

Jurisdicción: Penal

Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia núm. 1166/2009 de 19 noviembre

Recurso de Casación núm. 517/2009

Ponente: Excmo Sr. Julián Sánchez Melgar

RESUMEN

DELITO PROVOCADO: No concurre cuando policías sospechan o conocen la existencia de una actividad delictiva y se infiltran entre quienes la llevan a cabo en busca de pruebas para impedir o sancionar el delito; inexistencia: policías que conocen por tercero que el acusado se dedica a la venta de droga y cuando los primeros están de servicio observan el vehículo del imputado, momento en que le está vendiendo cocaína al tercero que denunció, deshaciéndose de la droga el acusado que fue recuperada y ocupándose además cocaína en el vehículo.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecinueve de Noviembre de dos mil nueve

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-

El Juzgado de Instrucción nº 4 de Sueca, incoó Procedimiento Abreviado nº 36/08, seguido por delito contra la salud pública, contra **Amador**, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Valencia, Sección V, que con fecha 19 de Diciembre de 2008 dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS:**

"PRIMERO: Sobre las 21'15 horas del día 9 de mayo del presente año 2008, agentes de la guardia civil de servicio en Cullera (Valencia), y después de que pocas horas antes hubiesen tenido noticias por declaraciones hechas a su presencia por un tal Jayro de que el vecino de la localidad Amador, mayor de edad y sin antecedentes penales, se dedicaba al a venta de sustancias tóxicas, prestaban servicio de vigilancia en las inmediaciones de un club gimnástico con aparcamiento para vehículos junto al río Júcar, cuando vieron aparecer a Amador conduciendo un vehículo, propiedad de su esposa, de las características descritas por Jayro, y al instante al mismo Jayro, trabando ambos breve relación con gesto de disponerse a intercambiar algo. Intervinieron en el acto los agentes de la guardia civil, con lo que el acusado lanzó al contiguo río lo que llevaba en la mano cerrada, y que recuperado en el acto por uno de los agentes por cuanto el objeto lanzado quedó flotando sobre el agua en la misma orilla, resultó ser la cápsula, de color negro, de un carrete de máquina fotográfica, en cuyo interior había cuatro pequeños envoltorios de una sustancia que, analizada, resultó ser cocaína.- En el interior del vehículo, dentro del compartimento de la palanca de cambio, llevaba el acusado otra cápsula igual, pero distinto color, con tres envoltorios de la misma sustancia, que en total arrojó un peso neto de 8'6 gramos con un grado de pureza del 38'5 por ciento, pudiendo alcanzar toda ella el precio en venta al menudeo de 596'30 euros, y portando consigo el acusado 220 euros producto de la venta de dicha sustancia, y dos teléfonos móviles, con uno de los cuales había contactado momentos antes Jayro para concertar aquel

encuentro". (sic)

SEGUNDO.-

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"FALLO: En atención a todo lo expuesto, la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Valencia ha decidido: Primero: Condenar al acusado Amador como criminalmente responsable en concepto de autor de un delito contra la salud pública, antes definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de tres años de prisión con inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo por el mismo tiempo, y multa de 600 euros con responsabilidad personal subsidiaria caso de impago de cinco días, y al pago de las costas causadas en el procedimiento.- Segundo: Acordamos el comiso y destrucción de las sustancias intervenidas, y el comiso del dinero y de los dos teléfonos móviles igualmente ocupados al acusado.

TERCERO.-

Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por la representación de Amador, que se tuvo por anunciado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO DE INTERÉS

SEGUNDO.-

Ciertamente la tesis del delito provocado fue debatida en la instancia y rechazada en la sentencia con el argumento de que en el interior del vehículo se le ocupó al recurrente otro estuche de carrete de fotos que también contenía cocaína siendo los envoltorios del todo semejantes a los arrojados por el recurrente al río cuando fue sorprendido en trance de efectuar una transacción con Jayro, droga respecto de la que no ofreció ninguna explicación, si bien en la instrucción alegó que era para su consumo, sin que existiera dato objetivo al respecto.

En esta situación se estimó en la sentencia que se estaba en presencia de un delito de tráfico de drogas, rechazando la tesis de la trama urdida por Jayro contra el recurrente por diferencias existentes entre ellos.

La provocación delictiva es una inducción engañosa, es decir, supone injertar en otra persona el dolo de delinquir, y cuando esto se hace con la colaboración policial, se produce el efecto perverso de que la policía lejos de prevenir el delito, instiga a su comisión --elemento subjetivo-- bien que sin poner en riesgo ningún bien jurídico, pues en la medida que lo apetecido es la detención del provocado --elemento objetivo--, toda la operación está bajo el control policial por lo que no hay tipicidad ni culpabilidad, ya que los agentes de la autoridad tienen un control absoluto sobre los hechos y sus eventuales consecuencias -- elemento material--, **siendo estos tres elementos los que vertebran y arman la construcción del delito provocado**, figura que como también se ha dicho por esta Sala es distinta a la actividad del agente encubierto o provocador, figura regulada en el art. 282 bis LECriminal, que tiende exclusivamente a hacer aflorar a la superficie, la actividad delictiva de quien por su propia voluntad y sin instigación ajena, está dedicado a una actividad delictiva, o como se dice, entre otras STS 1114/2002, "...cuando los agentes de la autoridad sospechan o conocen la existencia de una actividad delictiva y se infiltran entre los que la llevan a cabo en busca de información o pruebas que permitan impedir a sancionar el delito....".

TERCERO.-

La sentencia rechaza la tesis del delito provocado en el f.jdco. primero con este razonamiento:

"....Así pues, puede perfectamente admitirse que el tal Jayro se dejase llevar, cuando declara ante la guardia civil levantando sospechas sobre el acusado, por sentimientos de venganza, pero por más astucia y capacidad de enredo que se quiera presumirse en el testigo, el caso es que a la fatal reunión acude el acusado, y lo que antes queda relatado como contenido de la misma, y declarado probado, nada tiene que ver con lo que Jayro declaró antes de ese momento ante la guardia civil, ni con lo que declara en juicio, sin que se sustenta en lo que sobre el particular relatan los tres agentes de la guardia civil que como testigos declaran en el acto del juicio oral a instancias del Ministerio Fiscal..."

Y un examen de las declaraciones del sargento y cabo de la Guardia Civil intervinientes en el operativo, revela que después de que Jayro, en su visita al cuartel sobre las 20 horas en las que les informó de que Amador se dedicaba a vender droga, y que él mismo le había comprado alguna vez "....una vez por lo menos...."(folio 46, acta del Plenario), los agentes fueron a efectuar su ronda habitual y se encontraron "...con un Ford fiesta rojo que iba al parking que dieron cuenta de que coincidían las características con la información que les había dado el chico ese. Vieron que el conductor del Ford fiesta se echaba la mano al bolsillo y sacaba algo y Jayro sacaba unos billetes, produciéndose la intervención policial ya descrita..."

En definitiva, la tesis que se acoge en la sentencia fue que hubo una coincidencia, y como tal no buscada por la policía, entre la información recibida y la ronda que efectuaron.

A ello une que en el posterior registro del turismo, se encontró en otro estuche de carrete de fotos, otras papelinas con la misma técnica de envasado, lo que se observa en las fotos del folio 15.

Para la sentencia sometida a este control casacional no existió esa inducción engañosa por parte de la policía en convivencia con Jayro, como se viene a decir en el motivo del recurrente.

Como hemos dicho en nuestra Sentencia 848/2003, de trece de junio, **el delito provocado aparece cuando la voluntad de delinquir surge en el sujeto, no por su propia y libre decisión, sino como consecuencia de la actividad de otra persona, generalmente un agente o un colaborador de los Cuerpos o Fuerzas de Seguridad, que, guiado por la intención de detener a los sospechosos o de facilitar su detención, provoca a través de su actuación engañosa la ejecución de una conducta delictiva que no había sido planeada ni decidida por aquél, y que de otra forma no hubiera realizado**, adoptando al tiempo las medidas de precaución necesarias para evitar la efectiva lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido. Tal forma de proceder lesiona los principios inspiradores del Estado Democrático y de Derecho, afecta negativamente a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de su personalidad, fundamento del orden político y de la paz social según el artículo 10 de la Constitución, y desconoce el principio de legalidad y la interdicción de la arbitrariedad de los Poderes Públicos, contenidos en el artículo 9.3 de la misma, sin que resulte admisible que en un Estado de Derecho las autoridades se dediquen a provocar actuaciones delictivas (STS 1344/1994, de 21 de junio).

No existe delito provocado, como dice la Sentencia 1114/2002, de 12 de junio, **cuando los**

agentes de la autoridad sospechan o conocen la existencia de una actividad delictiva y se infiltran entre quienes la llevan a cabo, en busca de información o pruebas que permitan impedir o sancionar el delito. En estas ocasiones, la decisión de delinquir ya ha surgido firmemente en el sujeto con independencia del agente provocador, que, camuflado bajo una personalidad supuesta, se limita a comprobar la actuación del delincuente e incluso a realizar algunas actividades de colaboración con el mismo, en la actualidad reguladas, desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/1999, de 13 de enero, en el artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que se refiere concretamente a adquirir y transportar los objetos, instrumentos o efectos del delito. La intervención policial puede producirse en cualquier fase del «iter criminis», en el momento en que el delito ya se ha cometido o se está cometiendo, especialmente en delitos de tracto sucesivo como los de tráfico de drogas, y aun en sus fases iniciales de elaboración o preparación, siendo lícita mientras permita la evolución libre de la voluntad del sujeto y no suponga una inducción a cometer el delito que de alguna forma la condicione. En estos casos, la actuación policial no supone una auténtica provocación, pues la decisión del sujeto activo siempre es siempre libre y anterior a la intervención puntual del agente encubierto, aunque éste, siempre por iniciativa del autor de la infracción criminal, llegue a ejecutar labores de adquisición o transporte de los efectos del delito (art. 282 bis de la LECrim), u otras tareas de auxilio o colaboración similares, simulando así una disposición a delinquir que permite una más efectiva intervención policial.

Tampoco existe delito provocado en casos de comprobación delictiva de una previa ideación criminal, cuando el investigado no comete el delito como consecuencia de la actuación policial, a modo de inducción o instigación, sino que ya está resuelto a cometerlo, o bien se dedica a una permanente actividad criminal, que únicamente pretende comprobarse. En esos casos, los funcionarios policiales no provocan nada, sino que se limitan a comprobar la veracidad de la "notitia criminis", mediante técnicas de investigación, que bien pueden consistir en la comprobación directa de los hechos denunciados. Obsérvese, que no solamente se trata de obtener pruebas de lo que un tercero les informa -acerca de una realidad delictiva ya existente-, o, si se quiere, permanente, sino de impedir la continuación del delito, y eventualmente, la detención de sus autores, para frustrar nuevas realidades delictivas. No se provoca nada que no estuviera ya en la ideación -eventualmente ejecución- del criminal, sino que se trata lisa y llanamente de comprobarlo.

Así, pongamos por caso, si se solicita la venta de sustancias estupefacientes a quien se encuentra dolosamente en condiciones de hacerlo, o bien es su deseo proporcionarlas, y en efecto, se ofrecen a cambio de precio, no se provoca nada, sino única y exclusivamente se comprueba la comisión de un delito contra la salud pública, por el que estaba dispuesto a cometer, de todos modos, tal delito, con tal de tener un comprador que acudiese al concurso de su oferta. Pero ni siquiera éste es el caso de autos, pues es a un tercero, y no a un agente policial, a quien se ofrece la sustancia estupefaciente, y por si fuera poco, la tenencia de otros carretes de fotos con igual disposición de dosis individuales dispuestas para su venta, acreditaría, en todo caso, una tenencia preordenada al tráfico, fuera de tales contornos fácticos.

Esta conclusión, en esta sede casacional aparece totalmente razonable y razonada, con la consecuencia de rechazar el recurso formalizado por no estar en presencia de un supuesto de delito provocado.

Procede la desestimación del motivo

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos **NO HABER LUGAR** al recurso de casación formalizado por la representación de **Amador** , contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección V, de fecha 19 de Diciembre de 2008, con imposición al recurrente de las costas del recurso.