

RESUMEN

Frente a sentencia de la Audiencia que condenó a varios acusados como autores del delito de cohecho en grado de tentativa y de un delito contra la salud pública, interponen estos recurso de casación. Entre otros motivos, sostienen todos ellos que los hechos no son delictivos al tratarse de un delito provocado. Este motivo es desestimado por el TS, al señalar que **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 -agente o colaborador de los Cuerpos o Fuerzas de Seguridad- quien guiado por la intención de detener a los sospechosos o facilitar su detención, incita a cometer un delito a quien no tenía previamente tal propósito.**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción número doce de los de Madrid, instruyó Sumario con el número 4/97 contra Alfredo, Manuel, José, Roque, Luis Ramón, María del Pilar y Ángel, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de la misma ciudad (Sección Quinta, rollo 81/97) que, con fecha uno de junio de dos mil uno, dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"En una fecha no determinada, posiblemente situada en los meses de septiembre u octubre de 1995, el acusado Luis Ramón -mayor de edad y sin antecedentes penales- coincidió en una calle M. con Francisco Javier, al que había conocido años antes en una Asociación de Jóvenes Empresarios, y después de una breve conversación se despidieron acordando llamarse por teléfono. Días después, el mismo acusado contactó telefónicamente con Francisco Javier y, aparte de hablar de otros asuntos intrascendentes, se interesó aquél sobre la actividad relacionada con el comercio exterior que había realizado éste y le propuso hacer un negocio, quedando en reunirse ambos en el despacho de Abogados CAF Asociados Comunidad de Bienes, sito en la calle Z. núm. ... de Madrid, del que era socio Luis Ramón en unión del también acusado Alfredo -mayor de edad y sin antecedentes penales- y de otro Abogado que ninguna intervención tuvo en los hechos aquí descritos. Llegando el día de esa cita, se reunieron en ese despacho -en un día no precisado- y Luis Ramón, sin que conste conociera la condición de Guardia Civil de Francisco Javier, propuso a éste, creyendo que se dedicaba a negocios de comercio exterior, que buscara contacto para introducir en España, periódicamente y sin pasar por el trámite aduanero habitual, paquetes que contendrían piedras preciosas o, posiblemente, materiales preciosos, obteniendo a cambio unas 500.000 pesetas por paquete.- Comunicada esa conversación a los superiores del citado Guardia Civil, encargaron a otro Agente -identificado con el nombre ficticio de Leonardo- para que acompañara a Francisco Javier en las posteriores reuniones. En la primera de ellas, concertada después de varias llamadas telefónicas de Luis Ramón a Francisco Javier y celebrada el 15 de noviembre de 1995 en el "Hotel M." de Madrid, acudió el acusado Alfredo -cuyas características físicas había facilitado Luis Ramón a Francisco Javier- y, después de presentarse a éste y al citado Leonardo, en el curso de la conversación que mantuvieron les comunicó que la mercancía que tenían que introducir en España no eran piedras preciosas, sino una maleta con 20 kilogramos de algo que dio a entender era droga procedente de un país sudamericano y que el precio que percibirían a cambio eran 20.000.000 de pesetas, quedando en citarse

días después con las personas por cuenta de las que iba a realizarse el encargo, para lo que Alfredo le facilitó su número de teléfono a "Leonardo".- Apartado Francisco Javier de esa operación a partir de ese momento -salvo una última llamada telefónica que le hizo bastante tiempo después (en momento no concretado) Luis Ramón en nombre de Alfredo para que Leonardo se pusiera en contacto con éste último-, Leonardo contactó telefónicamente varias veces con Alfredo y finalmente éste le citó para el día 22 de enero de 1996, en el mismo hotel, acudiendo a esta cita Leonardo con otro Guardia Civil, comisionado por sus superiores, que identificó como "Pedro", Sargento de la Guardia Civil destinado en Barajas, ante Alfredo y las personas que le acompañaban: los también acusados Roque y María del Pilar -ambos mayores de edad y sin antecedentes penales. Esta reunión fue muy breve, al comunicar Alfredo que era necesaria la presencia de otra persona, por lo que concertaron otra cita para dos días después, en el mismo lugar.- Ese día convenido -24 de enero de 1996- se presentaron a la cita las mismas personas ("Leonardo", "Sargento Pedro", Alfredo, Roque y María del Pilar) y el también acusado José -mayor de edad y sin antecedentes penales. Llevado por José el peso de la conversación con "Leonardo" y "Sargento Pedro", tras informarse por este último del modo de control de los equipajes en el aeropuerto de Barajas, les propuso que introdujeran una maleta con droga a cambio de percibir dinero (alrededor de 600.000 pesetas por kilogramo, de la que deberían entregar parte, 100.000 pesetas/Kg, a Alfredo), lo que dichos agentes fingieron aceptar, posponiendo su respuesta definitiva para más adelante al estar en marcha una investigación interna de la Guardia Civil en el Aeropuerto de Barajas.- Realizados a partir de ese momento contactos telefónicos periódicos entre "Leonardo" y Alfredo, finalmente éste -encargado de avisar a los demás- les volvió a citar en el "Hotel M." para el día 11 de abril de 1996. En esta reunión, a la que asistieron "Leonardo", "Sargento Pedro", Alfredo, Roque, María del Pilar y José, este último propuso a los Guardias Civiles que colaboraran en la introducción de una maleta con unos 15 kilogramos de cocaína que otra persona traería desde un país sudamericano al Aeropuerto de Barajas, cobrando ellos a cambio de 800.000 pesetas por Kg, de las que entregarían 100.000 pts/kg a Alfredo.- Tras otra reunión, gestada de la misma forma que las anteriores, de José, Alfredo y Roque con "Sargento Pedro" -celebrada el 17 o 19 de abril de 1996 en el "Pub S.", sito en el núm. 40 de la calle V. de Madrid, para, al parecer, presentar a la persona que debía viajar para traer a España esa maleta con droga, lo que no pudo hacerse- volvieron a citarse, el 16 de mayo de 1996, en la "Cafetería V." de la Calle L. de Madrid José, Alfredo, Roque, "Leonardo" y "Sargento Pedro". Durante esta reunión, en la que concretaron la forma de entregar a los Guardias Civiles el dinero (en el aparcamiento del Aeropuerto) José mostró a estos Agentes la persona que iba a realizar el viaje, para lo que salió del establecimiento y regresó minutos después con el ahora acusado Manuel -mayor de edad y sin antecedentes penales-, situándose ambos en otra mesa para que de forma disimulada pudieran verle aquellos.- Desde finales del mes de abril "Leonardo", siguiendo las indicaciones de José y Alfredo, llamó por teléfono todos los días a éste al objeto de concertar las sucesivas reuniones y de que le indicaran el momento en el que iba a realizarse la operación. De este modo, el 7 de junio de 1996 Alfredo citó a "Leonardo" en el citado despacho de abogados de la calle Z., donde le comunicó los datos del vuelo y de la facturación de la maleta, facilitándole unas fotografías de la misma, y minutos después acudieron ambos a una cafetería cercana donde se reunieron con José y Roque, quedando en encontrarse al día siguiente José y "Leonardo" en el aparcamiento del aeropuerto de Barajas.- Finalmente, el día 8 de junio de 1996, sobre las 8 horas, llegaron al Aeropuerto de Barajas José y Roque en un vehículo,

Volkswagen Golf matrícula M-...-NZ -que había comprado en el mes de marzo o abril de 1996 José a María del Pilar - y poco después se reunieron con "Leonardo", al que enseñaron el dinero que había en dos bolsas de plástico dentro de ese automóvil. Poco después, a las 8,40 horas aproximadamente, llegó el vuelo de "V.", procedente de Caracas, en el que había viajado Manuel, y, detectada a través de los Rayos X la presencia de paquetes de droga en el interior de una maleta, hicieron un seguimiento de la misma los Agentes que componían el dispositivo montado al efecto, comprobando que, después de pasar dos veces por la cinta transportadora, era recogida por el citado acusado, Manuel, quien seguidamente fue dejado pasar por el control de aduanas -donde estaba situado "Sargento Pedro"-, y hasta la salida de la terminal, donde fue detenido cuando se disponía a subir al citado Volkswagen Golf en compañía de José, procediéndose igualmente a la detención de éste y de Roque cuando estaban acompañados del agente "Leonardo".- A instancia de la Fiscalía de Madrid -a quien, verbalmente en fecha no determinada y por escrito el 26 de abril de 1996, habían comunicado los superiores de esos Guardias Civiles la operación en marcha-, el 7 de junio de 1996 la Magistrada del Juzgado de Instrucción núm. 12 de Madrid autorizó la circulación y entrega controlada de la maleta -identificada como rígida, de color gris oscuro, con ruedas, con una pegatina del "Hotel H.", procedente de Caracas y que llegaría al Aeropuerto de Barajas a las 8,40 horas del día 8 en vuelo de la Compañía "V."-, así como la grabación de las conversaciones que iba a mantener el agente encubierto "Leonardo" con José. Incautada esa maleta y las bolsas con dinero que había en el citado vehículo, se procedió a su apertura, a las 10,45 horas del mismo día 8, ante el Magistrado-Juez del Juzgado de Instrucción núm. 15 de Madrid, en funciones de Guardia, y en presencia del representante del Ministerio Fiscal, de dos Guardias Civiles y del Secretario Judicial, haciendo constar en la correspondiente acta que esa maleta llevaba en su interior, debajo de dos trozos de colchoneta, 21 paquetes, de unos 1.080 gramos de peso cada uno, envueltos individualmente en bolsas de plástico, de dos de los cuales extrajeron una pequeña muestra que dio positivo a la cocaína mediante el reactivo "narcotest", encontrándose asimismo en las bolsa de dinero 12 paquetes de un millón de pesetas cada uno y otro paquete que contenía 865.000 pesetas.(...)

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

"Fallamos: Que absolvemos a los acusados Luis Ramón, María del Pilar y Ángel de los delitos de cohecho imputados a los dos primeros y delito contra la salud pública imputados a los dos últimos. Que condenamos a los acusados Alfredo, José, Roque y Manuel, como autores responsables, los tres primeros, de un delito de cohecho en grado de tentativa y, todos ellos, de un delito contra la salud pública.(...)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- (...) Contra la sentencia interponen recurso los cuatro condenados formalizando varios motivos, algunos de ellos coincidentes, lo que permitirá su examen conjunto.

Así, en primer lugar, Alfredo en el segundo motivo, José en el cuarto y Manuel en el primero, sostienen que los hechos no son delictivos al tratarse de un delito provocado. El primero de ellos sostiene que el acto de tráfico por el que ha sido condenado tuvo su origen en una simulada aquiescencia y en una presunta colaboración de agentes de la Guardia Civil, no habiendo existido peligro para el bien jurídico al estar controlada por

aquellos las fases preparatoria, ejecutiva y de consumación del delito. José, en la misma línea impugnativa sostiene que las actuaciones policiales se realizaron sin control judicial, lo que las hace nulas, y obedecieron únicamente a la provocación policial. Y, finalmente, Manuel sostiene que toda su intervención, que se produce en la fase final de los hechos, estuvo controlada por la Guardia Civil, no existiendo riesgo alguno para el bien jurídico. La maleta en la que venía la droga fue identificada al llegar el vuelo y pasada por rayos X, haciéndose cargo de ella bajo un control policial permanente. Recogiendo una expresión del voto particular, afirma que no es ofensiva penalmente una conducta controlada hasta la eliminación del riesgo.

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 núm. 1344/1994, de 21 de junio). Hemos dicho en la STS núm. 1992/1993, de 15 de septiembre, que "para la existencia del delito provocado es exigible que la provocación -en realidad, una forma de instigación o inducción- parta del agente provocador, de tal modo que se incite a cometer un delito a quien no tenía previamente tal propósito, surgiendo así en el agente todo el "iter criminis", desde la fase de ideación o deliberación a la de ejecución, como consecuencia de la iniciativa y comportamiento del provocador, que es por ello la verdadera causa de toda la actividad criminal, que nace viciada, pues no podrá llegar nunca a perfeccionarse, por la ya prevista "ab initio" intervención policial. Esta clase de delito provocado, tanto desde el punto de vista de la técnica penal -por el carácter imposible de su producción- como desde el más fundamental principio constitucional de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE) y hasta desde el de la lícita obtención de la prueba (art. 11.1 LOPJ) debe considerarse como penalmente irrelevante, procesalmente inexistente y, por todo ello, impune". En estos casos, por lo tanto, además de la infracción de principios constitucionales, no puede decirse que exista infracción criminal más que en apariencia, pues no se aprecia riesgo alguno para el bien jurídico, como consecuencia del absoluto control que sobre los hechos y sus eventuales consecuencias tienen los agentes de la autoridad encargados, precisamente, de velar por la protección de aquellos bienes.

No existe delito provocado, sin embargo, 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 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.

En la STS núm. 1992/1993, de 15 de septiembre, antes citada, hemos señalado, en este sentido, que **"otra cosa es el supuesto en el que el autor ha resuelto cometer el delito y es él quien espera o busca terceros para su co-ejecución o agotamiento, ofreciéndose en tal caso a ello los agentes de la autoridad, infiltrados en el medio como personas normales y hasta simulando ser delincuentes, como técnica hábil para descubrir a quienes están delinquiendo o se proponen hacerlo, en cuyo supuesto está la policía ejerciendo la función que le otorga el art. 282 LECrim.** En tal caso el delito arranca de una ideación criminal que nace libremente en la inteligencia y voluntad del autor y se desarrolla conforme a aquella ideación hasta que la intervención policial se cruza, con lo que todos los actos previos a esa intervención policial son válidos para surtir los efectos penales que le son propios, según el grado de desarrollo delictivo alcanzado y sólo a partir de la actuación simulada de los agentes los actos realizados serán irrelevantes por la imposibilidad de producción de sus efectos. En otras palabras, la provocación policial que actúa sobre un delito ya iniciado sólo influirá en el grado de perfección del mismo, en función del momento del "iter criminis" en que aquella intervención se produjo, bien limitándose a su descubrimiento y constatación en la fase postconsumativa o de agotamiento, bien originando su frustración o tentativa si la intervención policial se produce antes de que el delito se haya consumado".

Según esta doctrina, la intervención policial en una actuación delictiva en curso, dirigida a la obtención de pruebas y a la detención de los autores, no impedirá la condena si el delito ya se había consumado con anterioridad a aquélla. Ello no impide, sin embargo, que cuando la intervención policial se produce antes de la consumación pueda sostenerse la existencia de tentativa o de actos preparatorios punibles o, incluso, la atipicidad de la conducta por imposibilidad absoluta de peligro real para el bien jurídico protegido, en función del grado de control que sobre los hechos pueda tener la autoridad que interviene en los mismos.

En la sentencia impugnada el Tribunal de instancia resuelve fundadamente la cuestión, y declara probado que fue uno de los recurrentes, Alfredo, quien propone a Francisco Javier, sin que conste que conociera su condición de Guardia Civil, la realización de operaciones ilícitas de introducción de piedras o materiales preciosos. Es esta proposición, que se sitúa inicial y aparentemente fuera de la ley, lo que determina que la Guardia Civil designe a un agente encubierto para investigar la operación, que posteriormente se concreta, nuevamente a iniciativa de Alfredo, en la

introducción en España de una maleta con algo que, según da a entender, será droga procedente de un país sudamericano, solicitando la colaboración del agente encubierto para localizar a una persona que tuviera facilidad para pasar una maleta en el aeropuerto de Barajas sin control de aduana, Fundamento de Derecho Primero de la sentencia, lo cual provoca la aparición de un nuevo agente encubierto de la Guardia Civil, que, manifestando estar destinado en la aduana del aeropuerto de Barajas, simula aceptar el soborno propuesto por los acusados, en una entrevista en la que, aunque el peso de la conversación recayó en José, estuvieron presentes los acusados Alfredo y Roque. Establecida la forma de realizar los contactos posteriores, que se concretarían mediante llamadas del primer agente encubierto a Alfredo, se celebran nuevas reuniones en las que intervienen los acusados Roque y José, procediendo en una de ellas, el 16 de mayo de 1996, a mostrar a los agentes a la persona que iba a ejecutar materialmente el transporte de la maleta con la droga, que resultó ser el recurrente Manuel, realizándose finalmente la operación, con el resultado que consta en los hechos probados, el día 8 de junio de 1996. **En ningún momento del relato fáctico se aprecia que los hechos comiencen o se desarrollen a consecuencia de la iniciativa, sugerencia o solicitud de los agentes encubiertos, que se limitan a intervenir observando los hechos y accediendo a las propuestas de los acusados, que son quienes ponen de manifiesto con su conducta su disponibilidad sobre una indeterminada cantidad de droga, y la existencia de una decisión previa de realizar su introducción en España.** En cuanto a los contactos telefónicos, en los hechos probados consta que los primeros tienen lugar mediante llamadas de Luis Ramón, por cuenta de Alfredo, a Francisco Javier; que pactan que los contactos posteriores se efectúen a través de llamadas del agente encubierto al despacho de Alfredo, y que es éste quien decide la cita y lo comunica a los demás. En ningún momento, pues, se declara probado que la iniciativa partiera de los agentes de la Guardia Civil.

Por otra parte, como razona el Tribunal de instancia, **la intervención policial se produce cuando el delito, respecto de Alfredo, Roque y José, ya se había consumado**, lo que permite su sanción como tal. Los delitos contra la salud pública, en su modalidad de tráfico de drogas, tienen la naturaleza de delitos de peligro abstracto de resultado cortado y de consumación anticipada, porque, en definitiva, contienen en sí mismos un daño potencial de tal manera que basta la simple posesión de la droga con ánimo de traficar con ella para que esa consumación se produzca, siendo también de destacar que no es exigible que se trate de una posesión directa, física e inmediata, siendo suficiente una posesión mediata (STS núm. 1407/2001, de 16 de julio). En este sentido, hemos dicho reiteradamente que el delito contra la salud pública se consuma desde que el autor del hecho punible ha tenido la disponibilidad, aunque sea mediata, de la sustancia, ya que el favorecimiento del tráfico se produce y perfecciona desde el momento en que existe acuerdo para el envío, el transporte o la entrega (STS núm. 1393/2000, de 19 de septiembre). El Tribunal de instancia realiza una inferencia, en la que no expresa dudas sino un absoluto convencimiento, en el sentido de considerar que el ofrecimiento de una importante cantidad de dinero a cambio de facilitar el paso de la droga por la aduana implicaba la disponibilidad de la sustancia con anterioridad a la intervención de los agentes. Efectivamente no puede considerarse razonable que los acusados asumieran el evidente riesgo que supone el intento de soborno a un Guardia Civil del servicio de aduanas del aeropuerto de Madrid-Barajas si antes no disponían de la droga que pretendían introducir, siquiera fuese una disponibilidad mediata y no del todo concretada en cuanto a la cantidad exacta de droga. El transcurso del tiempo entre los primeros contactos y el transporte efectivo no resulta incongruente con esta

afirmación si se tiene en cuenta la importante cantidad de droga y la necesidad de asegurar no solo la entrega y el transporte sino también su distribución, una vez en España.

La determinación del momento de la consumación del delito desde aquel en que los autores tienen la disponibilidad, aunque sea mediata, de la droga, así como las consecuencias que provoca en la valoración de la conducta como constitutiva de delito el control que los agentes de la Guardia Civil tienen sobre el desarrollo de los hechos desde su intervención, conduce a negar relevancia penal a las fases de la conducta desarrolladas bajo el absoluto control policial, pues queda eliminado desde entonces el riesgo para el bien jurídico. Ello tiene dos consecuencias. En primer lugar, al contrario de lo que ocurre con los demás recurrentes, respecto de los que se ha acreditado su intervención en la organización de la operación y en la disponibilidad de la droga, la conducta de Manuel tiene lugar en la última fase de los hechos, precisamente en la ejecución material del transporte de la droga, que se efectúa en todo momento bajo directo control de los agentes de la Guardia Civil, sin que se haya declarado probada ninguna intervención anterior a ese momento, lo que debe dar lugar a su absolución. En segundo lugar, como se expresará en el Fundamento de Derecho Séptimo de esta sentencia al resolver sobre el correspondiente motivo, teniendo lugar esta última fase, ya controlada policialmente, y carente de relevancia penal, desde la reunión del día 16 de mayo, no puede afirmarse que resulte de aplicación el Código Penal de 1995, que no entró en vigor hasta el día 25 siguiente, por lo que no resultando más beneficioso, procede aplicar el vigente al tiempo de los hechos, esto es, el Código de 1973.

Conforme a lo expuesto, se desestiman los motivos de los recurrentes Alfredo y José y se estima el motivo de Manuel.(...)

FALLO

(...) Que debemos absolver y absolvemos a Manuel y debemos condenar y condenamos a Alfredo, a Roque y a José, como autores de un delito contra la salud pública por tráfico de drogas, relativo a sustancias que causan grave daño a la salud, en cantidad de notoria importancia y con la agravante de pertenecer a una organización, a Alfredo y Roque.