de carácter muy general, se trata solo de una posibilidad y no de una certeza, como se desprende de que, en otras conversaciones, algunas citadas por el propio recurrente, se vierten incluso amenazas contra otras personas, lo que no tiene mucho sentido si se sabe que su conversación está siendo intervenida.

De otro lado, se desprende de la sentencia impugnada aunque no se dice expresamente, esta forma de operar coincide con la desarrollada en relación con el otro coimputado Fulgencio , descrita en los hechos probados.

Por lo tanto, el Tribunal ha dispuesto de prueba de cargo constituida por la declaración de un coimputado corroborada por el contenido de las escuchas telefónicas, por lo que no se ha vulnerado la presunción de inocencia.

3. Inalterados los hechos que el Tribunal ha declarado probados, de los mismos resulta una conducta que, sin dificultad alguna es subsumible en el delito de cohecho previsto en el artículo 419 del Código Penal , en la redacción anterior a la reforma operada por la LO 5/2010. Alega el recurrente que no se describe con claridad la conducta con la que se permitía o facilitaba la actividad delictiva, y que es posible realizar conductas favorecedoras del tráfico que no constituyan delito. El delito de cohecho se consuma con la solicitud del funcionario o la aceptación por parte de éste de ofrecimiento o promesa para realizar en el ejercicio de su cargo una acción u omisión constitutivas de delito. Por lo tanto, no es preciso que se ejecute precisamente esa acción u omisión.

En el caso, el recurrente se comprometía a hacer lo posible por facilitar al particular, Pascual , la ejecución de actos de tráfico de drogas, a lo que venía dedicándose. En los hechos probados se declara como tal que en una ocasión el recurrente le pidió a Pascual que trajese un kilo de droga para vendérsela luego a Fulgencio , y que la cantidad que le pagara al recurrente venía del tráfico de drogas, conclusión lógica ante la inexistencia de otras fuentes de obtención de dinero por parte de Pascual .

El hecho de que, en el momento del acuerdo, aun no fuera posible precisar en qué consistiría la acción u omisión del recurrente no impide valorar como constitutivo de delito cualquier acto que tendiera a facilitar el tráfico de drogas que fuera a realizar el particular. Es claro que entre esos actos se incluía omitir el cumplimiento de sus obligaciones como agente de policía respecto a la denuncia del tráfico de drogas, lo cual también resultaría delictivo. Como se ha dicho, no es preciso para la consumación del delito de cohecho que tales actos llegaran efectivamente a ejecutarse.

El recurrente se queja de la individualización de la pena de multa, dado que, según argumenta, en las distintas declaraciones de Pascual y su esposa, se manejan cifras distintas como importe de la dádiva solicitada. Sin embargo, la cantidad mínima que siempre se menciona asciende a 10.000 euros, precisamente el importe de la multa fijado en el fallo de la sentencia impugnada.

Por todo ello, ambos motivos, en sus distintas alegaciones, se desestiman.

TERCERO.- Los motivos quinto a séptimo se refieren a la condena del recurrente como autor de un delito de tráfico de drogas. En el quinto, se queja de predeterminación del fallo con referencia a la expresión "facilitando así la ejecución de los actos de venta de droga". En el sexto considera vulnerados los derechos a la presunción de inocencia y a conocer la acusación, así como infracción del principio acusatorio. Y en el séptimo, denuncia infracción del artículo 368 del Código Penal, con invocación del artículo 849.1º de la LECrim.

1. En cuanto a la predeterminación del fallo, hemos señalado que se produce cuando, prescindiendo de la narración fáctica, se sustituye la descripción de lo que se considera probado por el empleo de términos jurídicos propios de su calificación jurídico penal.

En el caso, en el apartado segundo de los hechos probados, al que se refiere el recurrente, no solo se contiene la frase que menciona, sino que además, se dice lo siguiente: "*con el fin de obtener Luis Antonio una ventaja económica a cambio de la protección policial a Fulgencio pues era conocedor de que Fulgencio se dedicaba al tráfico de drogas, facilitando así la ejecución de los actos de venta de droga, indicándole las precauciones a tomar si era intervenido por la policía, como esconderse la droga en el dobladillo del pantalón*". Se precisa, pues, que la facilitación de los actos de tráfico se realizaba a través de la protección policial, que llegó a concretarse en sugerencias acerca de las precauciones a tomar si se producía una intervención de la policía. Probablemente, si se pacta entre un traficante y un agente de policía un sistema remunerado de protección policial, no sea posible precisar desde un primer momento en qué actos concretos se va a traducir el acuerdo. Pero es evidente que alcanzará a todo aquello que, estando en la mano del agente corrupto, contribuya a que el traficante pueda desarrollar su tráfico con la mínima intervención policial.

2. En cuanto a la infracción del principio acusatorio, considera que se ha producido porque la sentencia impugnada unifica las acusaciones que el Ministerio Fiscal sostenía de forma diferenciada. La acusación distinguía entre los hechos del apartado B), que calificaba como delito del artículo

368, y las del apartado C), en relación a Pascual, que calificaba con arreglo al artículo 373 (conspiración o provocación). Se queja de que se absuelve por este último, pero se incorporan los hechos a la acusación por los hechos respecto a Fulgencio.

Del principio acusatorio, en relación con el derecho de defensa, se deriva la necesidad de que exista una acusación formulada por alguien distinto al Tribunal que juzga, y en condiciones tales que el acusado pueda defenderse de la misma.

En el caso, el recurrente conocía los hechos a los que se referían las acusaciones en los dos casos que menciona en el motivo. Pudo, pues, defenderse de ambas. El Tribunal no añade hecho alguno a los contenidos en la acusación. En realidad, considera que el delito contra la salud pública ya se ha consumado con los actos que describe en relación al coimputado Fulgencio, y que los que describe respecto de Pascual quedan incluidos en esa calificación jurídica, sin dar lugar a una nueva infracción delictiva. Lo cual no supone infracción del principio acusatorio ni del derecho a conocer la acusación. No se introduce, pues, en la sentencia ningún elemento fáctico o jurídico desfavorable al recurrente, del que, en su caso, no hubiera podido defenderse.

3. En lo que se refiere a la infracción de ley, alega que no se precisan cuáles son los actos concretos que se han ejecutado en promoción, favorecimiento o facilitación del tráfico de drogas, sin que sea suficiente con la relación personal, el conocimiento de su condición de traficante o el cobrarle por la protección. Como pretensión subsidiaria señala la apreciación solo de la proposición para delinquir del artículo 373 y la aplicación del artículo 29, relativo a la complicidad.

El Tribunal declara probado que el recurrente, a cambio de dinero, facilitaba a Fulgencio la ejecución de los actos de tráfico de drogas, indicándole las precauciones a tomar si era intervenido por la policía. Podría haber sido más explícito en los hechos probados al describir la conducta que el recurrente desarrollaba en contraprestación al dinero que recibía de Fulgencio como protección policial en relación a la actividad que aquel llevaba a cabo como traficante de drogas. Sin embargo, partiendo de lo que se declara probado, en la fundamentación jurídica se explican las razones por las que se llega a esa conclusión fáctica, y se hace referencia, FJ 4º, a la estrecha relación entre ambos, como marco de actuación, con frecuentes reuniones, a la sucesión de pagos de dinero y concretamente a una conversación telefónica en la que, tras una detención e incautación de droga, el recurrente le aconseja que en los próximos días lo lleve en otro sitio, en una costura del pantalón por ejemplo; en otra conversación, Fulgencio le comenta al recurrente que en Comisaría le quitaron el teléfono durante unos minutos, ante lo cual le indica que cambie de número y de teléfono " *porque se lo pueden pinchar y que se lo llevaron para sacarle toda la información* ". Lo cual resulta coincidente con la declaración del coimputado en el plenario, en las que manifestó que traficaba y estaba tranquilo bajo la protección de Bucanero y que si no pagaba lo detenían. De todo ello se desprende que el recurrente no se limitó a prometer protección, sino que desarrolló distintos actos tendentes a asegurar las actividades de Fulgencio en orden al tráfico de drogas.

Por todo ello, los motivos se desestiman.

CUARTO.- El recurrente desarrolla también conjuntamente los motivos ocho a diez de su recurso, todos ellos relativos a la condena por delito de cohecho en relación con el coimputado Fulgencio . El octavo alegando vulneración de la presunción de inocencia; el noveno, por error en la apreciación de la prueba designando como documento el extracto bancario de su cuenta; y el décimo por infracción del artículo 419 del C. Penal . Argumenta que en relación a las cantidades de dinero que aparecen ingresadas en su cuenta los indicios resultan insuficientes, cabiendo posibilidades alternativas no delictivas, pues los ingresos pueden provenir de sus propias retribuciones o tener otro origen. Del extracto bancario deduce error al afirmar la relación de los ingresos con las reuniones celebradas con el coimputado Fulgencio y con los pagos que éste le hacía por la protección policial. Y añade que no se prueba que el dinero procediera del tráfico de drogas. En cuanto a la infracción de ley, entiende que de los hechos probados no resulta que los pagos fueran para realizar una acción constitutiva de delito, sin que se precise cómo favorecería el tráfico de drogas.

1. En cuanto al primero de los motivos en el que se alega vulneración de la presunción de inocencia, el Tribunal valora la declaración del coimputado Fulgencio corroborada, entre otros aspectos por las declaraciones de los agentes que realizaron los seguimientos y vigilaron las entrevistas entre el recurrente y aquel coimputado, y por el contenido del extracto bancario del que resultan los ingresos de distintas cantidades en la cuenta del recurrente. Se trata, pues, de una prueba de las llamadas directas, corroborada por otras pruebas diferentes.

2. En cuanto al error en la apreciación de la prueba, hemos señalado reiteradamente que este motivo de casación no permite una nueva valoración de la prueba documental en su conjunto ni hace acogible otra argumentación sobre la misma que pudiera conducir a conclusiones distintas de las reflejadas en el relato fáctico de la sentencia, sino que exclusivamente autoriza la rectificación del relato de hechos probados para incluir en él un hecho que el Tribunal omitió erróneamente declarar probado, cuando su existencia resulte incuestionablemente del particular del documento designado, o bien para excluir de dicho relato un hecho que el Tribunal declaró probado erróneamente, ya que su inexistencia resulta de la misma forma incuestionable del particular del documento que el recurrente designa.

Como indica la STS núm. 356/2015, de 10 de junio , no se trata de que los documentos a los que se alude pudieran dar pié, ocasionalmente, a unas conclusiones probatorias distintas de las alcanzadas por el Tribunal de instancia, sino que, en realidad, se produzca una contradicción insalvable entre el contenido de aquellos, de carácter fehaciente e inevitable, y las afirmaciones fácticas a las que llega la Sentencia recurrida, de modo tal que se haga evidente el error de éstas, que no pueden apoyarse en otras pruebas, de la misma fuerza acreditativa, que desvirtúen válidamente la eficacia de aquellos documentos (STS nº 491/2015, de 23 de julio).

En el caso, el extracto bancario por sí mismo no demuestra error alguno en el que haya podido incurrir el Tribunal al establecer los hechos probados, pues su contenido se limita a la constatación de determinados ingresos en metálico en la cuenta corriente, sin que pueda acreditar el origen del dinero. Esas anotaciones resultan significativas en relación con la declaración del coimputado Fulgencio y con las reuniones entre ambos, en algunos casos el día anterior al ingreso, acreditadas por la testifical de los agentes que realizaban el seguimiento y la vigilancia. En los casos a los que concretamente se refiere el recurrente en el motivo,

la reunión tuvo lugar el día antes del que se hace constar en el ingreso, lo que resulta coincidente con la declaración del coimputado.

3. Y, finalmente, en cuanto a la infracción de ley, hemos de reiterar lo ya dicho más arriba, FJ 2º y 3º. Efectivamente, el delito de cohecho del artículo 419 del C. Penal en la redacción anterior a la reforma operada por la LO 5/2010, se consume con la solicitud del funcionario o la aceptación por éste del ofrecimiento o promesa del particular por realizar un acto en el ejercicio de su cargo que sea constitutivo de delito. Omitir la persecución de un delito es ya en sí mismo una conducta delictiva, sin perjuicio de que, según el caso, pueda no apreciarse la existencia de culpabilidad por no exigibilidad de otra conducta, cuando se haya procedido a la ejecución de conductas que, por ejemplo, sean constitutivas de un delito de tráfico de drogas, en la medida en que la persecución de la actividad delictiva que sería procedente supondría en realidad una autodenuncia, no exigible como tal.

En consecuencia, todos los motivos se desestiman.

QUINTO.- En el quinto motivo, se desarrollan conjuntamente los motivos undécimo y duodécimo. En el primero se denuncia la vulneración de la presunción de inocencia respecto del delito de omitir la persecución de delitos y en el segundo, infracción del artículo 408 del Código Penal. En cuanto al primero señala que deberían haberse probado los hechos concretos que se dejan de perseguir, y de los hechos no resulta ninguna conducta delictiva que el recurrente haya dejado de perseguir. Respecto de la segunda cuestión, señala que no era exigible la persecución cuando se le condena por otros delitos como el cohecho y el tráfico de drogas, citando en apoyo de su tesis la STS nº 1699/2001, de 1 de octubre.

1. En lo que se refiere a la vulneración de la presunción de inocencia, de la sentencia resulta con claridad que el recurrente sabía que Fulgencio se dedicaba al pequeño tráfico de drogas y que, a pesar de ese conocimiento y del carácter evidentemente delictivo de la actividad, no realizó acto alguno tendente a su persecución. Antes al contrario, le cobraba distintas cantidades precisamente para no proceder a dicha persecución, a la que venía obligado en tanto que agente de policía.

2. En cuanto a la segunda cuestión, el motivo ha sido apoyado por el Ministerio Fiscal y debe ser estimado. La conducta cumple las exigencias del tipo objetivo y del tipo subjetivo, pero también es apreciable una situación en la que no es exigible al autor otra conducta diferente, lo que determina la ausencia de culpabilidad. Efectivamente, como ya hemos dicho más arriba, en el relato fáctico se parte del acuerdo del recurrente con el coimputado Fulgencio para otorgarle protección policial en orden a no perseguir su actividad de tráfico de drogas e incluso actuar de forma concreta facilitándola o favoreciéndola, interviniendo cuando es detenido con droga, aconsejándolo sobre lo que debe hacer para debilitar o evitar la acción policial. En desarrollo de ese acuerdo, no solo omite cualquier acto de persecución a la que venía obligado, sino que llega a realizar conductas concretas de facilitación o favorecimiento del tráfico ilegal de drogas en orden a evitar la efectividad de la acción policial. En esas circunstancias la ejecución efectiva de actuaciones policiales en contra del coimputado persiguiendo su actividad de traficante supondría una autodenuncia, y por lo tanto, no resulta exigible desde el punto de vista jurídico-penal. En este sentido, en la STS nº 17/2005, de 3 de febrero, en un caso en el que el sujeto era condenado por el delito cuya persecución había omitido, se decía que "*la persecución del delito hubiera supuesto una manifiesta autoacusación a la que nadie está obligado, por imperativo del art. 24.2 C.E. que consagra el derecho fundamental a no declarar contra sí mismo y que la Jurisprudencia ha considerado así en STS de 1 de octubre de 2.001*".

En ese sentido, el motivo se estima. Y en segunda sentencia se acordará la absolución por el delito del artículo 408 del Código Penal.

SEXTO.- En el sexto motivo desarrolla al mismo tiempo los motivos decimotercero y decimocuarto, en los que se queja de la inaplicación de la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada, *tal como pidió el Ministerio Fiscal y solicitaron las defensas* (sic). Considera que el retraso se debe a la actuación del Juzgado de instrucción, que considera anormal, señalando como ejemplo una providencia de fecha

18 de febrero de 2013, en la que se acuerda dar trámite o impulso a un escrito en el que se solicitaban diligencias el 11 de mayo de 2010 o la personación de la defensa el 8 de setiembre de ese año, sin que entienda que resulta explicable por causa del secreto de las actuaciones, que se levantó en enero de ese año. De otro lado, sugiere que para reducir la pena por la atenuante se aprecie también la analógica.

1. En la regulación expresa que de las dilaciones indebidas como causa de atenuación aparece en el artículo 21.6ª del Código Penal tras la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, se exige para su aplicación con efectos de atenuante simple que se trate de una dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del

procedimiento, lo que excluye los retrasos que no merezcan estas calificaciones; y, además, que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa. A estos efectos, ha de tenerse en cuenta que la tramitación de una causa penal no consiste en la sucesión ininterrumpida de trámites procesales yuxtapuestos de manera que cada uno venga seguido de forma inmediata por el siguiente. Por el contrario, ordinariamente, y en función de la complejidad de los hechos investigados, el desarrollo correcto de la tramitación requiere de la dedicación de tiempo de reflexión y estudio antes de la toma de decisiones, así como de las gestiones necesarias para hacerlas efectivas.

Su apreciación como muy cualificada requerirá de una paralización que pueda ser considerada superior a la extraordinaria, o bien que ésta, dadas las concretas circunstancias del penado y de la causa, pueda acreditarse que ha ocasionado un perjuicio muy superior al ordinariamente atribuible a la dilación extraordinaria necesaria para la atenuante simple. En este sentido, (STS nº 981/2009, de 17 de octubre) deben valorarse como muy cualificadas aquellas circunstancias atenuantes que alcanzan una intensidad superior a la normal de la respectiva circunstancia, teniendo en cuenta las condiciones del culpable, antecedentes del hecho y cuantos elementos o datos puedan detectarse y ser reveladores del merecimiento de pena asociado a la conducta del inculpado. En la misma línea argumentativa, la STS nº 692/2012, de 25 de setiembre .

2. En el caso, el Ministerio Fiscal no lo solicitó en sus conclusiones, aunque mencionó la posibilidad en su informe.

Por otro lado, no constan aquellas circunstancias excepcionales. Del motivo no se desprende que el retraso que el recurrente aprecia se deba a paralizaciones que hayan determinado una dilación en la tramitación que pueda considerarse superior a la que merecería la calificación de extraordinaria, mientras que la complejidad de la tramitación de la causa, reflejada en los razonamientos contenidos en el FJ 16º de la sentencia, explica la inversión de un tiempo superior al que correspondería a causas con gestión menos compleja.

En cuanto a la apreciación de la atenuante analógica, el recurrente no precisa la referencia respecto a la que valorar la analogía, y de la sentencia no se desprende ningún dato que permita considerar esa posibilidad en relación con cualquiera otra de las atenuantes contenidas en el artículo 21 del Código Penal .

En consecuencia, el motivo se desestima.

Recurso interpuesto por Ramón

SEPTIMO.- En la sentencia de instancia fue condenado, como autor de un delito de revelación de secretos a la pena de multa de doce meses con cuota diaria de diez euros; como autor de un delito de encubrimiento a la pena de seis meses de multa con cuota diaria de diez euros; como autor de otro delito de revelación de secretos a la pena de multa de doce meses con cuota diaria de diez euros; y como autor de un delito de prevaricación a la pena de inhabilitación para empleo o cargo público por siete años. Contra la sentencia interpone recurso de casación. En el primer motivo denuncia la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas. Sostiene sustancialmente que la intervención de las mismas se ha acordado sin que existieran indicios suficientes de la posible comisión de un delito grave. Añade que las grabaciones no fueron puestas a disposición judicial hasta abril de 2013 cuando se iniciaron en junio de 2009, lo que supone ausencia de control judicial. Argumenta que el origen de esas intervenciones está en conversaciones intervenidas en otras diligencias en las que ninguno de los aquí acusados figuraba como imputado, por lo que la interceptación de sus conversaciones no estaba autorizada judicialmente.

1. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de esta Sala ha señalado reiteradamente que para que pueda considerarse ajustada a la Constitución la restricción del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas es preciso que consten los indicios que el órgano jurisdiccional ha tenido en cuenta como apoyo para considerar razonable y fundada la sospecha acerca de la comisión de un delito y de la participación en él del sospechoso. En este sentido, no es necesario que se alcance el nivel de los indicios racionales de criminalidad, propios de la adopción del procesamiento. Es de tener en cuenta, como recuerda la STS de 25 de octubre de 2002 , que en el momento inicial del procedimiento en el que ordinariamente se acuerda la intervención telefónica no resulta exigible una justificación fáctica exhaustiva, pues se trata de una medida adoptada, precisamente, para profundizar en una investigación no acabada (STS 1240/1998, de 27 noviembre , y STS 1018/1999, de 30 setiembre), por lo que únicamente pueden conocerse unos iniciales elementos indiciarios. Pero sin duda han de ser superadas las meras hipótesis subjetivas o la simple plasmación de conjeturas o suposiciones sobre la existencia de un delito o sobre la intervención en él de una determinada persona, pues en ese caso la invasión de la esfera de intimidad protegida por un derecho

fundamental dependería exclusivamente de la voluntad del investigador, sin exigencia de justificación objetiva de ninguna clase, lo que no es tolerable en un sistema de derechos y libertades efectivos.

Tales indicios, despojados de la retórica que en algún caso pueda acompañar su presentación, han de ser entendidos, pues, como datos objetivos, que por su naturaleza han de ser susceptibles de verificación posterior, que permitan concebir sospechas que puedan considerarse razonablemente fundadas acerca de la existencia misma del hecho que se pretende investigar, y de la relación que tiene con el mismo la persona que va a resultar directamente afectada por la medida. Han de ser objetivos "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 se va a cometer el delito sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona" (STC 184/2003, de 23 de octubre). Y su contenido ha de ser de tal naturaleza que "permitan suponer que alguien intenta cometer, está cometiendo o ha cometido una infracción grave o en buenas razones o fuertes presunciones de que las infracciones están a punto de cometerse (Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6 de septiembre de 1978 -caso Klass - y de 15 de junio de 1992 -caso Ludí -) o, en los términos en los que se expresa el actual art. 579 LECrim , en

«indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa» (art. 579.1 LECrim) o «indicios de responsabilidad criminal» (art. 579.3 LECrim) (SSTC 49/1999, de 5 de abril, F. 8 ; 166/1999, de 27 de septiembre , F. 8 ; 171/1999, de 27 de septiembre, F. 8 ; 299/2000, de 11 de diciembre, F. 4 ; 14/2001, de 29 de enero, F. 5 ; 138/2001, de 18 de junio, F. 3 ; 202/2001, de 15 de octubre , F. 4)". (STC 167/2002, de 18 de setiembre). Y han de ser suficientemente sugestivos de la existencia de un delito, y de la participación en él del sospechoso, en una valoración objetiva de los mismos en su conjunto.

En cuanto control judicial, especialmente en relación con las decisiones en las que se acuerda la prórroga de la medida, es preciso que el Juez conozca el estado de la investigación, como paso previo a autorizar el mantenimiento de la invasión del derecho fundamental afectado. Solo ese conocimiento le permitirá efectuar nuevamente el juicio de proporcionalidad previamente a su decisión. Pero eso no significa que sea exigible rígidamente y en todo caso que haya procedido con anterioridad a la audición de todas las cintas relativas a las conversaciones ya grabadas, bastando con que la Policía que solicita la ampliación o mantenimiento de la medida, le aporte datos suficientes acerca de lo que la investigación va permitiendo conocer, de modo que su decisión pueda ser suficientemente fundada en atención a tales datos. Así lo entendió el Tribunal Constitucional en la STC nº 82/2002, de 22 de abril , en la que expresamente se afirmó que no era necesaria la entrega de las cintas al Juez de instrucción con carácter previo a acordar la prórroga de la medida de intervención, " *pues el Juez puede tener puntual información de los resultados de la intervención telefónica a través de los informes de quien la lleva a cabo* ". También esta Sala ha seguido el mismo criterio en la STS nº 1729/2000, de 6 de noviembre , entre otras muchas.

Por otro lado, el silencio de la legislación española respecto de los posibles delitos a investigar mediante la restricción del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas, frente a otras legislaciones que establecen un catálogo de delitos para cuya investigación está previsto este medio excepcional, ha llevado a la jurisprudencia a entender que es exigible que se trate de hechos delictivos graves, entre los que, desde luego, deben incluirse aquellos en los que intervienen formas de delincuencia organizada. Sin embargo, también se ha señalado que para valorar la gravedad no solo se debe atender a la previsión legal de una pena privativa de libertad grave, sino que también debe valorarse la trascendencia social del delito que se trata de investigar.

2. Consta en las actuaciones que las diligencias Previas con las que se inicia esta causa tienen su origen en información dirigida al Juzgado, solicitando intervenciones telefónicas, en la que se da cuenta del contenido de algunas conversaciones telefónicas intervenidas en otras diligencias judiciales, en las cuales aparecen funcionarios policiales que mantienen una relación muy estrecha con personas seriamente sospechosas de dedicarse al tráfico de drogas, y de las que se desprenden indicios de que tales agentes participan de alguna forma en tal clase de tráfico protegiendo a los sospechosos y facilitando así sus actividades delictivas, así como poniendo en su conocimiento las operaciones policiales que les pudieran afectar. A esos datos iniciales se ha añadido una investigación desarrollada por la Unidad de Asuntos Internos dirigida a identificar a los agentes cuya relación con los sospechosos de traficar con drogas resulta de aquellas escuchas, así como aspectos concretos de su relación con quienes aparecen en las otras diligencias judiciales como sospechosos de tráfico de drogas, todo lo cual se explica pormenorizadamente en el oficio policial. De estas informaciones, trasladadas al Juez de instrucción, resultan, pues, datos objetivos indicativos de la comisión de hechos delictivos por parte

de agentes de policía, que lejos de cumplir con sus funciones en relación a la acción contra la criminalidad, mantienen estrechas relaciones con los sospechosos hasta el punto de facilitarles sus actividades.

En cuanto a la existencia de control judicial, aunque el total de las grabaciones no se entregó hasta transcurrido un extenso lapso de tiempo, no puede deducirse de ello que el Juez de instrucción no estuviera informado debidamente del estado y resultados de la investigación, como se desprende de las sucesivas comunicaciones realizadas por la policía al Juzgado, trasladando las transcripciones de los aspectos considerados más relevantes y exponiendo las valoraciones policiales de las mismas. La disposición final de las grabaciones permite a las partes proponer su audición en el plenario y cuestionar así el valor probatorio de las mismas, por lo que no se ha causado indefensión alguna.

Y, finalmente, en cuanto a la gravedad del delito investigado, en orden a la proporcionalidad de la medida restrictiva de un derecho fundamental de la importancia y trascendencia del relativo al secreto de las comunicaciones telefónicas, no puede negarse esa naturaleza a unos hechos que sugerían la existencia de un caso de corrupción policial.

Por lo tanto, el motivo se desestima.

OCTAVO.- En el segundo motivo denuncia vulneración del derecho a la presunción de inocencia, pues entiende que no ha existido prueba de cargo suficiente. Insiste en la vulneración constitucional denunciada en el motivo anterior para afirmar la nulidad de todas las pruebas, en tanto que derivadas de las intervenciones telefónicas. Concretamente, niega valor a las declaraciones del coimputado Pascual y alega, respecto a la declaración del testigo Ricardo, que manifestó ante la Sala que el sentido de lo declarado venía determinado por lo que quería oír su interrogador, dado que quería irse lo antes posible. Añade que no consta prueba bastante en relación con todos los elementos del delito. Así, respecto a los delitos de revelación de secretos, argumenta que, en cuanto al primero de ellos, no consta probado que, tras la consulta a las bases de datos, el recurrente comunicara con Pascual para transmitirle el resultado. Así, las conversaciones son todas anteriores al momento de la consulta. Señala igualmente que no consta probada la relevancia de la información que justificara que la misma no debiera ser divulgada; ésta se refería a que Pascual no estaba en busca y captura, por lo que no afectó en nada a la Administración de Justicia. En cuanto al delito de encubrimiento, no existe prueba, dice, de que actuara con abuso de funciones públicas, máxime cuando, al momento de la conversación aún no había realizado consulta alguna, según resulta de la fecha de la conversación y de las consultas. Por lo tanto, no podía saber si aquel estaba en busca y captura, cuando además, esa situación no existía realmente. En cuanto al segundo delito de revelación de secretos, tampoco existe prueba respecto de la relevancia de la información facilitada, por lo que no concurre el elemento del tipo. Finalmente, en cuanto a la prevaricación, argumenta que la única prueba es el testimonio de Ricardo, que en el momento de los hechos estaba borracho, no reconoció en Comisaría fotográficamente a los agentes, tampoco en el plenario, ha manifestado que dijo lo que le dijeron porque quería irse y ha cambiado su versión en sus distintas declaraciones. Por otro lado, no consta que el interlocutor de la conversación que se relaciona en la sentencia sea el testigo citado.

1. Ya hemos señalado más arriba que el control sobre la vulneración de la presunción de inocencia se concreta en comprobar si las pruebas de cargo son válidas y en verificar la racionalidad del proceso valorativo, sin que alcance a valorar nuevamente las pruebas practicadas. Esto no quiere decir que el Tribunal que resuelve el recurso no pueda rechazar la valoración realizada por el Tribunal de instancia, pero solo si puede considerarse manifiestamente errónea, absurda, caprichosa o absolutamente inconsistente.

2. En cuanto a las pruebas relativas a los hechos que constituyen la base fáctica de los delitos de revelación de secretos y de encubrimiento, el Tribunal señala en la sentencia que han sido reconocidos en el plenario por el propio recurrente, y también por las demás personas que intervienen en ellos, por lo que el Tribunal ha dispuesto de prueba de cargo. Las valoraciones a las que se refiere en el motivo acerca de otros aspectos, como la naturaleza de la información divulgada en los delitos de revelación de secretos y al abuso de funciones públicas en el de encubrimiento, son cuestiones relacionadas con aspectos jurídicos relativos a la construcción de los respectivos tipos penales, que deben ser examinadas en los motivos por infracción de ley.

3. En cuanto a la prueba de los hechos declarados probados respecto del delito de prevaricación, el Tribunal ha valorado la declaración del testigo presencial Ricardo, que es la persona a la que, según el hecho probado, identificaron los acusados, a la que registraron ocupándole un trozo de hachís. Se trata de una prueba personal que esta Sala no puede revalorar. Alega el recurrente que ha cambiado su declaración. Sin embargo, aunque en algunos matices se pueden apreciar variaciones, siempre ha señalado que tenía un trozo de hachís y que los agentes se lo quitaron. Se alega igualmente que estaba borracho en esos momentos, por lo que no puede recordar lo sucedido. Sin embargo, ese extremo pudo ser planteado en el interrogatorio

y sus respuestas pueden ser valoradas más adecuadamente por el Tribunal que las presencié. En cualquier caso, el consumo de alcohol no impide necesariamente recordar un hecho tan simple como la posesión de un trozo de hachís, la intervención policial y la incautación por los agentes de la referida sustancia.

En consecuencia, el motivo se desestima.

NOVENO.- En el tercer motivo, al amparo del artículo 849.1º de la LECrim, denuncia infracción de los artículos 417, 451 y 404 del Código Penal. Argumenta, en cuanto al artículo 417, en relación con el primero de los delitos de revelación de secretos por el que ha sido condenado, que las consultas en las bases de datos se produjeron el día 3 y el 8 de julio de 2009, a las 21:57:44 la primera y a las 22:00:16 y 22:32:03 la segunda. En las comunicaciones intervenidas se dice que el día 1 de Pascual le pide si puede mirar si está en busca y captura; que el día 2 le dice que no hay nada; que el día 3, antes de la consulta, a las 15:40:54, le vuelve a decir que no hay nada, y en ninguna de las conversaciones posteriores se vuelve a hablar del tema. Que el resultado de las consultas fue negativo, es decir, no había busca y captura. Que la no divulgación solo sería exigible si existiera orden de busca y captura, pero no en caso negativo. Para la comisión del delito es necesaria la divulgación de datos que no debieran divulgarse.

En cuanto al segundo delito de revelación de secretos, argumenta que la persona que requirió la información estaba en una situación de necesidad extrema, en cuanto que estaba siendo extorsionado por la persona a la cual se refería. La única finalidad de su actuación era corroborar la peligrosidad de esa persona, para que el amenazado o extorsionado presentara denuncia, por lo que no concurre la prohibición de divulgación.

En lo que se refiere al delito de encubrimiento, señala que no concurre abuso de funciones públicas, respecto de lo cual la sentencia nada dice; y que no puede considerarse que le ayudó a sustraerse de una busca y captura cuando en el momento en que se mantiene la conversación a la que se refiere el relato de hechos probados, como base fáctica del delito, tal busca y captura no existía.

Finalmente, en cuanto al delito de prevaricación, sostiene nuevamente que no existe prueba suficiente, dado que el único testigo, y única prueba de cargo, no resulta fiable al haber reconocido que había bebido 3 o 4 litros de cerveza y fumado algún porro y haber modificado su versión en sus tres declaraciones. Argumenta igualmente, que no puede acreditarse la existencia de una resolución por parte del recurrente y el coimputado condenado igualmente por este delito.

1. Como hemos reiterado en numerosas ocasiones, el motivo de casación por infracción de ley regulado en el artículo 849.1º de la LECrim, solamente permite verificar la correcta subsunción de los hechos que se han declarado probados, sin prescindir de ninguno de ellos y sin añadir otros diferentes.

El art 417.1 del Código Penal castiga a la autoridad o funcionario público que " *revelare secretos o informaciones de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo y que no deban ser divulgados*". El tipo exige, pues, que se trate de secretos o informaciones de los que el autor tenga conocimiento por razón de su cargo, y que además, tales secretos o informaciones no deban ser divulgados. Quedan excluidos, por lo tanto, los supuestos en los que la información trasladada a otros, aun siendo conocida por razón del cargo, no es reservada en el sentido de que es pública, bien por haber sido ya divulgada o bien porque por su propia naturaleza tiene ese carácter, de manera que cualquiera puede tener acceso a ella.

La jurisprudencia ha señalado el distinto sentido de los términos *secretos* e *informaciones*, que utiliza el precepto. De tal manera que no es necesario que los datos revelados sean secretos en un sentido estricto de la expresión, pues es suficiente con acreditar que se trata de informaciones conocidas por razón del cargo no debieran ser divulgadas. Para precisar este último extremo, en la STS nº 887/2008, de 10 de diciembre, luego de advertir que " *la necesidad de no inculpar la mera infracción de un deber estatutario del funcionario público forma parte de las exigencias inherentes a los principios informadores del derecho penal*", afirmaba esta Sala que " *para discernir, entre las distintas informaciones de las que puede disponer un funcionario público, cuáles de aquellas son merecedoras de protección penal frente a su injustificada difusión pública, resulta indispensable una ponderación de los valores en juego, en definitiva, de aquellos bienes jurídicos que podrían verse afectados o comprometidos si la información llegara a propagarse. A diferencia del secreto, cuya calificación jurídica como tal delimita con claridad el ámbito de tutela, la determinación del nivel de protección de las simples informaciones requiere un esfuerzo ponderativo que asegure la aplicación del precepto dentro de los límites que son propios del derecho penal*".

Será necesario en este sentido valorar la naturaleza de la información y las consecuencias de su divulgación o de su comunicación a terceros.

2. En la sentencia impugnada se condena al recurrente por dos hechos diferentes constitutivos de dos delitos de revelación de secretos del artículo 417 del Código Penal . En el primero, se trata de la realización de consultas en las bases de datos de la policía con la finalidad de averiguar si existía alguna orden de busca y captura relativa a la misma persona que solicita tal actuación al recurrente. De un lado, ha de tenerse en cuenta que las requisitorias, por su propia naturaleza, tal como aparecen reguladas en la LECrim, son públicas. La Ley procesal prevé su publicación, (artículo 838 de la LECrim) de forma que no pueden considerarse informaciones que no deban ser divulgadas. Cuestión distinta es la intención con la que se efectúa la consulta, que pudiera dar lugar a otras consideraciones, pero que nada añade a la determinación de si tal información debe o no ser divulgada. De otro lado, no puede dejar de valorarse que la información solamente se traslada al interesado, que, en caso de ser objeto de una requisitoria, es precisamente la persona a quien se dirige su publicación, con la finalidad de que pueda proceder a presentarse ante el órgano jurisdiccional que la acordó. En el primer caso, pues, no se trata de informaciones que no debieran ser divulgadas.

En el segundo caso, sin embargo, el recurrente procedió a realizar una consulta en relación con las informaciones que constaran en las bases de datos de la policía respecto de una tercera persona, y a comunicarlo a quien le solicitó tal actuación. Los datos obrantes en las bases de datos policiales sobre antecedentes personales constituyen una información de interés policial que por su propia naturaleza debe mantenerse dentro de ese ámbito, solo utilizable o extensible a otros en la medida en que el ejercicio de las funciones propias de la Policía lo justifique. La presentación de una denuncia contra esa persona justificaría la investigación policial acerca de sus antecedentes policiales, pero la mera petición de un tercero no justifica la divulgación de los datos de los que la Policía dispone. En el caso, no se presentó denuncia alguna, por lo que las referencias existentes en la base de datos no debieron ser divulgadas a terceros. Respecto de este delito, pues, el motivo se desestima.

3. El recurrente ha sido condenado también como autor de un delito de encubrimiento del artículo 451 del Código Penal . Aunque su queja se orienta más directamente a cuestionar la existencia de abuso de funciones públicas, es preciso examinar con anterioridad si concurren otros elementos del tipo delictivo aplicado. En este sentido, el artículo 451 exige como elementos del tipo objetivo la comisión de un delito previo; la no participación en el mismo como autor o cómplice; y una de las modalidades de conducta previstas en el precepto, entre las que se encuentra, en tercer lugar, ayudar a los responsables de un delito a eludir la investigación de la autoridad o de sus agentes o a sustraerse a su busca y captura, siempre que se trate de determinados delitos o que el sujeto haya abusado de sus funciones públicas. En cuanto al tipo subjetivo, es necesario el dolo, que consiste, de un lado, en el conocimiento que debe tener el sujeto del delito previo cometido y, de otro, que con su conducta está favoreciendo que se impida su descubrimiento.

En la sentencia impugnada se omite cualquier mención a la determinación del delito previo, y solo se hace referencia a la finalidad de eludir una supuesta busca y captura. Es claro que la existencia de una orden de busca y captura y la ayuda para sustraerse a ella es uno de los supuestos típicos contenidos en el precepto, pues a ella podría vincularse la existencia de un delito previo, aun cuando se desconocieran los detalles de esos hechos delictivos. Pero tal cosa no es posible si la orden de busca y captura es solamente supuesta, es decir, inexistente, como recoge la sentencia impugnada.

En consecuencia, no existiendo orden de busca y captura y no estando mínimamente determinada la existencia de un delito previo, cuya existencia debe conocer el autor, no puede ser apreciada la comisión de un delito de encubrimiento, por lo que en este aspecto el motivo se desestima.

4. Respecto del delito de prevaricación, en el caso se habría cometido no ya por haberse quedado los acusados con el trozo de hachís incautado a Ricardo , cuando procedieron a registrarlo en ejercicio de sus funciones policiales, al percatarse de que estaba fumando un porro en la vía pública, sino en el hecho de haber omitido dar cuenta de lo sucedido mediante el levantamiento de la correspondiente acta de incautación. Se trata, pues, de un supuesto de conducta omisiva.

El artículo 404 del Código Penal , castiga a la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo. Se trata de una figura penal que constituye un delito especial propio, en cuanto solamente puede ser cometido por los funcionarios públicos (art. 24 CP) y cuyo bien jurídico protegido no es otro que el correcto funcionamiento de la Administración pública, en cuanto debe estar dirigida a la satisfacción de los intereses generales de los ciudadanos, con pleno sometimiento a la ley y al Derecho (v. arts. 9.1 y 103 CE), de modo que se respete la exigencia constitucional de garantía de los principios de legalidad, de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE). Con la regulación y aplicación del delito de prevaricación no se pretende sustituir a la jurisdicción administrativa, en su labor de control de la legalidad de la actuación de la Administración Pública,

por la Jurisdicción Penal, sino de sancionar supuestos límite, en los que la actuación administrativa no solo es ilegal, sino además injusta y arbitraria. Ello implica, sin duda su contradicción con el derecho, que puede manifestarse, según reiterada jurisprudencia, bien porque se haya dictado sin tener la competencia legalmente exigida, bien porque no se hayan respetado las normas esenciales de procedimiento, bien porque el fondo de la misma contravenga lo dispuesto en la legislación vigente o suponga una desviación de poder -esto es la desviación teleológica en la actividad administrativa desarrollada, una intención torcida en la voluntad administrativa que el acto exterioriza, en definitiva una distorsión entre el fin para el que se reconocen las facultades administrativas por el ordenamiento jurídico y el que resulta de su ejercicio concreto, (SSTS. Sala 3ª de 20.11.2009 y 9.3.2010).

Para apreciar la comisión de un delito de prevaricación, en definitiva, será necesario: en primer lugar, una resolución dictada por *autoridad o funcionario* en asunto administrativo; en segundo lugar que sea contraria al Derecho, es decir, *ilegal* ; en tercer lugar, que esa contradicción con el derecho o ilegalidad, que puede *manifestarse* en la falta absoluta de competencia, en la omisión de trámites esenciales del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la resolución, sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable; en cuarto lugar, que ocasione un *resultado* materialmente injusto, y en quinto lugar, que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la *particular voluntad* de la autoridad o funcionario, y con el conocimiento de actuar en contra del derecho. (STS nº 228/2013, de 22 de marzo).

Dado que el tipo objetivo exige que la autoridad o funcionario dicte una resolución, se plantea la posibilidad de la prevaricación omisiva. Como recuerda la STS nº 787/2013, de 23 de octubre , " *la doctrina de esta Sala ha admitido la prevaricación omisiva en supuestos excepcionales (SSTS de 2 de julio de 1997 , 9 de junio de 1998 , 426/2000 de 18 de marzo , 647/2002, de 16 de abril , y 1382/2012 , de 17 de julio, así como acuerdo plenario de 30 de junio de 1997), concretamente en aquellos casos especiales en que era imperativo para el funcionario dictar una resolución y en los que su omisión tiene efectos equivalentes a una denegación, en la medida que la Ley 30/92 de Régimen Administrativo Común equipara en supuestos específicos los actos presuntos a las resoluciones expresas "*.

En el Pleno no jurisdiccional de esta Sala, celebrado el 30 de junio de 1997, se examinó la conducta de un Alcalde que no convocó el pleno que le había sido solicitado para decidir una moción de censura. Se tomó el Acuerdo de que tal conducta es subsumible en el tipo de prevaricación del artículo 404 del Código Penal por entender que la prevaricación recogida en ese precepto puede cometerse por omisión.

Posición que ha sido recogida en numerosas sentencias de esta Sala, entre ellas la STS nº 784/1997, de 2 de julio y la STS nº 965/1999, de 14 de junio .

Se ha argumentado igualmente que la Ley 30/92 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, reconoce efectos en determinados casos a los actos presuntos, como equivalentes a una resolución. De todos modos, no cualquier omisión de la autoridad o funcionario puede considerarse equivalente al dictado de una resolución. Parte de la doctrina ha admitido la posibilidad de prevaricación omisiva en aquellos casos en los que la autoridad o funcionario se ve impelida al dictado de una resolución, bien porque exista una petición de un ciudadano y el silencio de la autoridad o funcionario equivalga legalmente a una denegación, o bien porque haya intervenido de oficio y, tras su actuación, sea precisa una resolución, de manera que la omisión de la misma suponga un reconocimiento o denegación de derechos.

5. En el caso, el recurrente y el coacusado y condenado por el mismo delito Benigno , interceptaron en la vía pública a Ricardo que estaba fumando lo que parecía un porro o cigarrillo de hachís o marihuana. Tras identificarlo y proceder a su registro, le incautaron un pequeño trozo de hachís. Los dos acusados no levantaron la oportuna acta de incautación, quedándose con la droga.

Es cierto que si hubieran levantado la mencionada acta, no podría afirmarse que habían adoptado resolución alguna, pues dentro de sus competencias solamente se encuentra la presentación de aquella que, en realidad, supone la formulación de una denuncia por infracción administrativa, sin que esa actuación pueda identificarse con la adopción o dictado de una resolución. Pudiera haber sido posible que hubieran decidido no intervenir, con aplicación de una especie de principio de oportunidad justificado por la posibilidad de obtener mayor información sobre el tráfico ilícito de drogas. Pero una vez que la Administración ha intervenido interceptando al mencionado Ricardo , una vez que le han incautado un trozo de hachís, queda fuera de las competencias de los acusados proceder al archivo de las actuaciones, pues estaban obligados a redactar la oportuna acta de incautación de la droga, como primer paso para una eventual sanción por consumo y posesión en la vía pública.

De esta forma, la decisión de los dos acusados al no redactar la mencionada acta, es equivalente a una resolución, en el sentido de que con su decisión, procedieron de hecho al archivo de las actuaciones, para lo cual resultaban absolutamente incompetentes. Dicho de otra forma, al omitir el acta de incautación a la que estaban obligados tras su intervención, evitaban la tramitación del procedimiento y la adopción de una resolución por la autoridad que fuera competente, por lo que su actuación viene a resultar equivalente a una decisión de archivo adoptada por funcionario totalmente fuera de sus competencias.

Tampoco pueden ampararse en un mal entendido principio de oportunidad, pues la finalidad con la que archivaron de facto las actuaciones ya iniciadas era ilícita, consistente, como se declara probado, en apoderarse de la droga incautada.

Por todo ello, el motivo se desestima.

DECIMO.- En el cuarto motivo, al amparo del artículo 849.2º de la LECrim , denuncia error en la apreciación de la prueba y designa documentos en relación con cada uno de los delitos por los que ha sido condenado.

1. Dada la forma en que han sido resueltos los anteriores motivos, el planteamiento del recurrente solo mantiene su contenido en relación con el segundo de los delitos de revelación de secretos y con el delito de prevaricación.

Esta Sala ha exigido que el error que se denuncia quede evidenciado por el particular de un documento, sin que tengan ese carácter el atestado, los informes y oficios policiales y las declaraciones de acusados y testigos.

2. Por otro lado, en realidad, el recurrente no se refiere a particulares concretos de documentos que acrediten un error del Tribunal, sino a distintos folios de las actuaciones, de variado contenido (conversaciones telefónicas, oficios policiales, denuncias, diligencia de devolución de efectos intervenidos a Rodrigo , atestados policiales, sentencia dictada en otra causa y la misma sentencia impugnada), sobre los que argumenta reiterando la inexistencia de prueba o aportando una distinta valoración de esos elementos.

Hemos reiterado que este motivo de casación no permite una nueva valoración de la prueba documental en su conjunto ni hace acogible otra argumentación sobre la misma que pudiera conducir a conclusiones distintas de las reflejadas en el relato fáctico de la sentencia, sino que exclusivamente autoriza la rectificación del relato de hechos probados para incluir en él un hecho que el Tribunal omitió erróneamente declarar probado, cuando su existencia resulte incuestionablemente del particular del documento designado, o bien para excluir de dicho relato un hecho que el Tribunal declaró probado erróneamente, ya que su inexistencia resulta de la misma forma incuestionable del particular del documento que el recurrente designa.

Como indica la STS núm. 356/2015, de 10 de junio , no se trata de que los documentos a los que se alude pudieran dar pié, ocasionalmente, a unas conclusiones probatorias distintas de las alcanzadas por el Tribunal de instancia, sino que, en realidad, se produzca una contradicción insalvable entre el contenido de aquellos, de carácter fehaciente e inevitable, y las afirmaciones fácticas a las que llega la Sentencia recurrida, de modo tal que se haga evidente el error de éstas, que no pueden apoyarse en otras pruebas, de la misma fuerza acreditativa, que desvirtúen válidamente la eficacia de aquellos documentos (STS nº 491/2015, de 23 de julio).

En consecuencia, el motivo se desestima.

Recurso interpuesto por Benigno

UNDECIMO.- Renunciado el primer motivo, en el segundo denuncia vulneración de la presunción de inocencia, pues entiende que no existe prueba de cargo de que ocupase un trozo de hachís a Ricardo cuando procedió a su identificación ni de que se quedase con ella para su uso particular en lugar de levantar la correspondiente acta de incautación. El testigo, única prueba, es de escasa credibilidad. En su primera declaración no dice que el trozo de hachís se lo quedase la policía.

1. La prueba existente respecto de los hechos por los que ha sido condenado el recurrente ya ha sido examinada al resolver el recurso del anterior recurrente Ramón . La prueba fundamental es la declaración del testigo Ricardo , persona que fue interceptada por los dos acusados y a quien le incautaron un trozo de hachís, quedándose con él sin levantar la oportuna acta de incautación de la droga. Se trata, pues, de una prueba personal que el Tribunal ha valorado de forma razonable, por lo que no puede ser ahora revalorada con la finalidad de obtener distintas conclusiones.

2. De todos modos, los acusados no niegan haber interceptado al citado testigo, y éste, aunque realiza algunas matizaciones en sus distintas declaraciones, siempre ha afirmado que los agentes le quitaron un trozo de hachís. De otro lado es de toda evidencia que no levantaron el acta de incautación de la droga que hubiera resultado procedente.

En consecuencia, el motivo se desestima.

DUODECIMO.- En el tercer motivo, al amparo del artículo 849.1º de la LECrim , denuncia infracción del artículo 404 del CP . En el hecho probado no se recoge que hayan dictado resolución administrativa alguna, por lo que no existe delito de prevaricación.

El motivo es sustancialmente coincidente con el motivo tercero del recurso interpuesto por Ramón , por lo que debe ser desestimado por las mismas razones que lo fue aquel.

DECIMOTERCERO.- En el motivo cuarto, al amparo del artículo 849.2º de la LECrim , denuncia error en la apreciación de la prueba, y designa como documento una sentencia dictada en otra causa de la que resulta la operación que efectuaron en aquella fecha para detener a la persona que había vendido la droga a Ricardo .

1. Los hechos a los que se refiere la sentencia designada como documento acreditativo del error por parte del recurrente, no han sido recogidos en los hechos probados de la sentencia impugnada, pero no son ignorados ni negados por la misma, tal como resulta de su fundamento jurídico decimocuarto.

2. Sin embargo, el que así haya ocurrido y tras la interceptación de Ricardo los dos acusados provocaran una intervención policial que finalizó con la detención del vendedor de la droga, no es incompatible con el hecho que declara probado como base fáctica del delito de prevaricación, consistente precisamente en interceptar al citado Ricardo , incautarse de un trozo de hachís que éste tenía en su poder, y omitir el redactado de la oportuna y obligada acta de incautación con la finalidad de quedarse con el hachís intervenido.

En consecuencia, el motivo se desestima.

III. FALLO

Que debemos DECLARAR y DECLARAMOS HABER LUGAR PARCIALMENTE al recurso de Casación por infracción de Ley, y de precepto Constitucional, así como por quebrantamiento de Forma, interpuesto por la representación procesal de Ramón , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Ávila (Sección Primera), con fecha treinta de Abril de dos mil quince , en causa seguida contra el mismo y otros cinco más, por delito contra la salud pública y otros. Con declaración de oficio de las costas procesales del presente recurso.

Que debemos DECLARAR y DECLARAMOS HABER LUGAR PARCIALMENTE al recurso de Casación por infracción de Ley, y de precepto Constitucional, así como por quebrantamiento de Forma, interpuesto por la representación procesal de Luis Antonio , contra sentencia dictada por la Audiencia

Provincial de Ávila (Sección Primera), con fecha treinta de Abril de dos mil quince, en causa seguida contra el mismo y otros cinco más, por delito contra la salud pública y otros. Con declaración de oficio de las costas procesales del presente recurso.

Que **DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR** al recurso de Casación por infracción de Ley y de precepto Constitucional, así como por quebrantamiento de Forma, interpuesto por la representación procesal de **Benigno** , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Ávila (Sección Primera), con fecha treinta de Abril de dos mil quince , en causa seguida contra el mismo y otros cinco más, por delito contra la salud pública y otros. Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas ocasionadas en su respectivo recurso.

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

Así por esta nuestra sentencia que se publicará en la Colección

Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

Cándido Conde Pumpido Tourón Julián Sánchez Melgar Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Andrés Palomo Del Arco Ana María Ferrer García **1085/2015**

Ponente Excmo. Sr. D.: Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Fallo: 25/11/2015

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SEGUNDA SENTENCIA Nº: 771/2015

Excmos. Sres.:

D. Cándido Conde Pumpido Tourón

D. Julián Sánchez Melgar

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Andrés Palomo Del Arco

D^a. Ana María Ferrer García

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Bucanero de Madrid, a dos de Diciembre de dos mil quince.

El Juzgado de Instrucción número 3 de los de Ávila instruyó el procedimiento Abreviado con el número 75/2.014, por delitos contra la salud pública, cohecho y otros, contra Fulgencio , nacido el día NUM004 de 1967 en Palas Rey, Lestedo (Lugo), hijo de Alvaro y Leocadia , con NIF NUM005 y vecino de Ávila, con domicilio en CALLE000 NUM006 , NUM007 de Ávila; Luis Antonio , nacido en Valdepolo, Villamodrín de Rueda (León), el NUM008 de 1960, hijo de Lázaro y Angelina , con NIF número NUM009 , con domicilio en CALLE001 nº NUM010 (Ávila); Ramón , nacido en Arenas de San Pedro (Ávila) el día NUM011 de 1962, hijo de Luis Francisco y Manuela , con domicilio en CALLE002 nº NUM012 - NUM013 de Ávila; Pascual , nacido en Ávila el día NUM014 de 1972, hijo de Bartolomé y Amelia , con DNI NUM015 , con domicilio en AVENIDA000 nº NUM016 , portal nº NUM017 NUM018 , escalera NUM019 , NUM020 , puerta NUM020 de Ávila; Carlos María , nacido en Orellana la Vieja (Badajoz), el NUM021 de 1984, hijo de Juan Ignacio y de Ana María , con NIF NUM022 , con domicilio en CALLE003 NUM023 de Orellana la Vieja (Badajoz); y Benigno , nacido en Salamanca el día NUM024 de 1975, hijo de Bienvenido y Isidora , con NIF nº NUM025 , con domicilio en AVENIDA001 NUM026 - NUM013 - NUM027 de Ávila; y una vez decretada la apertura del Juicio Oral, lo remitió a la Audiencia Provincial de Avila, Sección Primera, que con fecha treinta de Abril de dos mil quince dictó Sentencia condenando a: A) Fulgencio , como penalmente responsable en concepto de autor material y directo de los siguientes delitos, con la concurrencia en todos ellos de las circunstancias atenuantes de la responsabilidad criminal de dilación indebida y colaboración con la administración de justicia, a las penas que se señalan a continuación: -Como autor de un delito contra la salud pública, a las penas de un año de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 240 euros con responsabilidad personal subsidiaria de un mes en caso de impago. - Como autor de un delito de cohecho, a las penas de cuatro meses de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 4.000 euros con responsabilidad personal subsidiaria de dos meses en caso de impago.- Se le condena al pago de dos veintiunaavas partes de las costas.- B) Luis Antonio como penalmente responsable en concepto de autor material y directo de los siguientes delitos, con la concurrencia en todos ellos de la circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal de dilación indebida, a las siguientes penas: - Como autor de un delito cometido contra la salud pública, a las penas de tres años de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 500 euros con responsabilidad personal subsidiaria de un mes en caso de impago.- Como autor de un delito de cohecho referido en el Fundamento de Derecho Quinto, a las penas de dos años de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa de 15.000 euros con responsabilidad personal subsidiaria de tres meses en caso de impago, e inhabilitación para empleo o cargo público por tiempo de siete años.-Como autor de un delito de omisión del deber de perseguir delitos, a la pena de inhabilitación para empleo o cargo público por tiempo de seis meses.

-Como autor de un delito de cohecho señalado en el Fundamento de Derecho Sexto, a las penas de dos años de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa de 10.000 euros con responsabilidad personal subsidiaria de dos meses en caso de impago, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete años.- Se le condena al pago de cuatro veintiunaavas partes de las costas.- C) Ramón , como penalmente responsable en concepto de autor material y directo de los siguientes delitos, con la concurrencia en todos ellos de la circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal de dilación indebida, a las siguientes penas: Como autor de un delito de revelación de secretos señalado en el Fundamento de Derecho Décimo, al pago de una multa de doce meses con una cuota diaria de diez euros y responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de un año, multa de tres meses con una cuota diaria de tres euros y responsabilidad personal subsidiaria de un día por cada dos cuotas impagadas.- Se le condena a una veintiunaava parte de las costas.- Absolviendo a Luis Antonio del delito del artículo 373 de Código Penal de provocación y proposición para cometer delito contra la salud pública.- Absolviendo a Ramón de los siguientes delitos: - De un delito de revelación de secretos previsto en el artículo 417, 1 y 2 del Código Penal .- De un delito de simulación de delito previsto en el artículo 457 del Código Penal .-De un delito de cohecho previsto en el artículo 421 del Código Penal .

- De un delito de cohecho previsto en el artículo 419 del Código Penal .- Absolviendo a Pascual del delito de cohecho del artículo 423.2 del Código Penal .- Absolviendo a Benigno de los siguientes delitos: - Delito de cohecho del artículo 421 del Código Penal .- Delito de cohecho del artículo 419 del Código Penal .- Declarándose de oficio ocho veintiunaavas partes de las costas.- Sentencia que fue recurrida en casación ante esta Sala Segunda del Tribunal Supremo por las representaciones legales de tres de los acusados y que ha sido **CASADA Y ANULADA PARCIALMENTE**, por lo que los Excmos. Sres. Magistrados anotados al margen, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, proceden a dictar esta Segunda Sentencia con arreglo a los siguientes:

I. ANTECEDENTES

Unico.- Se reproducen e integran en esta Sentencia todos los de la sentencia de instancia parcialmente rescindida en cuanto no estén afectados por esta resolución.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

UNICO.- Por las razones expuestas en nuestra sentencia de casación procede absolver al acusado Luis Antonio del delito de omisión del deber de perseguir delitos. Y procede absolver al acusado Ramón del primero de los delitos de revelación de secretos, al que se hace referencia en el apartado cuarto de los hechos probados y en el fundamento jurídico décimo de la sentencia impugnada, y del delito de encubrimiento.

III. FALLO

DEBEMOS ABSOLVER y ABSOLVEMOS al acusado Luis Antonio del delito de omisión del deber de perseguir delitos.

DEBEMOS ABSOLVER y ABSOLVEMOS al acusado Ramón del primer delito de revelación de secretos y del delito de encubrimiento.

Se mantienen los demás pronunciamientos de la sentencia de instancia no afectados por el presente.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Cándido Conde Pumpido Tourón Julián Sánchez Melgar Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Andrés Palomo Del Arco Ana María Ferrer García

PUBLICACIÓN .- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, mientras se celebraba 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.