

EL TRÁFICO DE DROGAS Y EL DELITO PROVOCADO CON AGENTE ENCUBIERTO

CASTO PÁRAMO DE SANTIAGO

Fiscal (Fiscalía Provincial de Madrid)

Extracto:

SE localiza un contenedor en un buque ubicado en un puerto español y procedente de un país americano, en cuyo interior no solo hay el contenido declarado oficialmente sino también cocaína. Las sospechas que tiene la organización criminal sobre la posibilidad de que la Policía pudiera estar sobre aviso y vigilando provoca que no envíe personas a recogerlo. Ante ese proceder, la Policía sospecha que serán terceras personas colaboradoras con la organización criminal las que acudirán a recogerlo y entregárselo a esta, por lo que se considera que un agente encubierto proceda a realizar ese cometido, lo que podrá dar lugar a la localización de los integrantes de la organización y tratar de conseguir la detención de los mismos y el sometimiento al proceso penal correspondiente.

Palabras clave: tráfico de drogas, agente encubierto, delito provocado.

Abstract:

A container is located in a nose located in a port Spanish and proceeding from an American country, in whose interior not only there is the content declared officially but also cocaine. The suspicions that the criminal organization has on the possibility that the police could be on notice and monitoring it provokes that it does not send persons to gather it. Before this to proceed the police suspect that they will be third persons collaborators with the criminal organization those who were coming to gather and it to be delivered this one it, for what it is considered that a concealed agent should proceed to realize this assignment, which will be able to give place to the location of the members of the organization and to try to obtain the detention of the same ones and the submission to the penal corresponding process.

Keywords: traffic of drugs, concealed agent, provoked crime.

ENUNCIADO

Tras la llegada a un puerto del litoral español de un buque del que se descarga un contenedor con un contenido consistente en cocaína, y transcurrido un periodo de tiempo sin que nadie fuera a recogerlo de la aduana, lo que impidió la entrega controlada del mismo y tener conocimiento de que la organización dueña del mismo estaba buscando personas que pudieran sacarlo del puerto y serle entregado, se procedió, mediante la correspondiente autorización judicial, a introducir a un agente encubierto, mediante la atribución de una identidad supuesta para esos fines: sacarlo del recinto aduanero y entregarlo a la organización y así conseguir llegar a su estructura, conocer su funcionamiento, sus integrantes y proceder a desarticularlo. Como consecuencia de la instrucción del procedimiento se realizaron numerosas intervenciones telefónicas, autorizadas por el juez de instrucción, que permitieron conocer las conversaciones entre el agente encubierto y miembros de la organización, e igualmente se realizaron seguimientos y vigilancias por la Guardia Civil, logrando la detención de los implicados. El resultado de la operación logró la incautación de 400 kilos de cocaína y la detención de los implicados que fueron sometidos a un procedimiento penal por delito de tráfico de drogas, que dio lugar a la vista oral en la que se alegaron determinados motivos para lograr la absolución, como la ausencia de pruebas de cargo, la existencia de un delito provocado, la ilegalidad de las intervenciones telefónicas entre el agente y los imputados, así como la divulgación de los SMS que le fueron remitidos por miembros de la organización.

CUESTIONES PLANTEADAS:

1. Agente encubierto: criterios de aplicación.
2. Delito provocado.
3. Intervenciones telefónicas.
4. Prueba suficiente.

SOLUCIÓN

1. El supuesto del caso que se propone es un ejemplo que en el ámbito del tráfico de drogas supone la actuación de la delincuencia organizada. Esta es una realidad que exige la actuación del Estado con la finalidad de poner fin a sus actividades, descubrir a los integrantes, aplicarles las normas penales referidas al caso concreto, siendo varios los instrumentos que existen en nuestra legislación, como la entrega vigilada de la droga o la actuación de la figura del agente encubierto, de reciente implantación en España, y que permite que la propia Policía por medio de uno de sus miembros y con fines de investigación del delito pueda infiltrarse mediante el uso de una identidad supuesta, y de esa manera descubrir a sus integrantes, conocer sus actividades delictivas y, finalmente, conseguir que los miembros de la organización sean juzgados.

La Ley Orgánica de 13 de enero de 1999 reguló en el artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim.) la figura del agente encubierto, que permite al juez autorizar a funcionarios de la Policía mediante resolución fundada y a los fines de la investigación de determinadas actividades relacionadas con las actividades propias de la delincuencia organizada, permitiendo al policía actuar bajo identidad supuesta que se le otorga por el Ministerio del Interior por un plazo de seis meses prorrogables por iguales plazos, que le permite actuar bajo esa identidad en la investigación que se lleve a cabo y actuar en el tráfico jurídico bajo esa identidad supuesta y por tanto adquirir y transportar objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos. El agente quedará exento de responsabilidad criminal por aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria de la investigación, que sean proporcionadas a la finalidad perseguida y no constituyan una provocación al delito. Debe tener relación por tanto con actuaciones delictivas de organizaciones entre las que se encuentran las referidas al tráfico de drogas y estupefacientes que recogen los artículos 368 a 373 del Código Penal (CP). Se articula este mecanismo legal de investigación para determinar la estructura, actividades, procurar la detención y la localización e incautación de la droga, siempre que exista una investigación sobre actividades delictivas de lesa naturaleza, lo que supone que el agente se integra en la organización exclusivamente a los efectos indicados.

Como se observa estamos ante un supuesto como el reseñado.

En estos casos la actuación investigadora exige del juez no solo el conocimiento y autorización de esa actuación, sino que igualmente ha de acordar las diligencias que deban acompañar a esa medida excepcional mediante las oportunas resoluciones judiciales, como las intervenciones telefónicas referidas al teléfono del policía infiltrado, así como de los números de aquellas personas que se pongan en contacto con el mismo a los fines de ir avanzando en la investigación e identificación de las personas implicadas en los hechos investigados. No debe olvidarse que en este tipo de supuestos las sustancias suelen ser de las que causan graves daños para la salud y que se referirán a importantes cantidades de droga, como ocurre en el supuesto del caso que se propone.

Igualmente, tienen importancia también las actuaciones de vigilancia y seguimiento que lleve a efecto la Policía a la vista de las informaciones que se vayan obteniendo por el juez para la finali-

dad última que se persigue: la detención de los implicados así como la incautación de la droga. Normalmente el agente encubierto deberá además informar en muchas ocasiones del resultado de su intervención, lo que redundara en la investigación así como en las diligencias que deban acordarse.

Resulta evidente que las actuaciones judiciales de investigación han de llevarse a cabo con el control judicial exigido de la actuación del infiltrado y, obtenido el resultado apetecido, deben realizar las actuaciones tendentes a preparar el juicio oral mediante la toma de declaraciones a los imputados, a los testigos, realización de periciales, y una vez finalizadas tras los correspondientes escritos de acusación y defensa se celebrará el juicio oral, donde se procederá al interrogatorio de los acusados, las declaraciones de los testigos, la audiencia, en su caso de las conversaciones telefónicas grabadas, o la lectura de los documentos que se estime necesaria, y que determinará en muchos casos la finalización del procedimiento con una sentencia condenatoria, por un delito contra la salud pública, y la imposición de importantes penas de prisión. Pero también es cierto que es habitual poner en cuestión por la defensa de los imputados la actividad judicial desplegada, alegar la falta de prueba suficiente para condenarlos, impugnar las intervenciones telefónicas, o considerar la existencia de un delito provocado como sucede en el caso, todo ello derivado de la actuación del agente encubierto.

2. Mucha importancia tiene la alegación referida al delito provocado, cuya existencia impediría condenar a los imputados. Respecto del delito provocado debe decirse que es una posición mantenida por la jurisprudencia que el mismo aparece cuando la voluntad de delinquir surge en el sujeto como consecuencia de la actividad de otra persona, generalmente un agente o un colaborador de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado que con la finalidad de detener a los sospechosos o facilitar la misma provoca con su actuación engañosa la ejecución de una conducta delictiva que no había sido ni planeada ni decidida por aquellos y que de otro modo no se hubiera realizado. Es exigible que la provocación parta del provocador, el agente provocador, por lo que en ese caso la actuación sería penalmente irrelevante, procesalmente inexistente y por tanto impune; solo existiría un delito en apariencia al no existir un riesgo para el bien jurídico protegido como consecuencia del control que sobre los hechos y sus consecuencias tienen los agentes de la autoridad encargados de velar por la protección de esos bienes.

Como dice el Tribunal Supremo el delito provocado debe quedar impune porque, no existiendo culpabilidad, ni tipicidad propiamente dicha, se llega a la lógica conclusión de que el sujeto no hubiera actuado de la manera que lo hizo si no existiese la provocación previa y eficaz del agente incitador, siendo entonces procedente la impunidad absoluta. No habría comportamiento delictivo ni por tanto imposición de pena ya que no habría dolo criminal independiente y autónomo, ni verdadera infracción penal, solo el esbozo de un delito imposible. No existe una libre voluntad, una decisión soberana de cometer un hecho delictivo, sino que cabe hablar de un agente provocador pues la intervención tiene lugar antes de que se haya comenzado la preparación del hecho punible.

Sin embargo, siguiendo esa doctrina, cuando 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 con una actividad criminal que ya se está produciendo, si bien fundamentada en sospechas fundadas, la decisión criminal es libre y nace espontáneamente. Consecuentemente, cuando la preparación para la comisión del delito ya ha comenzado, y la Policía tiene sospechas fundadas de que esto es así, no existe ya una provocación en el sentido de la inducción del artículo 28 a) del CP, dado que los autores ya tienen decidida la comisión del delito y, por lo tanto, ya no es posible crear el dolo en los autores, pues estos ya están obrando dolosamente.

Esto realmente no es lo que hubiera sucedido en el supuesto del caso al no existir delito provocado, pues como ha declarado la jurisprudencia (STS de 12 de junio de 2002) cuando los agentes sospechan o conocen la existencia de una actividad delictiva o se infiltran entre quienes la llevan a cabo, en busca de la información o pruebas que permitan impedir o sancionar el delito, y en este caso la voluntad de delinquir ha surgido con independencia del agente provocador que, camuflado en una identidad supuesta, se limita a realizar las actividades tendentes a determinar quiénes son los implicados, lograr su detención y puesta a disposición judicial; en estos casos no hay una provocación, pues la actuación es libre y anterior a la intervención del agente encubierto, y aunque este despliegue actividades de auxilio, colaboración similares, simulando una disposición a delinquir. Tampoco existe inducción pues ya está resuelto a cometer el hecho; no se provoca nada, sino que se investiga para obtener pruebas que impidan el delito y detener a los responsables.

3. Las intervenciones telefónicas tienen muchas veces importancia sustancial en este tipo de investigaciones, por lo que debe ser acordada y cumplir las exigencias de que sea una autoridad judicial quien la acuerde por la existencia de un delito grave que cumpla la exigencia de proporcionalidad así como la existencia de control judicial del desarrollo de la misma.

La intervención de las comunicaciones telefónicas son un medio excepcional de investigación, por lo que debe efectuarse de manera limitada, por tanto debe existir una investigación policial previa que precisa para avanzar en la misma de esa intervención; además debe ser idónea para la investigación que se lleva a cabo, y subsidiaria de manera que solo se utilice sino existe otro medio menos gravoso, para obtener lo que se quiere; es decir, que sea el único medio para avanzar en la investigación. En el caso del supuesto que se propone es evidente que al hallarnos ante actos de delincuencia organizada resulta esencial ese medio de investigación como complemento de la actuación del agente encubierto.

En el supuesto del caso concurren los presupuestos exigidos por la jurisprudencia: excepcionalidad, proporcionalidad, gravedad, judicialidad de la medida y control judicial de la misma.

Deberán contenerse en la resolución judicial que la adopte todos los presupuestos indicados, la identificación de los teléfonos, sus titulares o personas que los utilizan, y si han de intervenirse todas las llamadas que se hagan o se reciban o solo determinadas comunicaciones que se hagan o bien solo las que se reciban, que se grabaran para su audición posterior, en su caso, se transcribirán, debiendo mantenerse el secreto sumarial mediante la vigencia de la medida, así como durante las prórrogas que asimismo se acuerden; en otro caso carecería de virtualidad y por tanto quedaría despojada de eficacia.

cia una medida como la mencionada si debe comunicarse su existencia al imputado. En todo caso deberá levantarse en el momento procesal que exija la evacuación de trámites de calificación por parte de las defensas, así como cuando ya no sea necesario su mantenimiento aunque sea con carácter previo; siempre las defensas deben conocer el conjunto de las actuaciones de investigación llevadas durante la instrucción del procedimiento en la medida en que el derecho de defensa debe ser garantizado, pues deben conocer el contenido de las actuaciones para defender adecuadamente a sus patrocinados.

En el presente caso las intervenciones telefónicas no supondrían vulneración alguna de derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.

Tampoco sería necesaria acordar las intervenciones telefónicas en aquellos casos en que fuera el propio comunicante el que grabara el mensaje emitido por otro, y ello aunque no lo hubiere autorizado el que lo emitió, al no poder considerarse secreto porque lo ha publicado quien lo emite y lo ha recibido la persona a la que fue dirigido y no un tercero. Por tanto, en un supuesto como el contemplado, cualquier actuación judicial tendente a conocer las conversaciones telefónicas estaría amparada en el auto judicial motivado que lo acordó, y tampoco se produciría ilegalidad si se publicasen mensajes por el agente encubierto, que en su caso le hubiera remitido alguno de los implicados en los hechos.

Tampoco, por tanto, prosperaría como argumento de la defensa las pretendidas vulneraciones provocadas por las intervenciones telefónicas.

4. Respecto de las pruebas debe indicarse que de la investigación resultan una serie de actuaciones que deben ser llevadas ante el órgano judicial sentenciador. Ante este suele mencionarse por las defensas la falta de prueba existente, legal, lícita y suficiente para condenar enervando la presunción de inocencia, por entender que la única prueba existente es la del agente encubierto. Debe tenerse en cuenta que los agentes de la Policía tienen la consideración de testigos, por lo que su declaración en juicio debe tener las garantías propias de esos actos y que han de ser valoradas por el juzgador de acuerdo con unas reglas racionales. Junto a las declaraciones del agente encubierto existirán otra serie de testificales de otros agentes de la autoridad que intervinieron en las operaciones, así como una serie de pruebas documentales, grabaciones y audiciones de las mismas, cuyo conjunto es el que debe ser considerado por el tribunal sentenciador para dictar sentencia.

Es jurisprudencia consolidada de nuestro Tribunal Supremo (Sentencia de 10 de octubre de 2005) respecto a las declaraciones de los policías, que la declaración de agentes es prueba hábil y suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, siendo el juzgador de instancia el que de acuerdo con la inmediación, percepción directa de las pruebas, determine racionalmente en su resolución por qué esos testimonios tienen la fuerza de convicción que les otorga, y sobre todo si ese testimonio está corroborado por otras pruebas. Es lo que sucede en el supuesto del caso: el juez tendrá el testimonio del agente que deberá valorar a la luz de la declaración que preste en su presencia durante el juicio oral, debiendo tener trascendencia el resto de las pruebas y que pueden determinar que sean elementos que corroboren lo manifestado por el agente, como ocurrirá con las intervenciones telefónicas, o en su caso las declaraciones de otros policías intervinientes en las investigaciones.

Por tanto, a la vista de lo expuesto en la sentencia condenatoria por delito contra la salud pública, tráfico de drogas, que en su caso se dictara, no podría ser atacada por esos vicios que pudieran esgrimirse, pues no estamos ante un delito provocado; las intervenciones telefónicas no vulneraron en ningún caso el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas, y la prueba de cargo suficiente para condenar existiría con las pruebas testificales y demás pruebas realizadas, sin perjuicio de que en su caso fuera recurrida ante el Tribunal Supremo.

SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- Ley de Enjuiciamiento Criminal 1882, art. 282 bis.
- Ley Orgánica 10/1995 (CP), art. 28.
- SSTS de 23 de junio de 1999, de 12 de junio de 2002, y 10 de octubre de 2005.