

A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 2010 (Operación Cantata)

Por *María Ponte*

Socia Directora de “Fuster-Fabra & Ponte Abogados”

Publicado en la *web* de GESYP (Grupo de Estudios sobre Política y Seguridad Internacional)

(13 de julio de 2011)

Introducción

El 29 de diciembre de 2010 el Tribunal Supremo dictó sentencia por la que condenó a once personas como responsables en concepto de autores de un delito de integración en organización terrorista a penas que oscilaron entre los ocho y los seis años de prisión. Los acusados, según los hechos probados, constituyeron un grupo terrorista que planeaba atentar contra el Metro de Barcelona.

La actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado fue posible gracias a la delación de uno de los miembros de la organización terrorista, que alertó a los servicios policiales franceses y estos, a su vez, a los españoles.

Esta persona, a la que se le otorgó la condición de testigo protegido (y se le asignó el nombre de F-1), tanto en la Guardia Civil como en el Juzgado de Instrucción, relató pormenorizadamente el proyecto terrorista, identificando a los autores. Asimismo compareció en juicio y, sometándose al interrogatorio en el plenario de todas las partes personadas, ratificó íntegramente sus declaraciones anteriores.

En el procedimiento las defensas de los imputados alegaron que el testimonio de F-1 no era fiable y que su posición procesal era discutible por las siguientes razones:

- Si era un “arrepentido”, debería haber sido inculcado para posteriormente serle aplicado el art. 16.2 CP (quedara exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del mismo, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado), o la atenuante analógica de colaboración con las autoridades.
- Si era un “agente infiltrado” (francés o español) su testimonio devendría NULO, por no haberse seguido en el procedimiento las normas imperativas que se reflejan en el art. 282 bis de la LECr.
- La tercera posibilidad sería la del agente provocador: F-1 era un agente infiltrado, sin las debidas garantías, que instigó al grupo y provocó la comisión del delito.

Las acusaciones manteníamos que era un colaborador puntual de las FCSE, un particular que, espontáneamente, ofreció dicha colaboración para evitar el atentado.

Adelantamos que tanto la Sección Segunda de la Audiencia Nacional como el Tribunal Supremo consideraron que F1 era una persona integrada en un grupo, llamada a colaborar en un plan delictivo ya ideado o desencadenado, que en un momento dado decide apartarse de esa acción y pone los hechos en conocimiento de la autoridad. Su testimonio fue prueba de cargo para condenar a los acusados, prueba declarada lícita por el Tribunal Supremo.

En este breve análisis vamos a analizar las diferentes figuras jurídicas que se debatieron en el procedimiento, para una mejor comprensión de las diferentes posiciones procesales. No es lo mismo un confidente que un arrepentido, que un agente provocador o que un agente encubierto o infiltrado o un colaborador más o menos estable de las fuerzas y cuerpos de seguridad. Tampoco es lo mismo que el agente encubierto lo sea vinculado a potencias extranjeras o al Estado Español.

1. Agente encubierto o infiltrado

Esta figura, cuyo antecedente se encuentra en el Derecho alemán, se regula por primera vez en nuestra legislación en la LO 5/99 de 13 de enero, que introduce el art. 282 Bis de la LECR. No obstante, encontramos anteriormente a esta regulación sentencias que **admitían la licitud de las pruebas obtenidas por el agente infiltrado**

, como medio para descubrir actuaciones delictivas. Así, la Sentencia del Tribunal Constitucional, de 21 de febrero de 1983, y las sentencias del Tribunal Supremo de 4.3.92, 21.6.93, 2.7.93, y 3.11.93.

Según esta línea jurisprudencial (anterior a la creación del art. 282 bis LECr), la infiltración policial en un grupo organizado era permitida legalmente por la Constitución (art. 126), la Ley Orgánica del Poder Judicial (art. 443), la Ley de Enjuiciamiento Criminal (art. 282 y siguientes) y la Ley Orgánica 2/86 de 13.3. Estos artículos imponían a las fuerzas policiales la averiguación del delito y el descubrimiento y aseguramiento del delincuente. El Tribunal Supremo había avalado la actuación policial mediante la infiltración *“aunque se utilicen procedimientos engañosos y se finjan intenciones irreales, cuando no se origina un delito inexistente, sino que tal proceder sirve para descubrir aquel que ya se había cometido con anterioridad”*.

El agente encubierto, previsto en el art. 282 Bis Lecr, es un funcionario policial que, ocultando su condición y bajo identidad supuesta, entra en contacto con un grupo criminal, participando incluso en sus actividades delictivas para lograr la desarticulación del grupo. En palabras del Tribunal Supremo: *“Agente encubierto, en nuestro ordenamiento será el policía judicial, especialmente seleccionado, que bajo identidad supuesta, actúa pasivamente con sujeción a la Ley y bajo el control del Juez, para investigar delitos propios de la delincuencia organizada y de difícil averiguación, cuando han fracasado otros métodos de la investigación o estos sean manifiestamente insuficientes, para su descubrimiento y permite recabar información sobre su estructura y modus operandi, así como obtener pruebas sobre la ejecución de hechos delictivos.*

En esta misma sentencia el Tribunal Supremo diferencia la figura del agente encubierto de aquel funcionario de policía que: *“de forma esporádica y aislada y ante un acto delictivo*

concreto oculta su condición policial para descubrir un delito ya cometido” o “cuando –supuesto de las SSTs. 25.6.2007 y 6.2.2009- un funcionario policial lleva a cabo tareas de investigación antes de llegar a tener el carácter que regula el art. 282 bis”.

Aunque este funcionario policial no adquiriera posteriormente la condición de agente encubierto del art. 282 bis, su testimonio sobre lo visto y oído será prueba de cargo válida.

Por definición el agente encubierto siempre será un miembro de la Policía Judicial. Cuando un particular se infiltra en un grupo criminal, es figura diferente, no podemos denominarlo “agente infiltrado” porque carece de la cualidad de funcionario público en el ejercicio de sus funciones.

Las pruebas obtenidas por el agente encubierto, siempre que su “cobertura” haya sido realizada con absoluto respeto a la LECr, son plenamente eficaces y válidas. Su testimonio se prestará en calidad de TESTIGO en el eventual juicio.

El art. 282 bis de la LECr establece una serie de requisitos para que la actuación del agente encubierto sea válida como prueba y, si cometiere delitos en su “cobertura” sea exento penalmente. Básicamente son los siguientes:

- Han de ser investigaciones relacionadas con delincuencia organizada. El juez de Instrucción competente ha de autorizar, mediante resolución fundada, “actuar bajo identidad supuesta y a adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos”.
- La identidad supuesta será otorgada por el Ministerio del Interior por el plazo de seis meses prorrogables por períodos de igual duración, quedando legítimamente habilitados para actuar en todo lo relacionado con la investigación concreta y a participar en el tráfico jurídico y social bajo tal identidad.
- La información que vaya obteniendo el agente encubierto deberá ser puesta a la mayor brevedad posible en conocimiento de quien autorizó la investigación. Asimismo, dicha información deberá aportarse al proceso en su integridad y se valorará en conciencia por el órgano judicial competente.
- Se podrá mantener la identidad supuesta para testificar en el juicio, siempre que lo hubiere acordado el Juez.
- Si la investigación pudiere afectar a derechos fundamentales, se deberá solicitar autorización (por ejemplo, entradas y registros).

2. Confidente, informador o colaborador

La utilización de información derivada de confidentes o de informadores, directamente, que colaboran con las FCSE ha sido avalada en numerosas resoluciones como fuente lícita de investigación. Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos humanos de 20 de noviembre de 1989 (sentencia Kostovski), o de 27 de noviembre de 1990 (Sentencia Windisch) han considerado dichas fuentes como medio lícito de investigación, pero con ciertos condicionantes. Es una persona que, cercana a las actividades de los grupos criminales, o incluso, siendo integrante de alguno de ellos, sin embargo colabora con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado proporcionando determinada información.

Su identidad debe estar absolutamente protegida para una eficaz colaboración, ab initio, y posteriormente, protegerle precisamente de posibles represalias.

Para utilizar sus informaciones en juicio, deberá ser traído al mismo como testigo, a efectos de poder ser interrogado por todas las partes (acusación y defensa). Su testimonio, pues, no puede ser introducido en el proceso por vía de lectura. Sí es válida, por ejemplo, la intervención telefónica basada en informaciones que pueda dar un confidente. Pero no es aceptado por la jurisprudencia el referir haber obtenido datos de una "fuente fiable", sin especificar más información, para una eventual condena.

En efecto, **la información proporcionada por un confidente es indicio suficiente para iniciar una investigación, pero no así para constituirse en prueba de cargo en la que fundamentar una condena**. En otras palabras: para que la información proporcionada por el confidente sea prueba de cargo es preciso que las partes en el proceso (acusaciones y, sobre todo, defensas) puedan interrogar a este confidente o colaborador. Es lo que se exige constitucionalmente cuando se establece que el proceso penal estará presidido por los principios de inmediación, contradicción y oralidad. Se exige, pues, que las partes puedan tener acceso inmediato a dicha fuente de investigación.

Desde el punto de vista operativo, traer a un colaborador, informador o confidente a un plenario significa, en numerosas ocasiones, poner en peligro la vida o la integridad física de dicho colaborador. Pero además acarrea la consecuencia de perder esa fuente de información para eventuales investigaciones posteriores, dado que, o bien se le configura como testigo protegido, o bien se le identificará por los grupos delincuenciales, perdiendo su anonimato y sus posibilidades de infiltración en grupos criminales.

3. Arrepentido

Previsto en los artículos 369 o 579 del Código Penal, son aquellas personas que deciden apartarse de la organización y confiesan su participación, implicando a otros procesados o erigiéndose en fundamento de la detención y/ o condena de otros imputados.

En principio se aplica la atenuante de colaboración si se ha colaborado “antes de que el procedimiento se dirija contra el culpable”. Sin embargo, es común y admitida práctica la aplicación de atenuante analógica cuando un detenido colabora después de su detención dando información a la Policía que es relevante y coadyuve efectivamente a la investigación.

Esta figura tiene no pocas dificultades en relación a la credibilidad que debe otorgársele al testimonio del arrepentido. Y ello deriva, precisamente, de que su testimonio pudiera estar afectado por motivos no altruistas de colaboración con la Policía, es decir, que se hubiera prestado únicamente para obtener beneficios penales de cara a una condena.

En efecto, para que la declaración de un testigo se erija en prueba de cargo suficiente para sostener una condena, se exige:

- Ausencia de motivos espurios en la declaración de tal arrepentido.
- Persistencia en el tiempo y falta de contradicciones.
- Corroboración por datos periféricos de la verosimilitud de sus declaraciones.

Como es obvio, en la declaración de un arrepentido siempre existirá la sospecha de que ha realizado tal declaración precisamente para obtener beneficios penales. No obstante, si su aportación a la investigación es eficaz, y la misma se corrobora por elementos periféricos a su testimonio, no existe óbice alguno para considerarle como prueba de cargo y aplicarle la atenuante de colaboración con las autoridades.

4. Delito provocado y agente provocador

En líneas generales, cuando en un procedimiento ha existido un agente encubierto es de rigor, desde el punto de vista de la defensa, plantear la posible existencia de un delito provocado, es decir, de la provocación al delito del funcionario policial que ha actuado como agente encubierto.

El Tribunal Supremo define la provocación delictiva o “mediación engañosa” como aquella conducta del agente encubierto que: *“supone injertar en otra persona el dolo de delinquir y cuando esto se hace con la colaboración policial –se dice en la STS. 1166/2009 de 19.11- se produce el efecto perverso de que la policía lejos de prevenir el delito, instiga a su comisión --elemento subjetivo-- bien que sin poner en riesgo ningún bien jurídico, pues en la medida que lo apetecido es la detención del provocado --elemento objetivo--, toda la operación está bajo el control policial por lo que no hay tipicidad ni culpabilidad, ya que los agentes de la autoridad tienen un control absoluto sobre los hechos y sus eventuales consecuencias --elemento material--, siendo estos tres elementos los que vertebran y arman la construcción del delito provocado”*.

En otras palabras, lo que el Tribunal Supremo viene a decir es que el delito provocado es IMPUNE, no se castiga, por cuanto, al ser las FCSE las que instigan a la comisión del delito, en realidad no existe ningún riesgo para el bien jurídico protegido, dado que los funcionarios policiales tienen control absoluto sobre los hechos y sus consecuencias. Consecuentemente, los detenidos-imputados-acusados serán absueltos con todos los pronunciamientos favorables si se considera que ha existido provocación al delito.

En palabras del Tribunal Supremo, la provocación al delito: *“lesiona los principios inspiradores*

del Estado Democrático y de Derecho, afecta negativamente a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de su personalidad, fundamento del orden político y de la paz social según el artículo 10 de la Constitución, y desconoce el principio de legalidad y la interdicción de la arbitrariedad de los Poderes Públicos, contenidos en el artículo 9.3 de la misma, sin que resulte admisible que en un Estado de Derecho las autoridades se dediquen a provocar actuaciones delictivas”.

¿Cuándo se considera por la jurisprudencia que existe provocación al delito? La sentencia del Tribunal Supremo de 1.3.2011 (nº 104/2011), que cita la sentencia de 13.6.2003 (nº 848/2003) entiende que existe:

“cuando la voluntad de delinquir surge en el sujeto, no por su propia y libre decisión, sino como consecuencia de la actividad de otra persona, generalmente un agente o un colaborador de los Cuerpos o Fuerzas de Seguridad, que, guiado por la intención de detener a los sospechosos o de facilitar su detención, provoca a través de su actuación engañosa la ejecución de una conducta delictiva que no había sido planeada ni decidida por aquél, y que de otra forma no hubiera realizado, adoptando al tiempo las medidas de precaución necesarias para evitar la efectiva lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido”.

En el mismo sentido, la sentencia de 15.9.1993 (Nº 1992/1993) afirma que para que exista delito provocado: *“Es exigible que la provocación -en realidad, una forma de instigación o inducción- parta del agente provocador, de tal modo que **se incite a cometer un delito a quien no tenía previamente tal propósito**, surgiendo así en el agente todo el ‘iter criminis’, desde la fase de ideación o 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 viciada, pues no podrá llegar nunca a perfeccionarse, por la ya prevista ‘ab initio’ intervención policial”.*

No existe delito provocado en aquel supuesto en el que el agente policial conversa telefónicamente con uno de los imputados, haciéndose pasar por un miembro del grupo criminal, sin desvelarle su condición de Guardia Civil, por cuanto no ha de confundirse “la provocación para “que cometa el hecho delictivo” con la provocación de actuaciones que permitan desvelar su participación en el hecho delictivo”. Continúa esta sentencia afirmando que: *“Desde luego no cabe hablar de delito provocado si, como ocurre en este caso, lo que obtuvo el agente policial no fue que en el recurrente surgiera la voluntad de cometer el delito, sino la de aflorar la existencia de un comportamiento del recurrente que, antes de la citada conversación telefónica mantenida con el Guardia Civil, ya se había traducido en el convenio con el coacusado y, probablemente, otras personas, para llevar a cabo la compleja operación de importación de la droga. Complejidad que incluía conductas anteriores en el tiempo y distantes en el espacio a la de acudir a la recepción fallida en el momento y espacio de la detención. Contribuciones a la estrategia delictiva que la sentencia*

declara probadas, cuando proclama que ambos acusados actuaron "en todo momento en connivencia".

No existe delito provocado tampoco en aquella conducta de entrega controlada de droga, vista en la sentencia del TS de 13.4.2011 (Nº 313/2011), donde se relata como la coprocesada colabora con las FCSE, accediendo a continuar el plan delictivo, una vez que ya introdujo la droga en España. A tal efecto, se cita con su contacto que va a recoger la droga. El recurrente acude a recoger la droga y es detenido. Se argumenta que es delito provocado, dado que la Policía medió para que la misma continuara su camino. El TS desestima el motivo, al entender: *"Esta Sala no puede aceptar el razonamiento de que, una vez producida la detención de Trinidad en el aeropuerto de Santiago, toda intervención posterior operaría sobre un delito ya cometido y que sería fruto de la provocación de unos agentes de policía que, en su afán por detener al destinatario de la cocaína, habrían alterado los planes iniciales de la organización. En efecto, el esquema diseñado para la difusión clandestina del estupefaciente incluía el traslado de esa droga a Barcelona y fue precisamente a ese fin al que, de forma voluntaria y a iniciativa del tal Largo, se habría sumado Jaime. Cuestión distinta es que la Audiencia Provincial haya considerado -no sin cierta generosidad en el juicio de subsunción- que el recurrente era sólo autor de un delito intentado contra la salud pública. Y si bien es cierto que en nuestra jurisprudencia no falta alguna resolución aislada que estima, en supuestos en los que ya existe un control policial del desarrollo de los hechos, que ya no es posible la afectación del bien jurídico protegido (cfr. STS 1114/2002, 12 de junio), el criterio mayoritario de la Sala se opone a tal entendimiento (cfr. SSTS 766/2008, 27 de noviembre, 658/2008, 24 de octubre, y 598/2008, 3 de octubre). [...] No cabe hablar de provocación, dado que los agentes no han incidido ni en los miembros de la organización criminal, ni en Jaime, con los que no han tenido contacto alguno. Ni siquiera le han sugerido ni condicionado una forma de proceder, actuando y decidiendo ambos con total libertad".*

Conclusión

En el caso analizado, el testigo F-1 NO podía actuar como agente encubierto porque no era miembro de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en funciones de policía judicial. Por ello, no actuó en el desempeño de esas funciones. Es un particular (y así fue definido por la Sección Primera de la Audiencia Nacional y por el Tribunal Supremo) que, sin ocultar su identidad a los demás miembros del grupo, llegó a Barcelona para colaborar en el plan delictivo, pero en un momento determinado, por iniciativa propia, decide apartarse de la actividad delictiva y contactar con personas próximas al entorno policial francés, alertando de la inminencia del atentado. Su posición procesal es próxima al "arrepentido", y su testimonio fue prueba de cargo lícita precisamente porque su declaración se reveló convincente y absolutamente creíble, tanto por los detalles que ofrecía como por su persistencia en el tiempo y la ausencia de contradicciones en sus varios testimonios.

**A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 2010
(Operación Cantata)**

Por María Ponte

Socia Directora de “Fuster-Fabra & Ponte Abogados”

Publicado en la *web* de GESYP (Grupo de Estudios sobre Política y Seguridad Internacional)

(13 de julio de 2011)