

TRÁFICO DE DROGAS. AGENTE ENCUBIERTO

(Comentario a la STS, Sala de lo Penal, de 1 de marzo de 2011) ¹

CASTO PÁRAMO DE SANTIAGO
Fiscal (Fiscalía Provincial de Madrid)

Extracto:

EL principio non bis in ídem se violaría cuando con base en una colaboración eficaz para la investigación se inaplicara el artículo 376 y la atenuante 4 del artículo 21 del Código Penal de forma conjunta. No procede sostenerse que hubiera abandonado voluntariamente sus actividades y sí forzado por la actuación policial, al existir una actuación de la Guardia Civil en la aduana del aeropuerto que fue seguida de la detención. Las declaraciones como testigos en el plenario de los agentes policiales sobre el hecho de conocimiento propio, al estar prestadas con las garantías procesales propias del acto, constituyen prueba de cargo apta y suficiente para enervar la presunción de inocencia. La declaración de los agentes de policía prestada con las garantías propias de la contradicción, inmediación y publicidad es prueba hábil y suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, correspondiendo su valoración, en contraste con las demás pruebas, al tribunal de instancia, por cuanto la relevancia del juicio oral reside en la posibilidad que tiene el juez de percibir directamente las pruebas que se desarrollan, que en el caso de las pruebas personales y, en particular, la testifical, adquiere una mayor importancia, al poder discernir las condiciones del testigo, el origen de su conocimiento, su capacidad de comprensión de la realidad, etc., lo que, en definitiva, se resume en la fuerza de convicción de los testimonios. El testimonio del agente encubierto se ve corroborado por el contenido de las grabaciones de las conversaciones telefónicas. Para la existencia del delito provocado, es exigible que la provocación parta del agente provocador, y debe considerarse como penalmente irrelevante, procesalmente inexistente y, por todo ello, impune. No existe delito provocado, 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 permiten impedir o sancionar el delito. No puede apreciarse la atenuación cuando es tendenciosa, equívoca y falsa, exigiéndose que no oculta elementos relevantes y que no añade falsamente otros diferentes, de manera que se ofrezca una versión irreal que demuestre la intención del acusado de eludir sus responsabilidades. La reforma introducida por la Ley Orgánica 5/2010 ha añadido una nueva circunstancia en el artículo 21, que es la de dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento. La dilación no es indebida si responde al ejercicio de su derecho procesal. La solicitud de pruebas o la interposición de recursos comportan una dilación en la tramitación de la causa, pero responden al ejercicio de elementales derechos, por lo que la dilación propia de la tramitación de estos recursos no puede nunca ser calificada como indebida ni apreciarse atenuante con base en ello.

Palabras clave: tráfico de drogas, juez predeterminado por la ley, presunción de inocencia, delito provocado, dilaciones indebidas, confesión.

¹ Véase el texto de esta sentencia en *Ceflegal. Legislación y Jurisprudencia*, núms. 127-128, agosto-septiembre 2011.

TRAFFIC OF DRUGS. CONCEALED AGENT

(Commentary on the Tribunal Supremo judgments of 1 march 2011) ¹

CASTO PÁRAMO DE SANTIAGO

Fiscal (Fiscalía Provincial de Madrid)

Abstract:

THE principle of ne bis in idem would be violated when on the basis of an effective collaboration for the investigation there would be unapplied the article 376 and the attenuant 4 of the article 21 of the Penal Code of form combines. It does not proceed to be supported that it should leave voluntarily his activities and if forced by the police action, when an action of the Police exists in the customs of the airport that was followed by the detention. The declarations like witnesses in the plenary one of the police agents on the fact of own knowledge on having been given by the procedural own guarantees of the act, constitute a suitable and sufficient test of post to enervate the presumption of innocence. The declaration of the agents of policeman given with the own guarantees of the contradiction, immediacy and advertising, it is a skilful and sufficient test to spoil the presumption of innocence, corresponding his valuation, in contrast with other tests, to the Court of instance, since the relevancy of the oral judgment resides in the possibility that they have the Judge of perceiving directly the tests that develop, that in case of the personal tests and especially, the testifical, he acquires a major importance, to it be able to discern the conditions of the witness, the origin of his knowledge, his capacity of comprehension of the reality, etc. What, definitively is summarized in the force of conviction of the testimonies. The testimony of the concealed agent meets corroborated by the content of the recordings of the telephonic conversations. For the existence of the provoked crime, it is exigible that the provocation departs from the provocative agent, and must be considered to be like irrelevant to effects of the criminal law, and non-existent to procedural effects and, by all this, unpunished. Provoked crime does not exist, when the agents of the authority suspect or know the existence of a criminal activity and infiltrate between quines they carry out her, in search of information or tests that allow to prevent or to sanction the crime. It cannot appreciate the attenuation when it is tendentious equivocal and false, being demanded that it does not conceal relevant elements and that it does not add falsely different others, so that there offers an unreal version that demonstrates the intention of the defendant of eluding his responsibilities. The reform introduced by Law 5/2010, it has added a new circumstance in the article 21 that is that of extraordinary and undue delay in the processing of the procedure. The delay is not undue if it answers to the exercise of his procedural law. The request of tests or the interposition of resources endures a delay in the processing of the reason, but they answer to the exercise of elementary rights, by what the own delay of the processing of these resources can never be considered to be like undue not even being does not even consider to be an attenuant.

Keywords: traffic of drugs, judge predetermined by the law, presumption of innocence, provoked crime, undue delays, confession.

¹ Véase el texto de esta sentencia en *Ceflegal. Legislación y Jurisprudencia*, núms. 127-128, agosto-septiembre 2011.

La sentencia resuelve el recurso de casación respecto de numerosos motivos, que normalmente suelen integrarse como tales, con la variante que afecta a la existencia de un agente encubierto que, en aplicación de la legislación vigente, trata con su actuación de descubrir a los autores e impedir la continuación en su proceder delictivo, cuyo ámbito de actuación se centra en delitos graves, en los que existe una organización con fines delictivos, y que mediante la infiltración en la misma de un agente de policía se pretende conocer sus fines, así como conocer sus planes para los fines mencionados.

Los hechos brevemente son los siguientes: en el puerto de Barcelona es descargado un contenedor, en cuyo interior había una cantidad importante de cocaína. No se persona nadie y se procede a la entrega controlada. No obstante, se sabe que la organización está buscando personas que puedan sacarlo, razones que determinan que se autorice a un guardia civil como infiltrado en la organización, con el fin de identificar a los miembros de la organización, su implicación y desarticularla, así como aprehender la sustancia estupefaciente, lo que determinó la identificación de los mismos, para lo cual se acordaron las oportunas intervenciones telefónicas. Uno de los imputados colaboró para detener a otras personas involucradas. Se aprehendió cocaína con un peso de 400 gramos con 73,4 por 100 de riqueza base.

Dentro de los motivos de casación que se esgrimen voy a tratar los que considero más interesantes desde el punto de vista sustantivo, como el delito provocado, el agente encubierto, la aplicación de determinadas atenuantes. Así se esgrime como motivo del recurso la existencia del delito provocado y, por tanto, la irrelevancia a esos efectos de la declaración del guardia civil interviniente, ya que su intervención determinó la comisión del delito y, por consiguiente, el mismo no puede ser considerado como tal, con lo cual, su declaración no puede tener efectos que determinen el alzamiento de la presunción de inocencia.

Debe iniciarse esta cuestión mencionando que de delito provocado solo cabe hablar cuando la intervención del agente tiene lugar antes de que los posibles autores hayan comenzado la preparación del hecho punible; por el contrario, cuando la preparación del delito ya ha comenzado y la policía tiene sospechas fundadas de ello, no existe ya provocación en el sentido (inducción directa) del artículo 28 a) del Código Penal, ni del artículo 18.1 del mismo (incitación a la perpetración del delito). La provocación debe ser apreciada cuando el autor fue inducido a la comisión de un delito que no pensaba cometer. Por consiguiente, en la medida en que el autor no fue objeto de una inducción, no cabe admitir en este caso que el delito fue provocado por las autoridades de persecución (STS de 8 de enero de 2009).

Solo 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 de la autoridad; en estos casos,

estos funcionarios se limitan a cumplir con sus deberes legales de averiguación del delito y persecución de los delincuentes. Una cosa es el delito provocado, que ha de ser 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 hubiere sido por la provocación previa y eficaz del agente incitador; la impunidad es entonces absoluta, pues no hay dolo criminal independiente y autónomo, como tampoco hay verdadera infracción penal, sino solo el esbozo de un delito imposible. Otra cosa es la conducta que, sin conculcar legalidad alguna, se encamina al descubrimiento de delitos ya cometidos, generalmente de tracto sucesivo, como en el presente supuesto, 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 con una actividad criminal que ya se está produciendo pero de la que únicamente se abrigan 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. 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 este, 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 policía.

Por tanto, con ese modo de actuar, habiéndose cumplido los requisitos que determinan la actuación del agente encubierto, y que recoge la mencionada norma, y cuya actuación es perfectamente lícita aunque se realicen engaños o se fijen aspectos irreales, pues no se origina un delito inexistente sino que se hace para determinar el cometido anteriormente. No se da lugar a la actuación del agente encubierto para lograr con su actuación dar cobertura a un delito que no existía y detener a los responsables, sino, conociendo la existencia de un hecho delictivo previo, lograr mediante la simulación de identidades, situaciones y relaciones la determinación de los responsables y conseguir su detención.

La actuación posterior del agente encubierto en el ámbito procedimental, cuando declara en las actuaciones y en el ámbito del juicio oral, debe enmarcarse en la prueba testifical, y así declarar ante el órgano jurisdiccional que va a decidir el mismo. Su previa actuación no invalida su declaración posterior, sino que actuó con la habilitación legal que le permitió intervenir en el caso concreto, unido al resto de las pruebas que, en este caso, fueron las intervenciones telefónicas adoptadas con todas las garantías, que fueron adoptadas por el juez en resoluciones motivadas y fueron objeto de control judicial, y ello aunque afectara al teléfono del agente y se refiriese a mensajes que fueron a él remitidos, y posteriormente utilizados por el mismo, pues no convierte en secreto lo que en su origen no lo fue pese al ataque casacional del que también son objeto, ya que cualquier intervención como la presente tendrá por objeto la audición, grabación y transcripción de las conversaciones y, si bien su éxito descansa en el desconocimiento de la misma durante su realización, lo que exigiría que fuera declarado el secreto de sumario, su vulneración no puede simplemente y sin más determinar una vulneración del artículo 118 de la LECrim., y ello en la medida en que la imputación es posterior a esta; no existía imputación previa de un acto punible, lo que no podía conocerse sin el resultado final de la medida o valorando otros datos que se hubieran obtenido durante la investigación, y no tenía la condición de denunciado ni de querellado ni de imputado, ni ser parte en la causa, por lo que carecía del derecho a ser notificado de la medida de investigación adoptada.

Se alude igualmente como motivo de casación a la inaplicación de las dilaciones indebidas, recogida por la reforma 5/2010 como circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal, pero que debe contener los requisitos que ha venido exigiendo el Tribunal Supremo. En este sentido se puede decir que dilación indebida es, por tanto, un concepto abierto o indeterminado que requiere, en cada caso, una específica valoración acerca de si ha existido efectivo retraso verdaderamente atribuible al órgano jurisdiccional, es el mismo injustificado y constituye una irregularidad irrazonable en la duración mayor de lo previsible o tolerable (SSTC 133/1988, de 4 de junio, y del TS de 14 de noviembre de 1994, entre otras). Y así, los factores que han de tenerse en cuenta son los siguientes: la complejidad del proceso, los márgenes ordinarios de duración de los autos de la misma naturaleza en igual periodo temporal, el interés que arriesga quien invoca la dilación indebida, su conducta procesal y la de los órganos jurisdiccionales en relación con los medios disponibles. La dilación en el presente caso no fue indebida en la medida en que vino determinada por actuaciones de la defensa en la petición de pruebas y en la interposición de recursos, por lo que la dilación que provoca la tramitación no puede tener esa consideración. Tampoco puede tener esa consideración la que dimana de las suspensiones que provocan acusados y sus defensas y, por tanto, no imputables al tribunal.

También rechaza el Tribunal Supremo la atenuante de confesión a las autoridades de la infracción cometida, que se encuentra relacionada con la aplicación que se demanda del tipo privilegiado del artículo 376 del Código Penal. Los requisitos integrantes de la atenuante de confesión son los siguientes:

1. Tendrá que haber un acto de confesión de la infracción.
2. El sujeto activo de la confesión habrá de ser el culpable.
3. La confesión habrá de ser veraz en lo sustancial.
4. Habrá de mantenerse a lo largo de las diferentes manifestaciones realizadas en el proceso, también en lo sustancial.
5. Ha de hacerse ante autoridad, agente de la autoridad o funcionario cualificado para recibirla.
6. Tendrá que concurrir el requisito cronológico, consistente en que tendrá que haberse hecho antes de conocer el confesante que el procedimiento se dirigía contra él, habiendo de entenderse que la iniciación de diligencias policiales ya integra procedimiento judicial, a lo efectos de la atenuante. Por «procedimiento judicial» debe entenderse, conforme a la jurisprudencia de esta Sala, las diligencias policiales que, como meras actuaciones de investigación necesariamente han de integrarse en un procedimiento judicial.

En relación con la atenuante de confesión se ha apreciado la analógica en los casos en los que, no respetándose el requisito temporal, sin embargo el autor reconoce los hechos y aporta una colaboración relevante para la justicia, realizando así un acto contrario a su acción delictiva que de alguna forma contribuye a la reparación o restauración del orden jurídico vulnerado. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 2004 ha entendido que la circunstancia analógica de colaboración con la justicia requiere una aportación que, aun prestada fuera de los límites temporales esta-

blecidos en el artículo 21.4.^a del Código Penal, pueda ser considerada como relevante a los fines de restaurar de alguna forma el orden jurídico perturbado por la comisión del delito.

Sin embargo no existen, como se desprende del relato de la sentencia, elementos que determinen la aplicación como muy cualificada al no haber tenido la relevancia exigida para estos supuestos, aunque sí se aplicó como atenuante ordinaria. No cabe apreciar en este comportamiento algo más que una mera confesión. No se trata de una colaboración activa de especial relevancia, ni próxima al comportamiento legalmente prevenido en el artículo 376 del Código Penal, cuya aplicación también se solicita como merecedora de aplicación pero que no es procedente al no constituir contribución del acusado a la investigación y, fundamentalmente, con las poderosas razones de política criminal que justifican la atenuación específica prevenida en el mencionado precepto (colaboración activa de arrepentidos en la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables). Además no es posible la aplicación simultánea de la atenuante ordinaria y el tipo privilegiado mencionado.