

**Tribunal Supremo Sala 2ª, S 3-10-2007, n° 767/2007, rec. 10027/2007.**

## **RESUMEN**

**Intervención de agente encubierto tras descubrir casualmente un delito de corrupción de menores y luego se gana la confianza del acusado para que le remita material pornográfico e información de la red de pederastia.**

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 1 de Pontevedra, incoó Procedimiento Abreviado con el número 26/2006 contra Alexander, y una vez concluso se remitió a la Audiencia Provincial de Pontevedra, cuya Sección Segunda, con fecha treinta de octubre de dos mil seis, dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

"En el mes de octubre de 2005, el agente de la Guardia Civil con carnet profesional número T.I.P. núm. 000, tuvo conocimiento al mantener una conversación en el canal IRC de Internet, de que, unos días antes un nick denominado "Chato" y que resultó ser el acusado Alexander, nacido el 28-04-1942 en Uruguay, de nacionalidad uruguaya y cuyos antecedentes penales no constan, había remitido por error a otro usuario del referido canal, una fotografía de un menor de edad desnudo.

El día 27 del mismo mes de octubre, el agente de la guardia civil localizó en dicho canal de IRC el nick "Chato" con el que, utilizando el primero el nick "Rata", entabló conversación en el chat # Sexotabú y comprobó que "Chato" abordaba reiteradamente el tema de la práctica de sexo con menores de edad. Durante esta conversación el acusado remitió al nick "Rata" varios archivos informáticos consistentes en: fotografía "10 y teen boys sex" niño menor de 13 años siendo penetrado analmente; fotografía "anal 3412" niño menor de 13 años siendo penetrado analmente; fotografía "Boys asses very young 03" dos niños menores de 13 años mostrando sus órganos genitales y el ano; fotografía "j2" dos niños menores de 13 años mostrando sus órganos genitales; "vídeo 2" niño menor de 13 años realizando una felación a otro niño menor de 13 años (CD I-1 F7/1).

Ante ello y habiéndole comentado a "Rata" la existencia de un foro denominado # la gran familia, en el que un grupo organizado de personas mayores de edad fijaban sus encuentros con la participación de sus hijos menores para mantener con éstos relaciones sexuales, el agente denunció los hechos, iniciándose la investigación policial por la unidad de delitos telemáticos de la Comandancia de la Guardia Civil de Pontevedra, en cuyo curso, por Decreto del Fiscal de la Audiencia de Pontevedra de 25-11-2005, fue autorizado a actuar el T.I.P. núm. 000 como agente encubierto; autorización que ratificó el Juzgado Instructor por auto de 27-11-2005.

Siguiendo la línea de investigación diseñada, el agente continuó conversando bajo el referido nick de "Rata" con el nick "Chato", y sus conversaciones eran capturadas en formato "avi" para su reproducción en cualquier momento.

Desde entonces, el acusado, durante sus conversaciones con el agente por el sistema de mensajería instantánea denominado MSN (Messenger) remitía a su correo electrónico,

numerosos archivos informáticos conteniendo fotografías y vídeos, que obtenía visitando páginas webs de pornografía infantil y que muestran a menores de edad realizando actos de naturaleza sexual como felaciones a adultos, o que son víctimas de penetraciones anales o vaginales por parte de adultos, o que exhiben los órganos genitales. En total, entre los meses de octubre de 2005 y enero de 2006 en que fue detenido, el acusado remitió a "Rata" 97 fotografías y 12 vídeos que reproducían la imagen pornográfica de un total de 115 menores de edad, muchos de ellos, menores de 13 años.

Dichos archivos eran enviados por correo electrónico desde el ordenador del acusado en su domicilio de la ciudad de Washington DC (Estados Unidos) a la cuenta de correo electrónico del usuario "Rata" que el agente abría en la ciudad de Pontevedra.

Durante la conversación que el acusado mantuvo el 3-12-2005 con el nick "Rata" por Mensenguer, chateaba a su vez en el foro #Sexotabú de IRC y envió al usuario de éste dirección000 dos archivos: la fotografía "jm4 (1)" joven menor de 18 años realizando una felación a un adulto y un vídeo "niños con adulto" que muestra a un niño menor de 13 años siendo penetrado analmente por un adulto.

El día 18-01-2006 con motivo de venir a España el Sr. Alexander para conocer en persona a "Rata" por quien sentía una pasión amorosa, fue detenido en la provincia de Pontevedra interviniéndosele un ordenador portátil así como siete Cds conteniendo éstos 28 fotografías y vídeos en los que se representaban actos sexuales y escenas pornográficas por 42 menores de edad y aquél archivos del mismo tipo, cuatro de ellos referidos a menores de edad.

Alexander se encuentra en prisión provisional por esta causa desde el 26-01-2006".

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"Fallamos: Que debemos condenar y condenamos a Alexander, como autor responsable de un delito de corrupción de menores del artículo 189.3 a) y b) en relación con el artículo 189.1 b) del C.P. consistente en la distribución y facilitación a la difusión de material pornográfico para cuyo producción se han utilizado menores de edad [...]

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos".

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación [...]

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO DE INTERÉS**

[...] Recurso del acusado Alexander.

[...] CUARTO.- Residenciado en el art. 5-4 L.O.P.J, en el motivo primero, denuncia vulneración del derecho fundamental a la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, regulado en el art. 9-3 C.E., todo ello en relación al art. 282 bis L.E.Cr. y 11.1 L.O.P.J.

1. Como en los dos motivos anteriores, el objetivo último, ahora desde otra perspectiva impugnativa, es la intervención del guardia civil encubierto.

En tal sentido se dice que dicho agente actúa:

a) Sin autorización como tal agente.

b) Provoca el delito investigado.

c) No se dan los requisitos exigidos para la designación de agente encubierto al no tratarse de delincuencia organizada.

Sigue afirmando que aunque tuviera tal policía conocimiento de la comisión de un delito los hechos no se ponen en conocimiento de la Comisaría hasta el 16 de noviembre de 2005.

No se acepta como verosímil la versión del agente y reputa más razonable y creíble lo declarado en su día por el mismo recurrente.

Concluye sosteniendo que el hecho de que el agente fingiera una relación de amor condicionó su conducta, justificando los esfuerzos por corresponder a un supuesto "novio", remitiendo fotos de vídeos pornográficos.

2. Las diversas objeciones planteadas van encaminadas a descalificar el material probatorio por haber contribuido a su obtención el agente encubierto.

En lo referente a la "tardanza" en poner en conocimiento de la Fiscalía y Juzgado competentes la investigación que se estaba realizando, ha de manifestarse con rotundidad que tal aserto comporta una visión parcial e interesada de lo realmente ocurrido.

Efectivamente, lo cierto es que **los agentes de la autoridad, cuando realizan las labores habituales de vigilancia para prevenir la delincuencia informática tuvieron noticia casual de la existencia de un posible delito de difusión de pornografía infantil. Realizaron las investigaciones oportunas y, sólo cuando tuvieron la convicción de estar efectivamente en presencia de hechos presuntamente delictivos, confeccionaron el oportuno atestado** que remitieron a la Fiscalía de la Audiencia Provincial donde se instruyeron las pertinentes diligencias informativas y, acto seguido, tras la denuncia en el Juzgado de Instrucción, las Diligencias Previas.

**Tal método de proceder es absolutamente correcto y ninguna objeción puede merecer.**

**3. Otro tanto cabe decir del cumplimiento de las previsiones legales para acordar la designación de agente encubierto por parte de la autoridad fiscal, ratificada por la judicial.**

**Es cierto que el precepto prevé este especial modo de investigar para la delincuencia organizada y desde luego dentro de ella está previsto este delito (véase art. 282 bis núm. 4 ap. b).**

Respecto al carácter de delito organizado los hechos que se denuncian apuntaban a que existía más de una persona de tendencias pedofílicas, que desarrollaba tal actividad. Los hechos probados, en este trance procesal intangibles, hacen referencia a la primera o primeras conversaciones mantenidas entre el agente y el recurrente, a que este último remite varias fotografías pornográficas de sus archivos informáticos y le comenta la existencia de un "foro denominado la gran familia en el que un grupo organizado de personas mayores de edad fijaban sus encuentros con la participación de sus hijos menores para mantener con éstos relaciones sexuales"

Por su parte, con ocasión de la tramitación de las diligencias el fiscal en su escrito de 17-2-06 (folio 904) interesa la formación de dos piezas separadas para la investigación de los hechos presuntamente delictivos imputables al recurrente por un lado, y por otro al resto de los imputados relacionados con el canal "IRC Sexotabú". A su vez la difusión e intercambio de pornografía supone la confección previa del material pornográfico, circunstancia que sugiere la intervención de otras personas.

Pero independientemente de todo ello, como bien razona el Fiscal, la estimación de una presumible organización constituye un juicio de valor "ex ante" plenamente justificado cuando se adoptó la medida, barajándose la presencia de un grupo organizado como previsión más lógica y razonable.

4. Las demás objeciones no pueden correr mejor suerte que las precedentes.

En cuanto a la credibilidad de las versiones del agente encubierto y acusado es materia librada a la apreciación del tribunal de instancia, que ostenta en tal cometido el monopolio valorativo de la prueba, como establece el art. 741 L.E.Cr. Igualmente **carece de trascendencia jurídica la afirmación de que para conseguir el desbaratamiento del delito y el conocimiento de su alcance en cumplimiento de las instrucciones de sus superiores, el agente encubierto, después de que espontáneamente el recurrente había cometido el delito, simulara unos sentimientos para indagar sobre la presunta trama delictiva, obtener pruebas e incluso darle captura, ya que precisamente éstos son los objetivos que pretenden conseguirse con este mecanismo investigador especialmente regulado en nuestra Ley penal de ritos.**

5. Como conclusión a lo que acabamos de decir, **es obvio que no puede confundirse el agente encubierto con el agente provocador.**

Para que exista delito provocado es exigible, como tiene reiteradamente dicho esta Sala, que la provocación (realmente una forma de instigación o inducción) parta del agente provocador, de tal suerte que se incite a cometer un delito a quien no tenía previamente tal propósito, sugiriendo así en el sujeto todo el iter criminis, desde la fase de ideación y 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 ya viciada....."

**En nuestro caso el delito lo había cometido ya el recurrente de forma libre y espontánea respecto a otra persona, circunstancia que llegó a conocimiento del agente policial, y ese primer delito suponía que el recurrente era poseedor de material pornográfico que facilitó a un tercero. Este hecho fue reconocido por el propio acusado.**

**Tampoco cabe hacer objeción alguna al primer material grabado que le remite al agente de la guardia civil, antes de su nombramiento como infiltrado. Por otra parte dicho agente fue moderado en los primeros contactos, hasta ganar la confianza del acusado, el cual poseía hasta el momento el dominio del hecho. El que en los últimos episodios delictivos fueran sugeridas por el agente policial las remesas de material pornográfico o se profundizara en los sentimientos del acusado para descubrir su pedofilia y la existencia de otros responsables, incluso el alcance y derivaciones del delito, o la captura de aquél, entran dentro de su cometido.**

Pero es que además, la posible carga sugestiva de las conversaciones o contactos no puede ponerse en entredicho, por cuanto fueron grabadas las conversaciones posteriormente transcritas y no impugnadas, en las que podía conocerse el tono de los contactos y a partir de ellos confirmar o ratificar el testimonio del agente encubierto, en armonía precisamente con el contenido grabado y que ha de operar como prueba lícita y legítima con las demás para desvirtuar el derecho a la presunción e inocencia, que por cierto, el recurrente no ataca.

El motivo se desestima.

[...]

## **FALLO**

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar a los recursos de casación interpuestos [...] por la representación del acusado Alexander, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Pontevedra