



Administración de Justicia

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID
SECCION DECIMOSÉPTIMA

Rollo 64/08 PA
Procedimiento Abreviado 7999/07
Juzgado de Instrucción nº 7 de Madrid

ILUSTRE COLEGIO PROCURADORES DE MADRID	
RECEPCIÓN	NOTIFICACIÓN
1 OCT 2009	2 OCT 2009
Artículo 151.2	L.E.C. 1/2000

SENTENCIA Nº 958/09

ULTIMOS. SRES. MAGISTRADOS:

ES COPIA

Dña.
Don
Dña.

En Madrid, a veintiuno de septiembre de dos mil nueve.

Visto y oído en juicio oral y público ante esta Sala del Procedimiento Abreviado 7999/07 del Juzgado de Instrucción 7 de Madrid por delito contra la salud pública del art. 368 del Código Penal contra el acusado, ... nacido el 28 de septiembre de 1986 en República Dominicana, hijo de ... y defendido por el letrado don Carlos Delgado Cañizares, siendo parte acusadora el ... y siendo Ponente la Magistrada Suplente Sra. ... que expone el parecer unánime de la Sala.

AESTIMATIO

A B O G A D O S

C/ Ríos Rosas, 54, Esc. A 4º Dcha. 28003 Madrid Tlf. 91 451 99 00 Fax 91 441 96 31
info@aestimatioabogados.com www.aestimatioabogados.com



Madrid



Administración
de Justicia

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Ministerio Fiscal en sus conclusiones definitivas calificó los hechos como constitutivos de un delito contra la salud pública del art. 368 del Código Penal considerando responsable al acusado en concepto de autor, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad y solicitando la imposición de la pena de prisión de 4 años y multa de 1.000 euros con arresto sustitutorio en caso de impago de 25 días.

SEGUNDO.- La defensa de _____ en sus conclusiones definitivas mostró su disconformidad con la calificación del Ministerio Fiscal, solicitando la libre absolución, alegando la existencia en el caso de autos de un delito provocado por las fuerzas de seguridad de estado.

TERCERO.- En último lugar se concedió la palabra al acusado.

HECHOS PROBADOS

Sobre las 21:00 horas del día veintidós de octubre de dos mil siete, el acusado, _____ de nacionalidad española, mayor de edad y carente de antecedentes penales, se encontraba en el intercambiador de autobuses de la Plaza de Castilla de Madrid, en posesión de tres cilindros envueltos en papel celofán conteniendo 30'216 gramos de cocaína, con un índice de pureza de 15'5% (lo que equivale a 4'713 gramos de cocaína pura) dispuesta para su venta, que hubiera alcanzado un precio en el mercado ilícito de 533'83 euros.

Dicha acción fue propiciada por la insistente petición de suministro de droga por parte de miembros de la Unidad Central de Seguridad del Ayuntamiento de Madrid, que le llamaron repetidamente a su teléfono móvil, así como al teléfono de su amigo _____ para conseguir que el acusado buscara la droga y se la

AESTIMATIO

A B O G A D O S



Madrid

C/ Ríos Rosas, 54, Esc. A 4º Dcha. 28003 Madrid Tlf. 91 451 99 00 Fax 91 441 96 31
info@aestimatioabogados.com www.aestimatioabogados.com

proporcionase, para ser detenido cuando estaba en posesión de la misma en el punto de encuentro que habían pactado con él.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La defensa del Sr. ... mantiene que estamos en presencia de un delito provocado. Comenzaremos por analizar que entiende la doctrina jurisprudencial por delito provocado así el Tribunal Supremo en sentencia de 20-5-1997, nº 702/1997, rec. 1204/1996. Pte: establece

lo siguiente: "ya desde atrás -ver sentencias de 8 de junio de 1984, 25 de septiembre de 1985, 9 de octubre de 1987 y 21 de septiembre de 1991, ésta última referida también a un caso de cohecho- recogió que el delito provocado es el que tan sólo llega a realizarse en virtud de inducción engañosa de un agente que, deseando conocer la propensión al delito de temor a o personas sospechosas y para que se lleve a cabo su torcida inclinación se espera simulando allanar y desembarazar el "iter criminis". Mas recientemente, la sentencia 883/1994, de 11 de mayo, ha recogido que en principio el agente provocador, en sentido estricto, es aquél que induce a otro a la comisión del delito, aunque no resulta punible en los términos del art. 14.2 del Código Penal (DL1995/16398, por no haber tenido el "doble dolo" que se exige para la inducción. En efecto, el inductor debe haber perseguido no sólo el comienzo de la ejecución por parte del autor inducido, sino también la consumación o el agotamiento del delito -al respecto se dividen las opiniones en la doctrina-, mientras que el agente provocador sólo persigue el comienzo de la ejecución y, en todo caso, su dolo no alcanza a la consumación o al agotamiento. Añadiendo la 988/1995, de 11 de octubre que existe una confirmada doctrina jurisprudencial que distingue entre el delito provocado, en el que falta la tipicidad y la culpabilidad, ya que el sujeto no hubiera actuado sin la previa y eficaz actuación incitadora del agente provocador, y los casos en que la actividad policial se dirige tan sólo al descubrimiento de un hecho delictivo que ya se estuviera realizando sin preceder provocación para ello por parte de las fuerzas policiales y, de los que las pruebas que se obtengan tienen plena validez por no haberse obtenido violando derechos o libertades fundamentales -sentencias de 20 de febrero y 21 de septiembre de 1991, 15 de febrero, 21 de marzo, 10 de julio, 17 de noviembre y 22 de diciembre de 1992, 14 de junio de 1993, 11 de mayo y 1 de julio de 1994 y 20 de enero de 1995-. Finalmente, la más reciente resolución 141/1993, de 13 de febrero, ha recogido que la teoría de delito provocado como enervador de efectos condenatorios está suficiente y reiteradamente consolidada en la doctrina de esta Sala Segunda que es la única que, al margen de la presunción de inocencia, puede y debe en legalidad ordenar señalar los presupuestos, los requisitos, el ámbito y los efectos de tan controvertida figura jurídica -sentencias de 10 de julio, 17 de noviembre y 22 de diciembre de 1992, 13 y 22 de mayo, 14 de junio, 3 de noviembre y 22 de diciembre de 1993, 11 de mayo de 1994 y 20 de enero y 13 de julio de 1995-.

Por delito provocado se entiende aquel que llega a realizarse en virtud de la inducción engañosa de una determinada persona, generalmente miembro de las Fuerzas de Seguridad que, deseando la detención de sospechosos, incita a perpetrar la infracción a quien no tenía previamente tal propósito, originando así el nacimiento de una voluntad criminal en supuesto concreto, delito que de no ser por tal provocación no se hubiere producido aunque de otro lado su compleja ejecución resulte prácticamente imposible por la prevista intervención ab initio de la fuerza policial.

Tal forma de proceder lesiona los principios inspiradores del Estado Democrático y de Derecho y desde luego desconoce el principio de legalidad y la interdicción de la arbitrariedad de los Poderes Públicos, contenidos en el art.



Administración de Justicia

C/ Ríos Rosas, 54, Esc. A 4º Dcha. 28003 Madrid Tlf. 91 451 99 00 Fax 91 441 96 31

www.aestimatioabogados.com

AESTIMATIO

ABOGADOS

info@aestimatioabogados.com



Madrid

9.3 de la Constitución Española EDL1978/3878. Mas, ha de diferenciarse esta figura de lo que se denomina "actuación de agente provocador".

Una cosa es el delito provocado que ha de ser enérgicamente rechazado porque, no existiendo culpabilidad, ni habiendo tipicidad propiamente dicha, se llega a la lógica conclusión de que el sujeto no hubiera actuado de la manera que lo hizo si no hubiera sido por la provocación previa y eficaz del agente inductor. La impunidad es entonces absoluta. No hay dolo criminal independiente y autónomo, como tampoco hay verdadera infracción penal, sólo el esbozo de un delito imposible...

Es distinta la conducta que, sin conculcar legalidad alguna, se encamina al descubrimiento de delitos ya cometidos, generalmente de tracto sucesivo como suelen ser los de tráfico de drogas, porque en tales casos los agentes no buscan la comisión del delito sino los medios, las formas o los canales por los que ese tráfico ilícito se desenvuelve, es decir, se pretende la obtención de pruebas en relación a una actividad criminal que ya se está produciendo pero de la que únicamente se abrijan sospechas.

En el primer caso no se da en el acusado una soberana y libre decisión para cometer el delito. En el segundo supuesto la decisión criminal es libre y nace espontáneamente. La proposición en este supuesto parte del autor y sujeto activo del delito de que se trate, aunque lo haga en la creencia errónea de que otras personas estarían en disposición también de cometerlos de una u otra forma. Mas tarde, de pasada, se alude a la escasa o nula motivación de las resoluciones, en general, sin especificar cuáles y se añade que el Tribunal no ha sido imparcial, con olvido de que debió instar la recusación de todo o parte de él, pero no venir a posteriori y porque tal órgano jurisdiccional no ha aceptado su pretensión absolutoria, imputándole una parcialidad sin justificación alguna. En cuanto a los defectos del reparto, ya se refirió antes esta Sala, pero en todo caso tales anomalías, que ni se aceptan ni niegan, porque carecen en absoluto de entidad constitucional, se han debido a unas actuaciones preprocesales del Ministerio Fiscal, que permite la nueva normativa de las Diligencias Previas y el Procedimiento Abreviado, que determinaron una actuación del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Ciudad Real y allí se remitió con toda lógica y razón la denuncia de Campos ante la Guardia Civil, que con corrección y en su carácter de Policía Judicial conocía la existencia de las diligencias de Fiscalía y al órgano instructor a quien correspondió su conocimiento".

En el caso de autos entendemos que aunque ha quedado acreditada, la participación del acusado en el delito que se le imputa, a la vista del resultado de la prueba practicada en el acto del juicio oral, entendemos que la actividad del acusado fue motivada por la actuación del agente provocador, es decir funcionarios de policía. Consta acreditado el listado de llamadas salientes del número de teléfono perteneciente a la Unidad Central de Seguridad del Área de Gobierno de Seguridad y Movilidad del Ayuntamiento de Madrid. Por la Unidad Central de Seguridad se informó que dicho número generalmente se asigna a Policías que desarrollan sus servicios de paisano en la calle, no conservando los listados de los usuarios concretos en la fecha 22 de octubre de 2007, ya que éstos se destruyen al año. En el listado de llamadas del teléfono policial consta que se efectuaron inmediatamente antes de ser detenido el Sr.

numerosas llamadas al teléfono móvil del propio y de su amigo

Así consta acreditado tanto por dicho listado como por el listado de llamadas del teléfono móvil del que se produjo el siguiente tránsito de llamadas. A las 19:20 horas se produjo una llamada desde el teléfono policial a a las 19:33 horas llamó a su amigo a las 19:35 horas se produjo una segunda llamada desde el teléfono policial al teléfono de a las 19:38 horas se produjo una llamada desde el teléfono policial a a las 19:41 horas llamó a ; a las 19:45 horas se produjo una segunda llamada desde el teléfono policial a a las 19:56 horas hizo la tercera llamada a a las 19:57 horas llamó al teléfono policial; a las horas desde el teléfono policial se hace una tercera llamada a ; a las 20:36 horas hizo una segunda llamada al teléfono policial; a las 20:46 horas se produjo una cuarta llamada desde el teléfono policial a y a las 21:00 horas se produjo la detención de en Plaza de Castilla.

Este tránsito de llamadas cuadra a la perfección con la explicación mantenida por el acusado de que recibió varias llamadas telefónicas de una persona que llamaba de parte de su amigo para que le consiguiese cocaína. que al principio le contestó que él no tenía la sustancia ni la podía conseguir, llamando a su amigo para pedirle explicaciones de porqué había dado su teléfono. El supuesto comprador llamó a para decirle que no quería conseguir la droga. Y tras varias llamadas del comprador a esté quedó convencido y quedó con esa persona, no en Aluche donde él estaba y donde consiguió la droga sino en la Plaza de Castilla.

Esta versión de lo sucedido la ratificó quien manifestó en el acto del juicio oral que estando él en Aluche se le acercaron dos personas y le preguntaron si podía conseguir cocaína para una fiesta o si sabía de alguien que pudiera conseguirla, a lo que contestó que no, quedándose estas personas un rato con él. Ante la insistencia de esas personas les dio el teléfono de por si él podía conseguir la droga. Manifestó que le llamó varias veces para decirle que le estaban llamando y que él no podía facilitarles la droga, que no le volvieran a llamar. Llamándole después a él también el supuesto comprador para decirle que no quería facilitárseles la droga.

en el acto del juicio oral manifestó que el supuesto comprador se hacía llamar [redacted] y añadió que una de las personas que se le acercó en el parque era uno de los agentes que había visto pasar a testificar, el más bajo con el pelo rizado (es decir el nº [redacted]).

Por su parte los agentes actuantes que le detuvieron, manifestaron que nada sabían de esas llamadas procedentes de un teléfono de su misma unidad. Todos negaron llamarse [redacted] o usar ese nombre. Los agentes manifestaron que estaban por la zona, en una actuación contra la venta ambulante sin saber precisar desde que hora.

Todos manifestaron que ellos no llevan teléfono móvil de la unidad y que esos teléfonos se los dan a los mandos, no a ellos, información que no concuerda con lo manifestado por su Unidad en oficio remitido a esta Sección unido al rollo de Sala.

Tres de los agentes dijeron que estando por el intercambiador de Plaza de Castilla un conductor les dijo que había una persona sospechosa en una zona apartada y oscura. El tercer agente, el número [redacted] manifestó que fueron varios los conductores los que les dieron esa información. Ninguno de ellos tomó la filiación de esa persona o personas, dato que no consta en el atestado y que por tanto, no ha podido ser contrastado.

El primero de los agentes que declaró, el nº [redacted], manifestó que cuando vieron al joven, éste estaba hablando por el móvil, mientras que el resto de agentes no recordaban este detalle, solo que se movía de un lado a otro como esperando a alguien.

Existen diferentes cuestiones que nos llevan a plantear la posibilidad de que se haya producido un delito provocado como son: las manifestaciones de los agentes de la denuncia del conductor o conductores que no ha podido ser contrastada; lo extraño de que tanto el acusado como su amigo recibieran tan numerosas llamadas de teléfono, precisamente de la Unidad a la que pertenecían los cuatro agentes intervinientes; la falta de explicación de estas llamadas al teléfono del acusado y al de su amigo momentos antes de su detención; al reconocimiento del testigo [redacted] de uno de los agentes que testificaron, como una de las personas que le pidieron la droga a él mismo; y por último a un detalle que se produjo en la declaración precisamente de este agente: El agente nº [redacted] nada más iniciar el interrogatorio manifestó que la actuación se había producido en el "intercambiador de Aluche", lugar donde curiosamente fue contactado.



Administración
de Justicia

C/ Ríos Rosas, 54, Esc. A 4º Dcha. 28003 Madrid Tlf. 91 451 99 00 Fax 91 441 96 31
www.aestimatiobogados.com info@aestimatiobogados.com

AESTIMATIO

A B O G A D O S



Madrid

No tenemos una acreditación exacta de que esas llamadas insistiendo a para que consiguiera la droga y citándole en determinado lugar para recogerla, hayan sido hechas por alguno de los agentes que le detuvieron, pero es claro que salieron de su Unidad, por lo que entendemos que a pesar de la prueba incriminatoria existente, que no es otra que el testimonio de esos agentes que vieron en actitud sospechosa, arrojando al verlos la bolsa que contenía la cocaína que llevaba, hay que ponerla en reserva

No consta que el acusado tuviera la droga en disposición de tráfico antes de la intervención policial y que con la intervención de la policía aflorara o se descubriera esa previa posesión, ni tampoco que aunque estuviera relacionado con la droga o con personas dispuestas a ponerla en circulación, tuviera asegurada su venta, sino que fue un funcionario de policía local (único con disposición de ese número de móvil) quien lo provocó solicitando la venta de la sustancia.

En definitiva no parece que la actuación de la policía fuera dirigida a averiguar y probar la existencia de infracciones penales ya cometidas o que se estuvieran cometiendo independientemente de dicha intervención, sino que su actuación provocó la comisión del delito, incitando al acusado a proveerse de la droga para suministrarla al agente. Entendiendo por tanto, que nos encontramos en presencia de un delito provocado proscrito doctrinal y jurisprudencial mente (SS. 14-6 y 22-5 de 1.993, 1-7 - 1994 y 30-3-1996 entre otras muchas) y ello porque el provocador actúa en modo engañoso, fingiendo un comportamiento que incita al delito llamado por eso "delito provocado", siendo a infracción por tanto impune porque carece de realidad, es pura ficción si se tiene en cuenta que fue un tercero el que quiso que la norma penal se conculcara, impetrando la defensa de la legalidad y la persecución de los delincuentes (STS. 14-2-95), pudéndonos encontrar incluso en presencia de un delito imposible (S. TS. 1-7-94) por estar controlados sus resultados y así en ningún momento resultar peligroso para el bien jurídico protegido. Tampoco resulta acreditada la culpabilidad del acusado que no hubiera obrado como lo hizo, sin la intervención eficaz del agente desencadenante, de tal modo que, en definitiva, no pueda hablarse de acción delictiva aunque los resultados observados lo aparenten. En los casos de provocación delictiva se ha recordado su incompatibilidad con los principios propios de un Estado de Derecho como el instaurado en España con la Constitución vigente y, en particular con las



garantías que ofrecen los principios de legalidad y del proceso debido, así como la interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos.

Por ello entendemos acreditado que estamos en presencia de un delito provocado lo que conlleva la libre absolución del Sr.

SEGUNDO: Conforme a lo dispuesto en el art. 240-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, procede declarar de oficio las costas procesales causadas.

Vistos los preceptos legales citados y demás de aplicación,

FALLAMOS:

Que debemos absolver y absolvemos a _____
del delito contra la salud pública por el que venía siendo acusado,
declarando de oficio las costas procesales causadas.

Se decreta el comiso y la destrucción de la sustancia intervenida.

Dedúzcase testimonio de lo aquí actuado por si la conducta de los agentes de Policía Municipal de Madrid números _____, _____ y _____ pudieran ser constitutivos de ilícito penal.

Esta sentencia es recurrible en casación ante el Tribunal Supremo, recurso que, en su caso, deberá prepararse mediante escrito a presentar en la Secretaría de esta Sección en el término de cinco días.

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y a las demás partes procesales.

Así, por esta sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.



PUBLICACION.- Leída y publicada la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente que la firma, estando celebrando Audiencia Pública en el mismo día de la fecha, de lo que doy fe.

AESTIMATIO

A B O G A D O S

C/ Ríos Rosas, 54, Esc. A 4º Dcha. 28003 Madrid Tlf. 91 451 99 00 Fax 91 441 96 31
info@aestimatioabogados.com www.aestimatioabogados.com



Madrid