



Roj: SAP M 14652/2014 - ECLI:ES:APM:2014:14652  
Id Cendoj: 28079370302014100809  
Órgano: Audiencia Provincial  
Sede: Madrid  
Sección: 30  
Nº de Recurso: 7/2014  
Nº de Resolución: 930/2014  
Procedimiento: PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO  
Ponente: MARIA PILAR OLIVAN LACASTA  
Tipo de Resolución: Sentencia

AUDIENCIA PROVINCIAL SECCIÓN TREINTA MADRID

PAB 7/2014

DP 5919/2012

JUZGADO DE INSTRUCCIÓN Nº 21 DE MADRID

**SENTENCIA Nº 930/2014**

MAGISTRADOS:

MARÍA DEL PILAR OLIVAN LACASTA (PONENTE)

ROSA QUINTANA SAN MARTIN

IGNACIO JOSÉ FERNÁNDEZ SOTO

En Madrid, a 23 de Diciembre de 2014.

Vista en juicio oral y público unte la Sección Treinta de esta Audiencia Provincial la causa nº 5919/12, procedente del Juzgado de Instrucción nº 21 de Madrid, seguida de oficio por delito de tenencia de explosivos, contra Juan Alberto , nacido en Madrid el NUM000 -1991 hijo de Alexander y de Ángeles y vecino de Madrid, con antecedentes penales y en libertad provisional por esta causa de la que estuvo privado con anterioridad desde el 14-11-2012 hasta el 9-1-2013. Han sido partes el Ministerio Fiscal representado por D. Agustín Herrero Alonso y dicho acusado, representado por el procurador D. Federico Pinilla Romeo, y defendido por el letrado D. Erlantz Ibarro Merino.

### ANTECEDENTES DE HECHO

1.- El Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos procesales como constitutivos de: un delito de tenencia de explosivos, comprendido en el art 568 del CP y reputando responsable del mismo en concepto de autor al acusado, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, solicitó la pena de cinco años y seis meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, pago de costas y comiso de! material incautado al que deberá darse el destino legal.

2.-. La defensa del! acusado, en el trámite de conclusiones definitivas, interesó su libre absolución.

### HECHOS PROBADOS

1. Los sindicatos mayoritarios de este país, UGT y CCOO, con el apoyo de otras fuerzas sindicales, convocaron una huelga general para el día 14-11-2012.

Con motivo de esa jornada de huelga, funcionarios de! Cuerpo Nacional de Policía pertenecientes al Grupo de Policía Judicial de la Comisaría de Distrito de Puente Vallecas y en concreto, los números NUM001 , NUM002 y NUM003 . con indicativo APV-32, se encontraban realizando las funciones propias de su cargo, en un vehículo camuflado y vestidos de paisano por la calle Villalobos de esta capital. Al llegar a la altura de un callejón que comunica la Av de Buenos Aires con la calle Villalobos dichos agentes observaron la presencia de dos hombres y una mujer que caminaban en dirección a la última de las calles mencionadas. Uno de los

varones portaba una bolsa de plástico de tamaño grande, que luego resultó ser el acusado Juan Alberto , mayor de edad y ejecutoriamente condenado en sentencia firme de 15-4-2011, por un delito contra la salud pública a la pena de dos años de prisión. Los agentes detuvieron su vehículo con intención de identificarles, pero al acercarse e identificarse a su vez como policías, uno de los varones huyó a la carrera, quedándose el acusado y la joven en el lugar, aunque Juan Alberto depositó la bolsa en el suelo y se apartó unos metros de la misma.

Dicha bolsa contenía en su interior un artefacto que resultó ser un explosivo incendiario y que estaba compuesto por:

- Dos botellas de plástico transparente de 50 cl de capacidad, llenas con un líquido igualmente transparente, que resultó ser gasolina,

- Dos botes de metal, tipo spray denominados Butano- gas, que contenía un gas licuado extremadamente inflamable, constituido mayoritariamente por una mezcla de iso-butano y 11-butano con restos de n-propano y 2-metil-butano,

- Los cuatro recipientes descritos estaban unidos por una cinta de esparadrapo de color beige; en el centro de esos cuatro recipientes se encontraba un petardo pirotécnico, a cuya mecha estaban unidas varias cerillas mediante cinta adhesiva, y debajo cinco tornillos. Asimismo, llevaba incorporado un rascador-iniciador de cerillas compuesto por una goma, una anilla y un rascador.

El mecanismo de funcionamiento de dicho artefacto consistía en que: El rascador artesanal actuaba como iniciador de las cerillas adheridas a la mecha del petardo explosivo, que al encenderse producía la rotura de las botellas de gasolina, las cuales, al inflamarse, provocaban la explosión del gas, si es que no se había producido ésta a resultas de la explosión del petardo pirotécnico.

2. La bolsa conteniendo el artefacto y que se incautó por el indicativo APV-32 fue entregada junto con los detenidos sobre las 8'35 horas del día 14 de diciembre en la Brigada Provincial de Información, lo que dio lugar al atestado NUM004 .

- Ese mismo día, sobre las 9'30 horas, en las mismas dependencias de la Brigada Provincial de Información, se entregó el artefacto a funcionarios adscritos al Grupo TEDAX, integrados por los números NUM005 y NUM006 , que emitieron un informe sobre las características y descripción del artefacto. En dicho informe también se hizo constar que, una vez realizado, se entregaría a la Brigada Provincial de Policía Científica, para su estudio lofoscópico y posteriormente a la Unidad Central de desactivación de explosivos NRBQ, para su custodia judicial.

- La Brigada Provincial de Policía Científica, el día 15 de noviembre, recibió, procedente del TEDAX-NRBQ, los distintos componentes del artefacto para revelar las posibles huellas latentes, con referencia expresa a las Diligencias Policiales nº NUM004 de la Brigada Provincial de información.

- La Brigada Provincial de Policía Científica, con fecha 18-1-2013, también emitió un informe efectuado por el Laboratorio químico- toxicológico sobre tres muestras, consistentes en dos cerillas, mecha pirotécnica y sustancia pulverulenta gris, que se identifican como catalogadas en el expediente NUM007 de las diligencias policiales nº NUM004 de la Brigada Provincial de información.

- La Unidad Central de Criminalística dependiente igualmente de la Comisaría General de Policía Científica, con fecha 8-2-2013, emitió otro informe sobre una caja de fósforos de la marca Golondrina recogida en la inspección realizada en la calle Dolores Folgueras nº 6, y un rascador de fósforos doblado que les fue remitido junto con escrito de 3-12-2012, procedente de la Brigada Provincial de Policía Científica.

- La misma Comisaría General de Policía Científica, de nuevo a través del Laboratorio químico-toxicológico, con fecha 5-3-2013 emitió un informe analítico sobre el contenido de cuatro viales, dos de las cuales contenían un líquido que había sido recogido de una botella de plástico de 50 el y las otras dos de otra botella de plástico de 50 el. En dicho informe se hizo constar que las muestras estaban relacionadas con las diligencias policiales NUM004 , de fecha 14-11-2012. tramitadas por la Brigada Provincial de Información. El informe fue remitido por la Brigada Provincial de Información al Juzgado de Instrucción nº 21, Diligencias Previas 5919/12, con fecha 25-7-2014. El mencionado Juzgado, con fecha 7-8-2014. lo remitió a esta Sección, que acordó unir al rollo de sala, a la vez que dar traslado a las partes mediante providencia de 3-9-2014.

- Con fecha 17-10-2014 la Brigada Provincial de Información remitió a la Fiscalía de la Audiencia Provincial un informe químico, elaborado y remitido a su vez por el Laboratorio químico-toxicológico de la Comisaría General de Policía sobre dos cartuchos de gas, denominados Butane-gas, MSF-Ia, 227 g/375 ml e,

en el que se hizo constar también que las muestras se encuentran relacionadas con las diligencias policiales nº NUM004 de 14-11-2012, de la Brigada Provincial de Información de Madrid y catalogadas en la incidencia NUM007 .

Este último informe fue solicitado por la Fiscalía a la Unidad Central de desactivación de explosivos-NRBQ y se aportó por el Ministerio Fiscal al inicio del juicio oral.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos que se declaran probados son constitutivos de un delito de tenencia de explosivos, previsto y penado en el art 568, inciso último del CP .

En efecto, y a través de la prueba pericial efectuada por los funcionarios pertenecientes a la especialidad TEDAX-NRBQ, fechado el 14-11-2012 y ratificado en el acto del juicio oral, se ha acreditado que el artefacto que fue intervenido en poder del acusado, se trataba de un explosivo-incendiario formado por elementos explosivos e inflamables, que incorporaba además metralla (tornillos de 5 cm de longitud) por lo que estaba capacitado no solo para producir daños materiales importantes sino también heridos.

La mencionada prueba pericial también ha permitido conocer el funcionamiento del artefacto, que se traduce en que el rascador- iniciador compuesto por una goma anilla y rascador, prendería las cerillas adheridas a la mecha del petardo explosivo, que al iniciarse produciría la rotura de las botellas de gasolina las cuales, al inflamarse, harían explotar las botellas de gas, si no lo habían hecho ya a resultas de la explosión del petardo.

A juicio de este tribunal no existe duda acerca de que debe, incardinarse los hechos en el tipo inciso último del art 568 del CP .

El Ministerio Fiscal, en sus conclusiones provisionales elevadas a definitivas se limita a mencionar el art 568 sin mayor concreción. Y aunque es cierto que interesa que el acusado sea condenado a cinco años y seis meses de prisión, es decir, una pena superior al límite máximo del tipo básico (cinco años), sin embargo es insuficiente para la aplicación de ese subtipo. Lo impide el necesario respeto al principio acusatorio, en su doble vertiente: calificación jurídica y hechos. Respecto a la primera, porque, como se razona, no se explicita que sea el subtipo agravado del art. 568 del CP . En cuanto a los hechos, porque tampoco se incorpora dato alguno que permita afirmar que el acusado fuera promotor u organizador; aparte de que el subtipo agravado requiere una participación plural en el delito.

SEGUNDO,- De dicho ilícito es responsable en concepto de autor el acusado Juan Alberto a tenor del art 28 del CP .

La prueba de cargo que ha servido para enervar la presunción de inocencia que le ampara se concreta en:

1/ Las declaraciones de los funcionarios de la Policía Nacional, pertenecientes al Grupo de Policía judicial de la Comisaría de Vallecas con indicativo APV-32, integrado por los agentes nº NUM001 , NUM002 y NUM003 , vertidas en el acto del juicio oral.

Dichos efectivos policiales han permitido declarar probado que el acusado Juan Alberto no solo formaba parte del grupo de tres personas que se aproximaba en dirección a donde se encontraban los agentes, calle Villalobos, portando uno de ellos una bolsa de plástico de tamaño grande, sino que el que la llevaba era el acusado. Así se refleja en su comparecencia efectuada en las dependencias de la Brigada Provincial de Información, a las 8'35 del día 14-11-2012 (f 61 y 62), junto con el artefacto y los detenidos, y así lo confirmaron plenamente en el acto del juicio oral.

Los tres agentes han dado muestras evidentes de decir la verdad. La agente que depuso en primer lugar nº NUM001 . quizá porque fue la primera en descender del vehículo camuflado, fue especialmente precisa en su relato al referir que uno de los dos varones huyó, mientras que la mujer y el otro chico se quedaron, momento en que el joven, que luego resultó ser el acusado, depositó la bolsa en el suelo. Sobre tal particular no mostró vacilación alguna. Todo lo contrario, y además lo reiteró en más de una ocasión a lo largo del interrogatorio. De igual modo describió con detalle el contenido del artefacto que había en su interior: Dos botellas de plástico de agua rellenas de un líquido que olía a gasolina; otras dos botellas, tipo camping gas, todo encintado; en el huequito, un petardo de grandes dimensiones con una mecha unida a unas cerillas con un capuchón; en el interior de todo eso una bolsita con tornillos.

El segundo agente, policía nacional NUM002 , confirmó en lo esencial lo manifestado por la anterior agente, es decir, que el acusado era quien portaba la bolsa y que en su interior se halló un artefacto, que al describirlo también fue prolijo en detalles: Dos botes transparentes, como dos botellas de agua, que despedían un fuerte olor a gasolina y que estaban precintadas con otros dos aerosoles; en el interior había un petardo de grandes dimensiones con una mecha muy larga con unas cerillas al final, enganchadas a la mecha; el fondo estaba tapado y había unos tornillos.

El tercer miembro de ese indicativo APV-32, policía nacional NUM003 también confirmó que era el acusado el que llevaba la bolsa que contenía el artefacto, aunque no pudo precisar bien su contenido, remitiéndose a la descripción que se hizo en la comparecencia, al igual que tampoco pudo concretar el lugar exacto donde se produjo la detención.

El letrado del acusado en el ejercicio del derecho de defensa ha cuestionado la suficiencia de esa prueba testifical sobre la base de atribuir la misma relevancia a la versión del acusado que a la de dichos testigos, a la vez que otorga a esas declaraciones inculpativas la existencia de animadversión por parte de los agentes, ausencia de persistencia en la inculpativa y falta de corroboraciones periféricas.

Pues bien, ninguno de esos reproches puede prosperar.

En primer lugar, debe significarse que al acusado le asiste el derecho constitucional a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, mientras que los agentes de policía, en su condición de testigos (que no de víctimas del delito) están bajo juramento. Respecto a la posible existencia de móviles espurios no se ha demostrado minimamente. Ninguno de los testigos conocía al acusado y éste se limitó a decir que le sonaba la cara de uno de los policías, pero que nunca le habían detenido con anterioridad.

El letrado ha intentado justificar esa animadversión en el informe que efectuó la Brigada Provincial de Información, fechado el 9-1- 2013 y obrante a los f 225 y ss. Pues bien, al respecto debe significarse: 1º) que tal informe o diligencia de prueba fue solicitado por el Ministerio Fiscal durante la instrucción (f. 178) y acordado por el Juzgado de Instrucción en providencia de 1-12-2012 (f. 190) y; 2º) y más importante, y es que la actuación del indicativo APV-32, compuesto por los tres testigos que detuvieron al acusado, nada tiene que ver con la Brigada Provincial de Información, aunque esta última sea la que se hizo cargo del atestado policial como unidad encargada de la investigación de delitos perpetrados por grupos extremistas y violentos (según se afirma en la apolicencia de mandamiento de entrada y registro obrante al f3). Como se desprende de la comparecencia que aparece a los folios 61 a 63, el indicativo que detuvo al acusado tras comprobar que en la bolsa que portaba había un artefacto explosivo, pertenecía a la Policía Judicial de la Comisaría de Vallecas, aunque formara parte del dispositivo establecido por dicha comisaría por motivos de la huelga general. No es que estuvieran haciendo un seguimiento del acusado por su vinculación a un colectivo denominado los Bucaneros, integrantes más radicales de una peña futbolística del equipo Rayo Vallecano. Se le detuvo por llevar consigo el artefacto tantas veces mencionado.

Las fisuras o divergencias que se denuncian respecto a las declaraciones de los testigos son de todo punto irrelevantes. Pese a lo que sostiene la defensa, no hay motivo alguno que permita sostener que los agentes perdieron de vista en algún momento a la bolsa. No es así, por mucho que se insista en que la detención propiamente dicha se produjo en la calle Villalobos.

Los agentes vienen a coincidir en que los jóvenes se encontraban próximos a la calle Villalobos, y aunque uno de ellos, el PN NUM002 , llegó a manifestar que los jóvenes querían tomar esta última vía en sentido contrario al vehículo policial, también aclaró que prácticamente no les dio tiempo a bajar porque intervino la compañera (PN NUM001 ), añadiendo que el objeto (que previamente había depositado el acusado en el suelo) se hallaba prácticamente en la misma esquina con el callejón.

Por último, y en relación a la falta de corroboraciones periféricas, debe responderse que no es exigible en caso de prueba testifical, plural y concordante. En cualquier caso apuntar que en el registro judicialmente autorizado llevado a cabo en la sede de los Bucaneros, colectivo del que formaba el acusado, según reconoció el mismo en el plenario y se acredita también por las Icnografías del reportaje fotográfico efectuado por la policía científica que participó en el registro (f 31 y 162) aparecieron sus fotos, tanto expuestas como en uno de los ordenadores. Al igual que aparecen botellas de agua mineral de la misma marca que las que formaban parte del artefacto, y cajas de cerillas cuyos rascadores eran semejantes al que se intervino, y utilizado para el encendido de las cerillas unidas a la mecha del petardo, sin olvidar el hallazgo de plurales petardos, bengalas y cohetes.



Cierto es que esos elementos por separado no son concluyentes. No, porque las botellas de agua mineral, comprensiblemente, pueden obtenerse en más de un establecimiento público; los rascadores de las cajas de fósforos pueden ser utilizados por diferentes marcas comerciales; y los elementos pirotécnicos también. Pero no puede ser casual que se encontraran los tres en un local sede del colectivo denominado los Bucaneros.

2/ Pruebas periciales. Dentro de esta modalidad de pruebas, debemos referirnos en primer lugar a la pericial llevada a cabo por los funcionarios n° NUM005 y NUM006 . pertenecientes a la especialidad TEDAX-NRBQ, obrante a los folios 65 al 83, que comparecieron al acto del juicio oral, por lo que dicha prueba ha sido convenientemente sometida a contradicción. Su contenido ha permitido conocer: a) las características del artefacto, que se califica de explosivo-incendiario; b) los diferentes componentes de! mismo, siendo especialmente ilustrativas las fotografías que lo acompañan, (tanto del artefacto montado como de los diferentes elementos que lo integran) y; c) las consecuencias de su explosión, comprensivas de daños materiales pero también personales, imputable esto último a la utilización de tornillos con efecto de metralla.

Las otras pruebas periciales que se tienen en cuenta como prueba de cargo consisten en los dos informes periciales químicos, emitidos por el Laboratorio Químico-Toxicológico de la Comisaría General de Policía Científica y suscritos por los especialistas CP. NUM008 y CP. NUM009 , ambos incorporados al rollo de sala.

El primero, que aparece fechado el 5-3-2013. se efectúa sobre el contenido de cuatro viales, que les fueron remitidas por la Brigada Policial de Policía Científica y que dieron como resultado que la totalidad de las mismas contenían gasolina.

El segundo, que aparece fechado el 7-10-2014, y que fue aportado por el Ministerio Fiscal al inicio de la sesiones del juicio oral, se efectúa sobre dos cartuchos de gas denominados Butane gas, y cuyo contenido ha sido identificado en ambos casos como gas licuado, constituido mayoritariamente por una mezcla de iso-butano y n-butano, con restos de n-propano y 2-metil-butano gas licuado y que se califica de "extremadamente inflamable».

Por la defensa, y para evitar que puedan ser tenidos en cuenta la totalidad de dichos informes periciales, se ha denunciado la quiebra de la cadena de custodia.

Como se refleja en la STS de 24-4-2012 "El problema que plantea la cadena de custodia, hemos dicho en SSTS 6/2010. de 27.1 ( RJ 2010.3008); 776/2011 . de 20.7 (RJ 2012. 3380); 1045/2011 de 14-10 (RJ 2011. 7488), es garantizar que desde que se recogen los vestigios relacionados con el delito hasta que llegan a concretarse como pruebas en el momento del juicio, aquello sobre lo que recaerá la inmediatez, publicidad y contradicción de las partes y el juicio del tribunal es lo mismo. Es a través de la corrección de la cadena de custodia como se satisface la garantía de la "mismidad" de la prueba. Se ha dicho por la doctrina que la cadena de custodia es una figura tomada de la realizada a la que tiñe de valor jurídico con el fin, en su caso, de que lo que se recoge, traslada y analiza es lo mismo en todo momento, desde el instante mismo en que se recoge del lugar del delito hasta el momento final en que se estudia y destruye.

Por ello la LECrim regula la "cadena de custodia" desde las funciones de los sujetos que intervienen en la investigación del Tribunal. "Ello ha supuesto que en buena medida la regulación del procedimiento de custodia haya quedado confiada a la buena práctica de quienes intervienen en la investigación criminal y en consecuencia, que las diferentes reformas hayan ido alterando las diferentes funciones de estas personas para ir alcanzando objetivos exigidos por el avance de las formas de investigar el delito.

Los arts. 326 . 334 y 335 LECrim . (LEG 1882. 16) exigen del Juez que recabe los efectos y objetos del delito, extendiendo una diligencia en la que se haga constar el lugar, el tiempo y la ocasión en que se encontrasen, describiéndolos de manera minuciosa.

No obstante, diversas previsiones legales, flexibilizadas aun más por la jurisprudencia, han posibilitado el que estas funciones hayan ido quedando en manos de la policía. En este sentido el art. 126 Constitución establece que "La Policía Judicial depende de los Jueces, de los Tribunales y del Ministerio Fiscal en sus funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente (...) en los términos que la ley establezca", el art. 548 LOPJ . (RCL 1985, 1578. 2635) señala que el Juez podrá impartir a la Policía Judicial órdenes para "que adapte las medidas necesarias para que la recogida, custodia y examen de aquellas muestras se verifiquen en condiciones que garanticen su autenticidad", y el art. 282 LECrim señala que la Policía Judicial debe poner a disposición del Juez de instrucción, los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiera peligro, señalando la Ley dos funciones de la policía judicial: a) La

investigación criminal científica ( art. 18 RD. 769/87 ) ( RCL 1987, 1492 ) y b) Aseguradora del cuerpo del delito ( arts. 282 y 292 LECrim y art. 4 RD. 769/87 ) que se desarrollan bajo la supervisión y posibles ordenes que puedan dar la autoridad judicial y el Ministerio Fiscal ( art. 10 RD. 769/87 ).

Para el caso del procedimiento abreviado explícitamente se encomienda la función de recogida de muestras a la Policía Judicial ( art. 770.3 LECrim ).

Lo cierto es que, como decimos, la Ley y la propia Jurisprudencia han ido relegando la intervención judicial en los momentos de la recogida y custodia de piezas de convicción. Todo ello justificado en aras de que lo hagan personas especializadas de cara al correcto análisis del elemento de convicción. Y así la jurisprudencia ha señalado que la puesta a disposición judicial no es directa, sino que es suficiente con el depósito del objeto en un organismo oficial: quedando éste bajo disposición judicial.

En todo caso la jurisprudencia interpreta de forma flexible las facultades atribuidas a la policía, dada la vetustez del párrafo 1º del mentado art. 282 al que remite el art. 326, ambos de la LECrim señalando que deben verse enriquecidos con una interpretación armónica en sintonía con el contexto legislativo actual, en atención a las más amplias facultades concedidas a una policía científica especializada y mejor preparada, con funciones relevantes en la investigación de los delitos ( véase Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de la Seguridad del Estado de 13 de marzo de 1986 ( RCL 1986, 788 ). art II.l. g: y Real Decreto de Policía Judicial de 19 de junio de 1987 ( RCL 1987, 1492 ), art, 4º ).

En los supuestos en que sin ordenarlo el Juez Instructor y sin existir riesgo de que la prueba se pierda o desaparezca, intervenga la policía y conforme a sus protocolos proceda a la recogida y práctica documentada de la diligencia, poniéndola en conocimiento del juez y aportando a la causa sus resultados. En estos casos nos hallaríamos ante una infracción procesal, que no viciaría de nulidad la diligencia, aunque haría que la prueba fuese irregular y así la devaluación garantista de autenticidad provocada por el déficit formal podría llegar hasta la descalificación total de la pericia solo si la cadena de custodia no ofrece ninguna garantía, como fue el caso contemplado por la reseñada sentencia de esta Sala nº 501 de 19 de abril de 2005 ( RJ 2005, 4190 ).

Visto el papel importante que en nuestros días desempeña la Policía Judicial en la recogida y custodia de efectos del delito, lo cierto es que esas facultades se concedan en el deber de documentar de forma minuciosa todas sus actuaciones y de dar cuenta al Juez en un plazo no superior a 24 horas ( art. 295 LECrim ). El art. 292 LECrim dice que: "Los funcionarios de policía judicial extenderán, bien en papel sellado, bien en papel común, un atestado de las diligencias que practiquen, en el cual especificarán con la mayor exactitud los hechos por ellos averiguados, insertando las declaraciones e informes recibidos y anotando todas las circunstancias que hubiesen observado y pudiesen ser prueba o indicio del delito, " Del mismo modo, para el procedimiento abreviado el artículo 770.3 LECrim precisa que "La Policía Judicial acudirá de inmediato al lugar de los hechos y realizará (entre otras) las siguientes diligencias:... 3) Recogerá y custodiará en todo caso los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, para ponerlos a disposición de la autoridad judicial".

Ahora bien -como ya hemos dicho- existe una diferencia fundamental entre la prueba recabada por la policía y la que recabe por el Juez de Instrucción. Y la que recabe por el Juez de instrucción. Mientras ésta segunda tiene valor de prueba preconstituida, las diligencias hechas por la policía no la tienen y precisan de su ratificación ante la autoridad judicial y en el plenario.

En efecto, como se dice en SSTs. 45/2007 de 29.1 ( RJ 2007 , 1709 ) y 2184/2001 de 23.11 ( RJ 2002, 618 ), es preciso distinguir entre pruebas en sentido propio, que son las que se practican en el acto del juicio oral, con contadas excepciones, y las diligencias de investigación, que ordinariamente se realizan en la fase de preparación del juicio y permiten recoger los elementos o vestigios objetivos sobre los que se practicarán las pruebas.

En principio, las diligencias policiales no constituyen pruebas preconstituidas. Por ello las mismas deben ser reproducidas en el juicio oral mediante la comparecencia de quienes en ellas hayan intervenido, estando sus manifestaciones en dicho acto sometidas a contradicción y siendo captadas por el Tribunal de forma inmediata.

Añade la Sentencia 2031/2002, de 4 de diciembre ( RJ 2003, 545 ), que las diligencias efectuadas por la Policía Judicial, en el curso de la investigación que constitucionalmente tiene atribuida, no constituyen pruebas sino cuando sus contenidos son expuestos, vía testifical, en el juicio oral. Contó hemos señalado en nuestra jurisprudencia, por todas STS 724/2002. de 24 de abril ( RJ 2002, 5455 ), es claro que la Policía Judicial, policía técnica y especializada en la investigación de hechos delictivos, tiene competencias propias

sobre la realización de diligencias de investigación con el alcance y contenido previsto en las leyes procesales. Cuestión distinta es la valoración que deba darse a las mencionadas diligencias policiales, pues como tales diligencias del atestado no tienen naturaleza de prueba, sin perjuicio de su valoración como testifical en el juicio oral sujeta a las exigencias de la prueba testifical. En definitiva, no se trata de una pericial preconstituida sino de una diligencia policial de investigación que adquiere relevancia probatoria, como prueba testifical, cuando los agentes comparecen en el juicio oral para deponer sobre lo que sensorialmente apreciaron. Examinando en concreto los momentos de la recogida, custodia y examen de las piezas de convicción. El examen garantista de estos tres momentos determinaría la corrección jurídica de la cadena de custodia. Lo hallado debe ser descrito y lomado con las debidas garantías, puesto en depósito y con las debidas garantías y analizado con las debidas garantías. El art. 318 LECrim previene que "los instrumentos, armas y efectos a los que se refiere el art. 334 se sellarán si fuera posible y se acordará su retención, conservación o envío al organismo adecuado para su depósito".

Ahora bien existe la presunción de que lo recabado por el Juez, el perito o la policía se corresponde con lo presentado el día del juicio como prueba, salvo que exista una sospecha razonable de que hubiere habido algún tipo de posible manipulación.

Por ello en STS 4-6-2010 (RJ 2010. 6638). hemos dicho que la irregularidad de la cadena de custodia, de ser ese el caso, no constituye, de por sí, vulneración de derecho fundamental alguno que tan solo vendría dado por el hecho de admitir y dar valor a una prueba que se hubiera producido sin respetar las garantías esenciales del procedimiento y especialmente, el derecho de defensa, y en segundo lugar que las formas que han de respetarse en las tareas de ocupación, conservación, manipulación, transporte y entrega en el laboratorio de destino de la sustancia objeto de examen que es el proceso al que denominamos genéricamente "cadena de custodia", no tiene sino un carácter meramente instrumental, es decir, que tan sólo sirve para garantizar que la analizada es la misma e íntegra materia ocupada, generalmente, al inicio de las actuaciones. De modo que, a pesar de la comisión de algún posible error, ello no supone, por sí solo, sustento racional, y suficiente para sospechar siquiera que la analizada no fuera aquella sustancia originaria, ni para negar el valor probatorio de los análisis y sus posteriores resultados, debidamente documentados.

Apuntar, por ello, a la simple posibilidad de manipulación para entender que la cadena de custodia se ha roto no parece, aceptable, ya que debe exigirse la prueba de su manipulación efectiva / SSTS 629/2011. de 23.6 776/2001 (sic), de 20.7 ( RJ 2012. 3380); 1045/2011 . de 14.10 (RJ 2011. 7488))».

En el presente caso se ha llegado a cuestionar por vía de informe que el artefacto intervenido en poder del acusado y presentado por los agentes del indicativo APV-32, en la comparecencia obrante al folio 61, fechada a las 8#35 horas del día 14-11-2012, no era el mismo que se hace entrega una hora después a los funcionarios adscritos al Grupo TEDAX, números NUM005 y NUM006 . A tal efecto, se argumenta que mientras al folio 61 se alude a "pequeño cartón rodeado de gomas y unido a una argolla de pequeño tamaño y de metal", en el acta de Entrega de Efectos del folio 63 consta "un rascador iniciador de las cerillas del sistema de iniciación". El fundamento de tal alegación no solo es endeble sino que carece de la menor consistencia. Basta señalar que en el informe emitido por los funcionarios que recibieron el artefacto, y autores a su vez del informe obrante a los folios 65 y ss.. al describir las características de los elementos que integraban el explosivo, en el último apartado señalan: "rascador-iniciador de cerillas artesanal y compuesto por goma anilla y rascador» (f 67), que aparece fotografiado junto con los restantes elementos al folio 71 y en particular a los folios 76 y 78, lo que permite inferir que es perfectamente compatible con la descripción que se hace en la comparecencia, "pequeño cartón rodeado de gomas y unido a una argolla de pequeño tamaño y de metal" (f 61); a ello hay que añadir el poco tiempo transcurrido entre una y otra diligencia, una hora escasa, y que, como refirieron los dos funcionarios en el acto del juicio oral, ese día no recibieron ningún otro aparato similar (lo contrario sería enormemente llamativo, dadas sus características).

Como se ha reflejado en el apartado de los hechos probados de esta resolución, los diferentes informes periciales que se han llevado a cabo sobre el artefacto explosivo en general, y en especial los que se han valorado como prueba de cargo, es decir: el realizado por funcionarios pertenecientes a la especialidad TEDAX-NRBQ, y los siguientes llevados a cabo por la Comisaría General de Policía Científica a través del Laboratorio Químico-Toxicológico, aportan datos suficientes como para no apreciar una ruptura de la cadena de custodia.

En primer lugar conviene significar que en el primer informe pericial de los especialistas TEDAX ya se anticipa que el artefacto se va a entregar a Policía Científica para el informe lofoscópico, "posteriormente se entregará a la Unidad Central de desactivación de Explosivos NRBQ para su custodia judicial». Y así lo confirma el Acta de Inspección Técnico Policial, obrante al folio 209, extendida el 15-11-2012, a las 9'30 horas,



en cuyo párrafo segundo se refleja: "el día catorce de noviembre de dos mil doce se recibe en esta Brigada procedente del grupo TEDAX-NRBQ de la Brigada Provincial de Información los siguientes objetos.....", coincidentes con los distintos elementos que integraban el artefacto y que se describen en el primero de los informes mencionados (f 65 y ss.), informe que da como resultado el revelado de cinco huellas que se remiten sobre su soporte al laboratorio de fotografía para ser fotografiada y sometida a posteriores estudios identificativos de los que "caso de ser positivos se dará cuenta a ese juzgado".

Posteriormente, se emiten dos informes sobre algunos elementos de tal artefacto. El primero, con fecha 18-1-2013 efectuado por Laboratorio Químico Toxicológico de la Comisaría General de la Policía Científica, y que recae sobre dos cerillas, mecha pirotécnica y sustancia pulverulenta gris; y el segundo, fechado el 8-2-2013, por la Unidad Central de Criminalística, dependiente también de la Comisaría General de Policía Científica y que versa sobre si una caja de fósforos de la marca Golondrina, recogida en la inspección realizada en la calle Dolores Pulgueras nº 6 (sede de Bucaneros) y un rascador de fósforos doblado tienen las mismas características. En este último supuesto se hace constar incluso que se devuelve al rascador al Grupo TEDAX de la Comisaría General de Información.

Por último, se han emitido otros dos informes periciales, que son los que mayor problemática podrían plantear, ambos efectuados por el Laboratorio Químico Toxicológico de la Comisaría Central de Policía Científica, el primero fechado el 5-3-2013 y el segundo el 7-10-2014.

Pues bien, respecto al primero, debe señalarse que aunque la Brigada Provincial de Información (instructora de las diligencias) lo remite al juzgado de Instrucción nº 21 (DP 5919/2012) con fecha 25-7-2014, parece evidente que, dada la fecha del informe -se había efectuado un año y cuatro meses antes- no se incorporó al procedimiento judicial en su momento, probablemente, por una omisión o por un extravío temporal, sobre lo cual podría haber interrogado la defensa a cualquiera de los agentes pertenecientes al Grupo de la Brigada Provincial de Información que llevaron a cabo la investigación. El que sean cuatro viales los frascos que contenían el líquido a analizar tampoco afecta a la cadena de custodia, pues no hay ninguna razón que impida enviar para análisis en lugar de las botellas de plástico que formaban parte del artefacto dos muestras de cada una de dichos contenedores.

El último informe químico elaborado por el mismo laboratorio, y que recae sobre el contenido de lo que se denomina en el informe: Dos cartuchos de gas en los que se puede leer "Butane gas", ha sido practicado a instancia del Ministerio Fiscal, pues la acusación pública lo propuso como prueba al inicio del juicio oral, y lo evidencia también el informe que le precede (f. 155 del Rollo de Sala). La Comisaría General de Información lo remite a la Fiscalía de la Audiencia Provincial, pero como se desprende del oficio de remisión procedente de la Comisaría Central de la Policía Científica, la Fiscalía lo había solicitado a la Unidad Central de Desactivación de Explosivos-NRBQ, que según el primero de los informes efectuados por los especialistas en TEDAX era la unidad encargada de la custodia judicial (f 82).

A pesar de las numerosas incidencias descritas, derivadas de la realización de plurales informes periciales, no se aprecian signos de quiebra de la cadena de custodia que permitan dudar acerca de que las pruebas periciales, que han constituido prueba de cargo, se practicaron sobre elementos que no pertenecían al artefacto intervenido al acusado.

Los diferentes informes se han realizado a instancia de la Brigada Provincial de Información y a través, fundamentalmente, de la Comisaría General de Policía Científica y de los laboratorios dependientes de esa última. En todos los diferentes informes se refleja por supuesto el número del atestado de las diligencias policiales nº NUM004, la fecha, la unidad que lo instruye, Brigada Provincial de Información y en algunos casos incluso se alude al expediente NUM007 como aquel en el que están catalogadas las muestras (en concreto, en el informe de 18-1-2013 (f 361) y en el de 7-10-2014 (f. 156 a 158 del Rollo de Sala). A ello hay que añadir que aunque la defensa ha puesto numerosos reparos a los dos últimos informes, efectuados por el laboratorio químico, ninguna pregunta ha formulado sobre el particular a los peritos que los emitieron, y que comparecieron al acto del juicio oral. Además, no puede obviarse que dos de los agentes testigos, que interceptaron el artefacto, manifestaron que las botellas de plástico oían a gasolina. Tampoco que los botes de metal tipo spray, que se describen en la comparecencia inicial y por los especialistas TEDAX, de la mera comparación de las fotografías (f 80, 81, y 156 del Rollo de Sala) se pone de manifiesto la identidad de los botes hasta el punto de que figura idéntica pegatina con el precio.

La prueba de descargo practicada y consistente en las declaraciones de los padres del acusado poco han aportado. Además, esa estrecha relación de parentesco que les une con el acusado aconseja que deban valorarse con especial cautela, pues en estos casos, así como en los supuestos de estrechas relaciones de



amistad, las máximas de la experiencia demuestran que cualquier duda que se plantea tienden a despejarla a favor del acusado.

En cuanto a lo manifestado por el padre ha de hacerse hincapié en que la pretendida "oferta", proveniente de uno de los agentes que intervinieron en el registro domiciliario, y relativa que si su hijo facilitaba el nombre del que llevaba ya bolsa quedaría en libertad, resulta muy difícil de creer. La probabilidad de que algún agente de policía pudiera poder en libertad a una persona, a quien la policía había sorprendido portando un artefacto explosivo, era prácticamente nula.

CUARTO.- En la realización del delito no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

En orden a la individualización de la pena este Tribunal estima que ha de condenarse al acusado a una pena de cuatro años de prisión. Esa dimensión viene justificada por las características especialmente peligrosas del artefacto: su carácter mixto - explosivo incendiario- llevar incorporado gases extremadamente inflamables; y sobre todo por la adición de tornillos como metralla, susceptibles de causar lesiones a las personas.

QUINTO.- Por imperativo del art 128 del CP deben imponerse las costas del procedimiento al acusado.

## FALLO

CONDENAMOS al acusado Juan Alberto como responsable en concepto de autor de un delito de tenencia de explosivos, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de CUATRO AÑOS DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y pago de costas.

Para el cumplimiento de las penas privativas de libertad se aplicará todo el tiempo de prisión provisional sufrido por esta causa.

Conclúyase la pieza de responsabilidad civil.

Contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación del que conocerá la sala segunda del Tribunal Supremo, en el plazo de cinco días hábiles a contar desde su notificación, y que deberá ser preparado ante esta Audiencia Provincial.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará certificación al Rollo de Sala y se anotará en los registros correspondientes, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN,- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por la Magistrada Ilma. Sra. D<sup>a</sup> MARÍA DEL PILAR OLIVAN LACASTA estando celebrando audiencia pública. Doy fe.