

Tribunal Supremo Sala 2ª, S 15-11-2007, nº 975/2007, rec. 10307/2007. Pte: Sánchez Melgar, Julián

## *RESUMEN*

**La figura del agente encubierto.**

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- El Juzgado Central de Instrucción núm. 1 de la Audiencia Nacional instruyó Sumario núm. 54/2005 por delito contra la salud pública contra Bartolomé, Imanol, Leonardo, José Manuel, Ángel Jesús, Lucas, Juan Pedro y Humberto, y una vez concluso lo remitió a la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que con fecha 29 de enero de 2007, dictó Sentencia núm. 5/2007, que contiene los siguientes hechos probados: "Ha quedado acreditado en autos que:

Primero.- Por funcionarios adscritos al Departamento de Narcotráfico de la Unidad Central Operativa de la Guardia Civil se inició, a mediados del mes de febrero del año 2005, una investigación sobre un grupo de personas, entre los que se encontraba Bartolomé, también conocido por Kike, mayor de edad y sin antecedentes penales, dedicadas a la introducción de cocaína en España para luego distribuirla, una vez mezclada con productos químicos que disminuyeran su grado de pureza y aumentaran su peso en aras de la obtención de mayores beneficios económicos.

A través de la confianza depositada por Bartolomé en la persona del declarado judicialmente como testigo protegido el 2 de marzo de 2005, denominado "Ovidio", se tuvo conocimiento del interés de aquél en la adquisición de productos químicos en Madrid para ser transportados a Tenerife a fin de ser utilizados en el corte o transformación de cocaína previamente trasladada a la isla por Bartolomé.

Para ello, concertó una entrevista con Ovidio en el "Establecimiento C." de Getafe, en cuyo encuentro, que data del 29 de marzo de 2005, Imanol, mayor de edad y sin antecedentes penales, entrega a Ovidio por encargo de Kike el listado de productos químicos objeto de adquisición.

Ovidio convence a Bartolomé sobre la conveniencia de que fuera otra la persona que comprara y trasladara a Canarias los productos químicos, accediendo Kike y **comenzando su actividad el agente encubierto autorizado por auto de fecha 19 de abril de 2005, dictado por el Juzgado Central de Instrucción núm. 1, bajo el nombre supuesto de "Eduardo"**. Este recibe, en dos partidas de 400 euros y de 300 euros, de "Ovidio", quien previamente lo había tomado de Bartolomé, el dinero para adquirir los productos químicos, lo que efectúa el 26 y el 28 de abril de 2005 en los locales ubicados en la Avenida R. núm. 2 y en la calle D. núm. 2 de Madrid, de la empresa "Productos Químicos M., SA".

Segundo.- Conseguidos los productos químicos encargados, éstos son trasladados a Tenerife, donde " Eduardo " los pone a disposición de Bartolomé el día 5 de mayo de 2005 en el Polígono Industrial "C.", sito en la salida del kilómetro 62 de la autopista del sur de Tenerife, cerca del aeropuerto Reina Sofía. Bartolomé, junto con Imanol y otro

individuo sin identificar, llevan el vehículo alquilado de la marca Opel Zafira con matrícula. ... NTP, que albergaba los productos químicos comprados en Madrid por "Leonardo", al barrio de Las Zocas, municipio de San Miguel de Abona, introduciendo por una ventana tales productos en la vivienda señalada como núm.002 núm.003 del edificio EDIFICIO001, situado en la CALLE001 núm.002, ayudando desde el interior de la casa Leonardo, mayor de edad y sin antecedentes penales. Esta última persona era la encargada de llevar a efecto el corte o transformación de la cocaína que previamente había llevado al inmueble Bartolomé.

Dicha vivienda, utilizada como "laboratorio" de modificación del índice de riqueza de la cocaína, había sido arrendada a la propietaria por José Manuel, mayor de edad y sin antecedentes penales, quien tenía acceso al inmueble y de donde el 13 de mayo de 2005 sobre las 14.30 horas sacó una bolsa con cocaína para entregarla a otra persona en el "Supermercado M." del barrio de San Isidro de Granadilla de Abona. Antes de proceder a dicha entrega, recogió a su hermano, Ángel Jesús, mayor de edad y sin antecedentes penales, de las inmediaciones del domicilio común, sito en la CALLE000 núm.000, EDIFICIO000, vivienda núm.001, también en San Isidro, no culminando la entrega de droga que ambos iban a realizar al ser interceptados por funcionarios de la Guardia Civil pertenecientes a la Sección adscrita al aeropuerto Reina Sofía, que desde comienzos del año investigaban la conducta de los hermanos José Manuel Ángel Jesús y de su círculo de amistades al estar supuestamente implicados en actividades de narcotráfico radicadas en el barrio de San Isidro y en la cercana playa de El Médano.

Tercero.- En la bolsa hallada en la mochila incautada debajo del asiento del copiloto, donde iba Ángel Jesús, del vehículo de la marca Seat Ibiza con matrícula FB-....-FB, conducido por José Manuel, el 13 de mayo de 2005 sobre las 17.30 horas fue intervenida una sustancia que pesaba 245,8 gramos netos y otra cocaína con una riqueza del 64,02% que suponen 157,36 gramos puros de cocaína, destinada a su ilegal tráfico tal sustancia ha sido valorada en la cantidad de 17.853,06 euros.

A raíz de estas detenciones, el intercambio de información de las dos unidades de la Guardia Civil que investigaban hechos coincidentes produjo la detención del resto de los componentes del grupo, así como la práctica de registros en las viviendas de las personas sujetas a comprobación. [...]

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

"1.- Que debemos condenar y condenamos a Bartolomé, como responsable en concepto de autor, con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal atenuante analógica de reconocimiento de los hechos, de un delito contra la salud pública, en relación con sustancia que causa grave daño a la salud, en cantidad de notoria importancia y en el seno de una organización delictiva [...]

2.- Que debemos condenar y condenamos a Imanol, como responsable en concepto de autor, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, de un delito contra la salud pública, en relación con sustancia que causa grave daño a la salud, en cantidad de notoria importancia y en el seno de una organización delictiva [...]

3.- Que debemos condenar y condenamos a Leonardo, como responsable en concepto de autor, con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal atenuante analógica de reconocimiento de los hechos, de un delito contra la salud pública, en relación con sustancia que causa grave daño a la salud, en cantidad de notoria importancia y en el seno de una organización delictiva [...]

4.- Que debemos condenar y condenamos a José Manuel, como responsable en concepto de autor, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, de un delito contra la salud pública, en relación con sustancia que causa grave daño a la salud, en cantidad de notoria importancia y en el seno de una organización delictiva [...]

5.- Que debemos condenar y condenamos a Ángel Jesús como responsable en concepto de autor, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, de un delito contra la salud pública, en relación con sustancia que causa grave daño a la salud, en cantidad de notoria importancia y en el seno de una organización delictiva [...]

6.- Que debemos absolver y absolvemos a José Manuel del delito contra la salud pública por el que venía siendo acusado [...]

7.- Que debemos absolver y absolvemos a Juan Pedro del delito contra la salud pública por el que venía siendo acusado [...]

8.- Que debemos absolver y absolvemos a Humberto del delito contra la salud pública por el que venía siendo acusado [...]

TERCERO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas se preparó recurso de casación [...]

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO DE INTERÉS**

[...] SEGUNDO.- Comenzaremos por dar respuesta casacional al segundo de ellos (José Manuel y Ángel Jesús), en cuyo motivo primero se denuncia, por infracción constitucional de la tutela judicial efectiva y de un proceso con todas las garantías, que la actuación del testigo protegido denominado "Ovidio", es más propia de un agente encubierto, "que ejerce de prolongación de la Guardia Civil", desde el momento que no se limita a transmitir la "notitia criminis", sino que propone al acusado Bartolomé la comisión de ilícitos penales, "algo que afecta notablemente al sistema de derechos fundamentales y garantías constitucionales".

La queja se centra en la actuación del tal "Ovidio" y su falta de cobertura legal, bien en la Ley de Protección de Testigos y Peritos, bien en el art. 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en tanto que no se trata de un funcionario policial, y en suma, se dice carece de cobertura legal, y, en consecuencia, incurre en nulidad su actuación, que el recurrente además reconoce trascendencia constitucional.

Veamos el relato fáctico. En él, se expone que la Unidad Central Operativa de la Guardia Civil había iniciado, a mediados del mes de febrero del año 2005, una

investigación sobre un grupo de personas, entre las que se encontraba Bartolomé, dedicadas a la introducción de cocaína en España, previa su transformación con productos químicos.

Esta investigación se inicia precisamente por la denuncia que formaliza, mediante comparecencia (14-2-2005), un individuo al que se denominará "Ovidio", que adquiere de inmediato la condición de testigo protegido, con todas sus formalidades (las cuales nadie cuestiona), y que pone de manifiesto la existencia de una organización de narcotraficantes colombianos que se dedicaban a introducir maletas confeccionadas con "pasta de coca", que al llegar a España son tratadas con productos químicos para transformarse en clorhidrato de cocaína, consiguiendo con cada maleta dos o tres kilogramos de cocaína; organización que dirige el citado Bartolomé, el que se había puesto en contacto con el denunciante, para que captara ciudadanos españoles que se prestaran a realizar viajes a Brasil para traer cocaína, y además, que le había propuesto la adquisición de una vivienda en Canarias (Tenerife) para instalar un laboratorio, así como comprase diversos productos químicos (precursores), para transportarlos a dicho laboratorio. El referido compareciente, adquiere la condición de testigo protegido, de conformidad con las previsiones de la Ley 19/1994, en resolución judicial de 2-3-2005, con informe favorable del Ministerio Fiscal, y concediéndole el nombre ficticio de "Ovidio", para preservar su protección personal, y ratificándose en su denuncia ante el Instructor el día 25-4-2005 (folio 60).

Consta en los hechos probados de la sentencia recurrida, que se concierta una entrevista en el establecimiento "C." de Getafe, en fecha 29 de marzo de 2005, en donde el también acusado Imanol, entrega a Ovidio, por encargo de Bartolomé, el listado de productos químicos objeto de adquisición. En efecto, así se efectúa, y agentes de la Guardia Civil, trasladados a dicho lugar, comprueban el encuentro entre ellos.

**Es entonces cuando la dirección de investigación de la Guardia Civil, considera conveniente la introducción de un agente encubierto, que se infiltre en la organización, con objeto de investigarla, y en su caso, proceder a desbaratarla. Para ello se cuenta con un agente voluntario, al que se denominará " Eduardo ", y que tras los informes oportunos, y de conformidad con las prescripciones del art. 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se dicta Auto por el Instructor (19-4-2005), en el que después de realizar un juicio sobre la necesidad y proporcionalidad de la medida, y teniendo en cuenta que las manifestaciones del denunciante, han sido corroboradas policialmente, y que se trata de una organización criminal, se autoriza dicha infiltración, "adquiriendo y/o transportando los objetos, elementos e instrumentos propios de los delitos de tráfico de drogas que causan grave daño a la salud y blanqueo de capitales con origen en dicha actividad ilícita", requiriendo judicialmente al agente para que informe, al menos semanalmente, sin que pueda realizar ninguna actuación que determine o provoque la comisión del delito, y debiendo instar la autorización judicial expresa cuando sea precisa en el desarrollo de su actuación, y siempre que conlleve la limitación de un derecho fundamental.**

Pues, bien, el modo de introducir operativamente al agente encubierto en la organización, se planea interesando la colaboración del denunciante y testigo protegido Ovidio, el cual tendrá que señalar a Bartolomé que quien comprará los productos

químicos y los trasladará a Tenerife será "Leonardo". Téngase en cuenta, por un lado, que el encargo y resolución criminal ya está efectuado de antemano. Tanto, que esto es lo que pone en conocimiento Ovidio a la policía judicial, antes de que se produzca cualquier operativo policial, al punto que por él llega la "notitia criminis" al Juzgado, previa denuncia policial. Cuando se autoriza la intervención e infiltración del agente encubierto, el encargo de la compra de precursores ya se ha producido, e incluso en el encuentro citado en "Establecimiento C.", Imanol, actuando por encargo de Bartolomé, le ha dado ya el dinero (y el listado) a Ovidio para que efectúe la compra, al punto de que, mediante diligencia judicial, que consta a los folios 61 y 62, el dinero entregado se le facilita al agente encubierto para que lleve a cabo dicha adquisición. De modo que la colaboración que se requiere de Ovidio es que se ponga en contacto con Bartolomé, y le manifieste que otra persona (el referido Leonardo), adquirirá y transportará dicha mercancía hasta Canarias. Así se hace, constando en los hechos probados, que Ovidio convenció a Bartolomé la conveniencia de que otra persona fuera la que "comprara y transportara a Canarias los productos químicos", y de esta manera comienza la actividad del agente encubierto citado.

**De lo expuesto, no puede deducirse tacha alguna de ilegalidad ordinaria (que no se denuncia), ni de infracción constitucional del proceso debido. Es evidente que una vez que el art. 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal delimita y autoriza la figura del agente encubierto, infiltrado en una organización, con objeto de conseguir pruebas que la desarticulen, la forma de introducirse en la misma puede consistir en cualquier actuación que se imagine, siempre que no se conculquen derechos constitucionales.** No acertamos a comprender en este caso, qué derecho constitucional se ha comprometido (en el recurso se hace una vaga cita a la intimidad personal, que consideramos improcedente, porque ninguna aspecto de la misma se ha vulnerado). Exclusivamente se ha solicitado la colaboración del denunciante, para que, bajo control judicial, realice una indicación al tenido por jefe de la organización y le sugiera la intervención de un tercero, que será precisamente el agente encubierto. **Repetimos, de alguna manera se tiene que producir la infiltración, que, en definitiva, es una simulación que permite la ley (una puesta en escena teatral, podríamos decir), que autoriza el ordenamiento jurídico para introducirse en las organizaciones criminales, en donde el agente ha de desempeñar un "papel", que cofunda a los integrantes de tal organización, y les permita suponer que se trata de "uno de ellos". Luego, si la ley permite tal superchería, con objeto de desarticular la investigación, no podemos comprender que impida cualquier otro modo imaginativo para lograr la introducción que, por cierto, será el aspecto más complicado de toda esa operativa policial. En consecuencia, respetados los derechos fundamentales en tal infiltración, cualquier otra actuación (simulación) para la penetración en la trama organizada, debe considerarse legal.**

Por tanto, el motivo no puede prosperar.

TERCERO.- El segundo motivo, igualmente formalizado al amparo de lo autorizado en el art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, los recurrentes invocan toda una batería de derechos constitucionales infringidos (tutela judicial efectiva, proceso con todas las garantías, a no ser sometido a indefensión y a utilizar los medios de prueba pertinentes, en aras a la debida contradicción de partes, e incluso la vulneración del

principio acusatorio y el de publicidad), todo ello en relación con la actuación del agente encubierto, "siendo manifiestamente irregular la utilización de este mecanismo de investigación".

Toda la argumentación se reduce a la falta de conocimiento de la pieza especial separada en que se acuerda judicialmente la utilización de tal mecanismo de investigación, en donde, como es obvio, tiene que ser rigurosamente protegida su identidad. [...]

Pretender obtener información completa de su identidad o de su actuación, pondría en grave riesgo su propia seguridad personal. Existe oportuna referencia en la diligencia de constancia obrante al folio 59 de la causa, y como dicen los jueces "a quibus", "en las actuaciones reiteradamente se hacen referencias a sus actividades". Pero, repetimos, en este caso, incluso ha prestado declaración en el plenario.

En consecuencia, la queja carece de cualquier fundamento, y tiene que ser desestimada.

CUARTO.- En el tercer motivo, con idéntica apoyatura que los anteriores, los recurrentes consideran infringidos los derechos constitucionales a la tutela judicial efectiva y el principio de proscripción de la indefensión del art. 24 de nuestra Carta Magna.

Se reprocha ahora la actuación provocadora del testigo protegido "Ovidio", al que se acusa de poner en marcha todo el entramado criminal, y se dice que en el momento de la confidencia-denuncia no había ni laboratorio ni precursores, sino que los mismos fueron adquiridos por el agente encubierto y trasladados a Canarias, donde se desarrolla fundamentalmente la acción. En suma, se pone el énfasis en la doctrina de la nulidad del delito provocado. [...]

**Pero, no existe delito provocado, como dice la Sentencia 1114/2002, de 12 de junio, 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 permitan impedir o sancionar el delito. En estas ocasiones, la decisión de delinquir ya ha surgido firmemente en el sujeto con independencia del agente provocador, que, camuflado bajo una personalidad supuesta, se limita a comprobar la actuación del delincuente e incluso a realizar algunas actividades de colaboración con el mismo, en la actualidad reguladas, desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/1999, de 13 de enero, en el artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que se refiere concretamente a adquirir y transportar los objetos, instrumentos o efectos del delito. La intervención policial puede producirse en cualquier fase del "iter criminis", en el momento en que el delito ya se ha cometido o se está cometiendo, especialmente en delitos de tracto sucesivo como los de tráfico de drogas, y aun en sus fases iniciales de elaboración o preparación, siendo lícita mientras permita la evolución libre de la voluntad del sujeto y no suponga una inducción a cometer el delito que de alguna forma la condicione. 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 éste, 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 policial.**

**En la STS núm. 1992/1993, de 15 de septiembre, antes citada, hemos señalado, en este sentido, que "otra cosa es el supuesto en el que el autor ha resuelto cometer el delito y es él quien espera o busca terceros para su co-ejecución o agotamiento, ofreciéndose en tal caso a ello los agentes de la autoridad, infiltrados en el medio como personas normales y hasta simulando ser delincuentes, como técnica hábil para descubrir a quienes están delinquiendo o se proponen hacerlo, en cuyo supuesto está la policía ejerciendo la función que le otorga el art. 282 LECrim. En tal caso el delito arranca de una ideación criminal que nace libremente en la inteligencia y voluntad del autor y se desarrolla conforme a aquella ideación hasta que la intervención policial se cruza, con lo que todos los actos previos a esa intervención policial son válidos para surtir los efectos penales que le son propios, según el grado de desarrollo delictivo alcanzado y sólo a partir de la actuación simulada de los agentes los actos realizados serán irrelevantes por la imposibilidad de producción de sus efectos".**

**En el caso, es meridianamente claro que Bartolomé ya tenía el propósito criminal de conformar tal mecanismo delictivo, con un perfecto planeamiento de la zona de aprovisionamiento, la instalación de un laboratorio, la lista de productos químicos que le son facilitados a Ovidio, e incluso el dinero para adquirirlos. Era, pues, el momento de infiltrarse en la organización criminal, para descubrir y comprobar sus contornos, informarse sobre sus integrantes, y proceder a su desarticulación y detención de sus autores, cuando se contase con las oportunas evidencias, lo que así se hace. Pero ni la idea ni el comienzo de la ejecución parten, ni de funcionarios policiales, ni del aludido testigo que proporciona los datos, sino que todo ello ha surgido ya con anterioridad. No puede hablarse, pues, de delito provocado, sino de delito comprobado.** Tanto el testigo como el funcionario infiltrado han actuado en virtud de los autos dictados el 2 de marzo y el 19 de abril de 2005, unidos a las piezas separadas. Y no es cierto que el "laboratorio" no existiese con anterioridad a su intervención. La actuación de Ovidio se limita a poner en conocimiento de la autoridad dicho entramado delictivo, y a entregar al agente encubierto el listado de productos que le encargó adquirir Bartolomé, e incluso el dinero facilitado por el mismo. Y el agente, la adquisición y traslado a Tenerife, una vez infiltrado en la organización.

En consecuencia, el motivo no puede prosperar. [...]

## **FALLO**

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por las representaciones legales de los procesados Imanol, José Manuel y Ángel Jesús [...]