

EL AGENTE ENCUBIERTO Y SU DIFERENCIACIÓN CON LA PROVOCACIÓN PARA DELINQUIR

(Comentario a la STS de 6 de noviembre de 2013)¹

Ángel Muñoz Marín

Fiscal (Fiscalía General del Estado)

EXTRACTO

Hay agente encubierto cuando el que actúa como tal no crea las condiciones materiales del delito ni induce a ejecutarlo, sino que, sabiendo por un medio legítimo que está en curso de realización y podría llegar a cometerse, actuando con autorización judicial al efecto, se infiltra en el grupo criminal, y propicia la detención de sus componentes. La provocación delictiva es una inducción engañosa que supone generar en otro el propósito de delinquir; lo que no se da cuando el sujeto investigado es el dueño de la iniciativa criminal, al haber tomado por su cuenta la decisión de llevar a cabo una acción penalmente antijurídica.

Palabras claves: delitos contra la salud pública, tráfico de drogas, delito provocado, agente encubierto y principio acusatorio.

Fecha de entrada: 12-02-2014 / Fecha de aceptación: 13-02-2014

THE UNDERCOVER AGENT AND DIFFERENTIATION WITH INCITEMENT TO COMMIT CRIME

(Commentary on the Supreme Court of 6 November 2013)

ABSTRACT

There are undercover agent when acting as such does not create the material conditions of the offense or induce a run, but, knowing that it is a legitimate means in progress and could be committed, acting with judicial authorization to effect infiltrates in the criminal group and promote the arrest of its components. The criminal provocation is a deceptive induction, which involves generating another in order to commit a crime, which does not occur when the research subject is the owner of the criminal enterprise, having taken on their own decision to carry out a criminal action unlawful.

Keywords: crimes against public health, drug trafficking, provocation of crime, undercover agent and accusatory principle.

¹ Véase el texto de esta sentencia en <http://civil-mercantil.com/>.

La sentencia conoce, entre otros, de dos motivos de casación que, bajo el paraguas del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, alegan vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías por la actuación del agente encubierto; y en segundo lugar la vulneración del principio acusatorio, al no haber estimado la Sala de instancia una de las atenuantes postuladas por la acusación pública.

El relato de hechos probados puede resumirse de la siguiente manera: en el mes de febrero de 2009 uno de los recurrentes contactó con un agente de la policía nacional, del que ignoraba que ostentase tal cargo, manifestándole que importaba cocaína y que necesitaba una vía de entrada por la aduana en un puerto de España. Meses después volvió a llamarle y, con la misma finalidad, se reunieron en tres ocasiones junto con otro de los recurrentes, presentándose este último como representante de una organización gallega, y aunque hablaron de tráfico de drogas, no llegaron a realizarle ninguna propuesta concreta. El 11 de febrero de 2010, el agente de la policía nacional –que desde el 7 de septiembre de 2009 había sido autorizado por el Juzgado de Instrucción a actuar como agente encubierto– se reunió con cuatro de los recurrentes, quienes le manifestaron que iban a transportar oculto en un contenedor 200 kilos de cocaína y que necesitan del agente de policía, del que creían ser un particular con contactos en la aduana, que les facilitara el acceso por Algeciras. Días después le fueron entregados 25.000 euros como pago anticipado. Posteriormente, siguiendo la información del agente encubierto, de modo controlado, los investigadores policiales procedieron a la retirada de dos contenedores, procediendo a la entrega de la partida de cocaína.

El primero de los motivos de casación, que, como ya adelantábamos, se fundamenta en sede del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y en el artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal –que regula la actuación del denominado agente encubierto, introducido en la norma procesal mediante la LO 5/1999, de 13 de enero–, alega que la actuación del agente encubierto se produjo con anterioridad a que el Juez de Instrucción le otorgara mediante auto la condición de agente encubierto y, por tanto, la condición que realmente ostentó fue la de «agente provocador del delito» (los hechos probados de la sentencia describen que el primer contacto del agente de la policía nacional con uno de los recurrentes se produjo en el mes de febrero de 2009, mientras que el auto que le confiere la condición de agente encubierto es del 7 de septiembre de 2009).

La sentencia, ya adelantamos, desestima el motivo de casación planteado, ya que no cabe confundir la figura del agente encubierto, con las connotaciones que el mismo conlleva, con la figura del delito provocado.

Para una mejor comprensión del razonamiento que discurre el Alto Tribunal parece conveniente distinguir entre ambas figuras: por una parte, la del agente encubierto, con la cobertura legal que le atorga el artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y, por otra, la del delito provocado.

El **delito provocado**, cuyo tratamiento ha sido objeto de una extensa jurisprudencia, parte de un hecho incuestionable: el sujeto que posteriormente va a cometer el delito, en el momento en que aparece ese «tercero» –un agente de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado–, no tiene voluntad alguna de delinquir. No ha nacido en él la idea criminal, sino que es la actuación directa de este tercero la que hace representarse la acción delictiva y posteriormente llevarla a cabo. Estamos en presencia de un verdadero agente instigador del delito. El delito provocado choca frontalmente con lo establecido en el artículo 9.3 de la Constitución –principio de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos–, siendo del todo inadmisibles que en un Estado democrático los poderes públicos instiguen la comisión de delitos. Para la jurisprudencia del Tribunal Supremo, los elementos que vertebran la construcción del delito provocado son de carácter subjetivo –el tercero hace nacer en el sujeto el dolo de delinquir, dolo que hasta ese momento era inexistente–, objetivo –la finalidad de la inducción a la comisión del delito es proceder a la detención del sujeto– y finalmente el elemento material –todo el iter delictivo está bajo el control de los agentes de la autoridad, con lo cual el bien jurídico no ha estado en peligro en ningún momento, faltando por ello la tipicidad y culpabilidad–. El delito provocado está al margen de cualquier cobertura legal, es más, el ordinal quinto del artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal señala que «el agente encubierto estará exento de responsabilidad criminal por aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, siempre que guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma y no constituyan una provocación al delito».

No hay que confundir la figura del delito provocado, señala el Tribunal Supremo, con aquellos casos en que la intervención de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado se limita a comprobar la existencia de una previa acción delictiva ya decidida y, en algunos casos, puesta en marcha. Se trata de obtener pruebas de una actuación delictiva (STS 1166/2009, de 12 de noviembre).

La figura del **agente encubierto**, que no olvidemos tiene una cobertura legal –art. 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal–, tiene como finalidad la de infiltrarse en el seno de una organización criminal para la comprobación de una actuación delictiva que ya está decidida por el sujeto o sujetos con anterioridad a la aparición de dicho agente. La intervención del agente encubierto puede producirse en cualquier secuencia del iter criminal, siendo, sin duda, en los delitos de tracto sucesivo donde desempeña una función más relevante. Pero insistimos, el nudo gordiano de la figura del agente encubierto es la previa decisión del sujeto a cometer el delito, el agente encubierto podrá colaborar, con actuaciones accesorias al buen fin del iter delictivo (adquirir y transportar efectos o instrumentos del delito), pero en nada influirá en la toma de la decisión de delinquir. La finalidad última de la actuación del agente encubierto es la detención de los intervinientes en el delito.

Vista la distinción entre ambas figuras, el reproche que hace el recurrente radica, como ya apuntábamos, en que la actuación del agente encubierto, al ser anterior a la existencia del auto habilitante, le convierte en agente provocador del delito. El razonamiento del Tribunal Supremo se sustenta en que estamos ante delitos nacidos en el seno de organizaciones criminales, delitos complejos que no nacen y se desarrollan en un escaso lapso de tiempo, sino que su íter se prolonga en el tiempo. El artículo 282 bis se refiere a «investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada», por ello es preciso que existan «previas actividades de investigación» por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, y son precisamente estas investigaciones previas las que van a portar datos serios que permitan por parte del Juez de Instrucción la adopción de la medida excepcional. En palabras del Tribunal Supremo: «Cuestionar la existencia de investigaciones previas a la entrada en acción del agente encubierto como tal, y, al mismo tiempo, pedir que su habilitación cuente con apoyo en elementos de juicio dotados de suficiente base empírica para dar racionalidad a la medida, tiene algo de contradictorio».

De la lectura de los hechos probados se objetiva, sin ningún género de dudas, que la actuación del agente de la policía nacional siempre se produjo con posterioridad a la decisión de llevar a cabo el delito por los recurrentes y, por tanto, en ningún caso estamos en presencia del delito provocado. Su actuación fue meramente accesoria.

Finalmente, y antes de pasar al análisis del motivo siguiente, conviene hacer una precisión respecto a la figura del agente encubierto. El ordinal primero del artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal señala en su último párrafo que «la información que vaya obteniendo el agente encubierto deberá ser puesta a la mayor brevedad posible en conocimiento de quien autorizó la investigación». Señala el Tribunal Supremo que el incumplimiento de esa obligación de aportar con prontitud al Juez de Instrucción aquellas informaciones que se obtengan por la labor realizada por el agente encubierto no supone la vulneración de un derecho fundamental, sino una mera irregularidad procesal. Por ello, el efecto que producirá no será la nulidad del mismo. Habrá que acreditar los efectos que dicha irregularidad produce en los datos o pruebas que se hayan obtenido. Esta afirmación deriva de la reiterada doctrina del Tribunal Supremo, que, ante las alegaciones de vulneración de derechos fundamentales –tutela judicial efectiva–, la parte que la alega deberá de acreditar la realidad de la misma, así como los efectos reales que haya producido.

El segundo de los motivos que analizamos es el relativo a la vulneración del principio acusatorio, al no haber apreciado el tribunal a quo la atenuante analógica de arrepentimiento espontáneo postulada por el Ministerio Fiscal. El problema suscitado arranca del hecho de que la acusación pública solicita la aplicación del tipo agravado de «organización» y a la vez la atenuante analógica de arrepentimiento, interesando una pena de ocho años de prisión. La Audiencia Provincial entiende que no procede la aplicación de la agravación, pero tampoco aprecia la atenuante de arrepentimiento, imponiendo una pena de prisión de seis años (sensiblemente inferior a la solicitada por la acusación pública). Este motivo presenta una peculiaridad, ya que son dos los recurrentes: en el primero, con las mismas connotaciones que en el segundo, se impone

una pena de ocho años de prisión, mientras que en el segundo se impone una pena de seis años de prisión. En el primer caso el Tribunal Supremo entiende vulnerado el principio acusatorio, no así en el segundo.

El principio acusatorio, uno de los pilares sobre los que se sustenta del derecho a la tutela judicial efectiva –art. 24 de la Constitución–, significa que nadie puede ser condenado por algo distinto a lo que ha sido objeto de acusación. El objeto del proceso, esto es, los hechos de los que se hace responsable al acusado, se configura definitivamente en el momento de las calificaciones definitivas. Por ello, el órgano de enjuiciamiento no puede apartarse de lo que ha sido el objeto del proceso, la pretensión punitiva de las acusaciones, a la hora de dictar sentencia. Si lo hiciera, estaría vulnerando el derecho de defensa que tiene todo acusado. Pero esta pretensión punitiva se desdobra en un doble sentido: por un lado, el sustento fáctico de la acusación (aque- llos hechos objeto de acusación) y, por otro lado, la calificación jurídica que de los mismos se hagan. Esto se traduce en que no se puede condenar por delitos heterogéneos, esto es, de distinta naturaleza, solo lo podrá ser por delitos homogéneos, y siempre que la pena impuesta no exceda de la solicitada por las acusaciones. A mayor abundamiento, la **STS 968/2009, de 21 de octubre**, afirmaba que «no es suficiente que la pena no supere la pedida por la acusación, pues resulta obligado, igualmente, la apreciación de la eximente incompleta, máxime cuando la sola sujeción a la pena lo sería a una indebidamente aplicada, ya que su determinación viene condicionada con la apreciación de una eximente incompleta que solicitó la acusación y que supuso una pena inferior en grado». Por tanto, la praxis judicial ha venido defendiendo que la no aplicación en la sentencia, tanto de atenuantes como de eximentes incompletas, apreciadas por las acusaciones, vulnera el principio acusatorio y el derecho de defensa. La STS de 21 de octubre de 2009 justificaba tal afirmación con la siguiente argumentación: «Análogicamente la desestimación de una circunstancia atenuante apreciada por la acusación y aceptada por la defensa (y con mayor razón cuando tal circunstancia sea como calificada o eximente incompleta) da lugar a aquella violación del principio acusatorio y crea una semejante situación de indefensión, pues es evidente que el acusado, ante una valoración favorable de su estado mental al cometer el delito, que el Fiscal –único acusador– reconoce, puede pensar (como Juez de su propio interés) que es innecesario hacer alegaciones sobre lo que las partes aceptan como hecho válido, no necesitando defenderse de la imputación de un nivel de imputabilidad superior al que la acusación le imputa».

La única duda que podría plantearse es la posibilidad de que, siendo varias las acusaciones presentes en el proceso, tales circunstancias modificativas de la responsabilidad sean postuladas por alguna de las acusaciones pero no de forma unánime. En tal caso, hay que entender que el órgano de enjuiciamiento no tendría esta restricción y podría optar por su aplicación o no, ya que la defensa ha tenido conocimiento de que, al menos, una de las acusaciones no coincide en la aplicación de la atenuante o eximente incompleta y, por tanto, ha podido ejercitar sin cortapisas su derecho de defensa. Solo en el caso de que las acusaciones las solicitaren de forma unánime, quedaría el órgano judicial constreñido. En el caso que nos ocupa, la pena impuesta por la Audiencia Provincial a uno de los condenados es inferior a la interesada por el Ministerio Fiscal, por lo que, sin perjuicio de que habrá de hacerse constar en la sentencia la existencia de la atenuante

postulada, no se vulnera el principio acusatorio, ya que la impuesta es sensiblemente inferior a la interesada por el Ministerio Fiscal; sin embargo, en el otro supuesto sí entiende vulnerado tal principio, imponiendo una pena de prisión de siete años y seis meses.