

## **RESUMEN**

El Tribunal desestima el rec. de casación formulado por uno de los acusados condenado por un delito contra la salud pública y estima en parte el interpuesto por el otro condenado.

- DELITO PROVOCADO
  - Concepto y requisitos
  - Inexistente
  - Supuestos diversos

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El Juzgado de Instrucción número 28 de Madrid instruyó Sumario con el núm. 3/95 contra Walter y Washington que, una vez concluso remitió a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de ésta misma Capital que, con fecha 23 de octubre de 1998, dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS: "Probado, y así se declara, que: El día 26 de mayo de 1995, miembros de la Unidad de la Policía Judicial de la zona 1 de la Guardia Civil tras haber tenido varias informaciones de la confidente policial Rubiela a la que el acusado Walter conocía de haber ido varias veces a una agencia donde trabajaba, ofreciéndole droga a la misma extremo que comunicó a la Guardia Civil, indicándole agentes de esta que le presentara a una persona cuya identidad se desconoce y manteniendo varios contactos con Walter a requerimiento de ellos por ser colaboradora habitual de la Guardia Civil; observaron como el procesado en unión de otro acusado no juzgado, se encontraba en el interior de la "Galería P." sita en la Plaza N. de esta Capital y tras contactar con dos personas no identificadas, salieron hacia el exterior, entrando Walter en el aparcamiento de la C/ S. con una cartera en la mano, saliendo al exterior y volviendo a entrar de nuevo, se dirigió a la tercera planta, lugar donde se iba a producir una entrega de droga que estaba oculta en el maletero del vehículo Opel Omega M-...-KW, siendo detenido el procesado cuando sacaba del mismo una bolsa de plástico que contenía cocaína, momento en que fue detenido por los funcionarios actuantes, no deteniéndose ni identificándose a los compradores los cuales salieron corriendo.

La sustancia intervenida formaba parte de una misma entrega de droga, cuya restante cantidad fue encontrada en el domicilio facilitado por Walter, donde habitualmente reside el también acusado Washington, mayor de edad y sin antecedentes penales, sito en la C/ G. núm. ..., el cual lo tenía guardado en el interior de un maletín. Los 7 paquetes de cocaína incautados en el aparcamiento de la C/ S. habían sido proporcionados a Walter por Washington, el día anterior; el cual a su vez los había recibido de un tal "Rubens" "el negro" o "el brasileño" residente en Valencia.

En este mismo domicilio también fueron incautadas 1.660.000 pts. y 2.600 dólares USA, producto de transacciones de droga.

Al día siguiente los agentes intervinientes, en compañía de Walter registraron el vehículo Opel Corsa M-...-PV, propiedad de la esposa de este acusado, que se encontraba también estacionado en el aparcamiento de la C/ S., encontrando en su

interior la cartera que Walter llevaba el día anterior, así como un reloj de oro y brillantes marca Piaget y una pulsera de idénticas características.

Walter portaba en el momento de su detención un teléfono móvil núm. ....

La totalidad de la droga incautada alcanzó un peso de 7.757 gramos de cocaína de una pureza media del 70 por ciento.

Walter ha sido ejecutoriamente condenado por sentencias de fecha 12-12-90 y 10-04-91 por delitos de tráfico de drogas y delito de estafa a las penas de 4 años de prisión menor y 40.000 pts. de multa respectivamente".

**SEGUNDO.-** La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "FALLAMOS.- Que CONDENAMOS a los acusados Walter y Washington como autores penalmente responsables de un delito de TRAFICO DE ESTUPEFACIENTES, con la concurrencia en el primero, de la circunstancia, agravante de la responsabilidad criminal de reincidencia.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO DE INTERÉS**

**SEGUNDO.-** 1. Por referirse al mismo tema vamos a examinar unidos los tres motivos primeros del recurso de Walter y el único del recurso de Washington.

En todos ellos se plantea la misma cuestión con diferente ropaje jurídico y con cita de diversas normas de nuestra Constitución que se dicen infringidas: se afirma y repite que nos encontramos ante un supuesto de delito provocado por la actuación de un grupo de miembros de la Guardia Civil que hicieron nacer en los dos acusados una voluntad de delinquir que no tenían, por lo que, en aplicación de la doctrina de esta Sala, debió dictarse sentencia absolutoria para ambos procesados.

2. Conocida es la doctrina de esta Sala sobre esta materia (Sentencias de 20.1.95, 13.2.96, 21.1.97 y 9.3.98, entre otras muchas). Cuando hay una actuación policial que provoca en un sujeto una voluntad de delinquir, ha de ser éste absuelto por reputarse ilegítima esa actuación de unos funcionarios públicos que se excedieron en el ejercicio de sus funciones y originaron una intención en el ciudadano, que antes no tenía, de apartarse de la ley, y porque, en definitiva, en tales supuestos, en estas infracciones de peligro abstracto ese peligro en realidad no existe porque los agentes que intervienen en la operación tienen siempre controlados los efectos del delito.

Pero esta misma doctrina se cuida de delimitar tales supuestos de exención de responsabilidad penal para diferenciarlos de aquellos otros en que la operación policial no es el origen de una voluntad criminal antes inexistente, sino que sólo sirve para averiguar y probar la existencia de infracciones penales ya cometidas o que se están cometiendo con independencia de esa actuación de los agentes públicos. En estos casos estos funcionarios se limitan a cumplir con sus deberes legales de averiguación del delito y persecución de los delincuentes.

Para resolver la cuestión planteada en el caso presente es preciso hacer otra matización: en la mayoría de las ocasiones, por más que las partes recurrentes pretendan plantear el problema como de calificación jurídica, pretendiendo hacernos ver que se trata de un caso de falta de aplicación de la mencionada doctrina del delito provocado, en realidad nos encontramos ante una cuestión de hecho que viene resuelta en la instancia mediante el examen de la prueba que nos ofrece la Audiencia Provincial y cuya valoración ha de respetarse en casación salvo caso de arbitrariedad en el correspondiente razonamiento que nos debe ofrecer la sentencia recurrida.

En efecto, cuestión de hecho y no de calificación jurídica es determinar si existía o no una actuación criminal que la policía tiene obligación de desvelar o si tal no había y la voluntad criminal se originó por el comportamiento de la policía.

Problema exclusivo de calificación jurídica se plantearía en estos casos cuando, afirmado por el Tribunal de instancia que hubo una intención de delinquir originada por la operación policial, dejara de aplicarse la anterior doctrina del delito provocado y se condenara a los acusados.

3. Pero esto no es lo ocurrido aquí. La sentencia ahora impugnada afirma, y lo argumenta de modo razonable, que Walter había ofrecido a Rubiela (la confidente policial) venderle droga de modo que la actuación de la Guardia Civil tenía por objeto sorprender al delincuente en una actividad criminal a la que se venía dedicando, creando para ello un dispositivo para localizar la droga y detener al delincuente. Así se hizo y se aprehendieron siete paquetes de cocaína en poder del citado Walter cuando éste iba a entregarlos a quienes, real o ficticiamente (esto es irrelevante a la hora de medir las responsabilidades penales de los dos condenados), intervenían como compradores en la operación.

La prueba en este punto aparece razonada en el fundamento de derecho 2º de la sentencia recurrida que nos habla al respecto de una valoración conjunta de tres medios de prueba practicadas en el juicio oral, las manifestaciones del acusado, la lectura de la declaración de Rubiela en el sumario (folios 279-281) y la del guardia civil 7.211.334. Esta Sala ha examinado tales pruebas y considera que son base suficiente para que la Audiencia Provincial pudiera afirmar que no existió la pretendida provocación pues la actividad delictiva sobrepasaba esa operación de venta concreta abortada por la actuación policial. Si no fuera así, carecería de explicación que, además de la droga ocupada a Walter cuando fue detenido, existiera más cantidad, otros ocho paquetes (folio 9), poseídos por ambos procesados, de la misma clase de droga en otro lugar diferente, el piso ocupado por Washington. Ciertamente, había otras operaciones relativas a la venta de cocaína proyectadas o pendientes de realización aparte de la que se dice provocada por la policía. Esto constituye un indicio evidente que permite corroborar la prueba apreciada por la Audiencia Provincial en este punto.

4. Conviene salir aquí al paso de unas alegaciones hechas por la defensa de Walter en el presente recurso en relación con la declaración de Rubiela haciendo las siguientes precisiones:

a) En primer lugar hay que decir, aunque esto no ha sido impugnado por nadie, que fue legítima la lectura de las declaraciones sumariales de Rubiela hechas en el juicio oral en aplicación de lo dispuesto en el art. 730 LECr: se trataba de un testigo en ignorado paradero, y estimamos que ello no es una circunstancia extraña, pese a su anterior actuación como confidente policial, precisamente por la intervención que tuvo en el presente caso y el consiguiente temor a represalias por parte de quienes se dedican a este tráfico ilícito (nos dice en su declaración, al folio 180, que un hijo suyo fue amenazado).

b) Y en cuanto al contenido de esa declaración del mismo folio 180, hay que poner de relieve que dicha Rubiela ciertamente contestó "que sí" a la pregunta relativa a "si Walter la ofreció alguna vez droga", pero también es cierto que a continuación añadió que ese ofrecimiento lo comentó con la Guardia Civil y ésta le dijo que "ya tenía conocimiento de las actividades de Walter, que incluso cree que ya había sido detenido alguna vez", lo que era cierto, pues consta como hecho probado una anterior condena en 1990 por otro delito relativo al tráfico de drogas, lo que sirvió de base para apreciar la agravante de reincidencia, extremo no recurrido.

c) Por otro lado, conviene también añadir aquí que **no es contrario a la ley el hecho de que la policía utilice algún confidente**, como lo fue en el caso la mencionada Rubiela, y **que tampoco es ilegítimo que la actuación de esos confidentes se oculte a la hora de redactar un atestado, como también está permitido simular una operación de compraventa de droga, siempre que, como antes se ha dicho, se haga, como aquí ocurrió, para averiguar la realidad de una actividad delictiva ya existente, nunca para provocar la intención de delinquir.**

5. En conclusión, hay que rechazar los referidos motivos 1º, 2º y 3º del recurso de Walter y el único formulado por Washington: al no haber existido delito provocado no cabe hablar de las violaciones de la CE ni de los Convenios Internacionales que se citan como infringidos por los recurrentes en base precisamente a esa pretendida actuación ilícita de la policía que aquí no existió.

### **FALLO**

NO HA LUGAR AL RECURSO DE CASACION por infracción de precepto constitucional formulado por Washington contra la sentencia que a él y a Walter condenó por delito contra la salud pública, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid con fecha veintitrés de octubre de mil novecientos noventa y ocho.

HA LUGAR AL RECURSO DE CASACION por infracción de ley formulado por Walter, por estimación parcial de su motivo 4º, y en consecuencia anulamos la mencionada sentencia, declarando de oficio las costas de este recurso.

CONDENAMOS a Walter, como autor de un delito de tráfico de drogas, relativo a sustancia que causa grave daño a la salud, con la agravante de reincidencia y una atenuante analógica. Con los demás pronunciamientos de la sentencia recurrida y anulada.