

## **INFILTRACIÓN POLICIAL DE CORTA DURACIÓN, SECRETO DE LAS COMUNICACIONES Y DERECHO FUNDAMENTAL A NO DECLARAR CONTRA SÍ MISMO\***

Fernando Gascón Inchausti

Ramón V. R., Ricardo M. C. y Julio Germán F. B. c. Ministerio Fiscal.  
Tribunal Supremo (Sala de lo Penal).

Sentencia de 9 de noviembre de 2001, recurso de casación núm. 1144/2000.

Penal: recurso de casación contra Sentencia de 2 de diciembre de 1999, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Santander en proceso penal por delito contra la salud pública.

Magistrado Ponente: Jiménez Villarejo.

Abogados: no constan.

### **Hechos y cuestiones jurídicas.**

En febrero de 1995 un agente de la Guardia Civil se infiltró en el ambiente de la drogadicción de Torrelavega (Cantabria), al tener sospechas de que Ramón V. R. se dedicaba al tráfico ilícito de hachís. El 21 de diciembre de 1995, acompañado de otro agente que también ocultaba su identidad y condición, se personaron en el taller que regentaba el sospechoso y concertaron la venta de seis kilos de hachís, a 150.000 pesetas el kilo; en dicha conversación, que fue grabada subrepticamente por los agentes, intervinieron también Ricardo M. C. y Julio Germán F. B. Alcanzado el acuerdo, Ramón V. emplazó a los dos agentes a que le llamaran a su teléfono móvil para fijar lugar y momento de entrega. A la cita acuden Ricardo M. y Julio Germán F., que resultan detenidos por los agentes tras comprobar que portaban una bolsa con el hachís encargado. Con posterioridad se procedió al registro del taller de reparación regentado por Ramón V., donde se encontraron más cantidades de hachís e instrumentos para pesarlo y cortarlo.

Concluida la investigación, y tras la celebración del juicio oral, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Santander dictó sentencia el 2 de diciembre de 1999, en la que condenó a Ramón V. R. a pena de cuatro años de prisión y multa, y a Ricardo M. C. y Julio F. B. a penas de tres años de prisión y multa, como responsables de un delito contra la salud pública.

Frente a la sentencia los tres condenados interpusieron recurso de casación denunciando, entre otros vicios, la indebida utilización como prueba de la cinta magnetofónica en que se había grabado la conversación sostenida entre los agentes y los imputados, por considerar que se trata de una prueba ilícita, obtenida vulnerando los derechos fundamentales de los imputados al secreto de las comunicaciones, a no declarar contra sí mismos y a no confesarse culpables.

---

\* Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de noviembre de 2001, publicado en *Tribunales de Justicia*, 2002-10, pp. 110-114.

## Fallo

La Sala Segunda rechaza que la grabación de la conversación haya vulnerado el derecho al secreto de las comunicaciones; en cuanto a los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, no se pronuncia rotundamente, pero sostiene que, en cualquier caso, una eventual ilicitud de la grabación por tal motivo carecería de relevancia a efectos de casación, puesto que la sentencia condenatoria se fundó, además de en aquélla, en otras pruebas de cargo autónomas. En consecuencia, desestima el recurso de casación interpuesto y confirma las condenas impuestas en la Sentencia de la Audiencia.

## COMENTARIO

1. Es un dato indiscutible en la actualidad que una persecución eficaz de los delitos de tráfico ilícito de sustancias estupefacientes –como paradigma de la denominada «delincuencia organizada»– requiere de métodos de investigación poco convencionales, en los que suele resultar frecuente acudir al engaño y a ciertos «operativos» policiales para lograr su descubrimiento y posterior castigo.

En ocasiones, resulta suficiente con el empleo de dispositivos técnicos, como sucede con la intervención de las comunicaciones telefónicas o telemáticas; en otros casos, en cambio, se hace precisa la participación activa de agentes policiales que, ocultando su identidad y su condición, se introducen en el entorno de las personas sospechosas de dedicarse a estas actividades y, simulando falsas intenciones, se ganan la confianza de aquéllas, que aprovechan para obtener las pruebas necesarias con que sustentar una acusación en juicio.

Un claro ejemplo de lo anterior nos lo ofrecen la sentencia objeto del presente comentario y los hechos de los que trae causa: dos agentes de la Guardia Civil, *infiltrados* en el entorno de la drogadicción de Torrelavega, fingen interés en adquirir una partida notoria de hachís y logran con ello poner de relieve cómo ciertas personas –los condenados-recurrentes– se dedicaban al tráfico ilícito de esa sustancia.

2. Antes que nada, parece preciso aclarar un extremo: aunque la sentencia se refiere a ellos en alguna ocasión como «agentes encubiertos», lo cierto es que no se trata de una calificación correcta, al menos si se quiere ser respetuoso con la terminología legal acuñada por el artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En efecto, el precepto en cuestión reserva esta denominación para aquellos miembros de la Policía Judicial que participan en operaciones en que se dan ciertas condiciones, como la existencia de una autorización judicial previa, la superación del test de proporcionalidad, el control sobre la identidad falsa de los agentes infiltrados, la supervisión judicial del desarrollo de la operación, la existencia de unos límites tasados a las labores investigadoras de los agentes o la vinculación con la persecución de ciertos delitos, incluidos en el catálogo que

recoge el propio precepto (con más detalle, cfr. nuestro trabajo, GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y «agente encubierto»*, Ed. Comares, Granada, 2001).

Esas condiciones no concurrían, sin embargo, en el caso que nos ocupa. Antes que nada, porque la operación policial en cuestión se desarrolló en 1995, siendo así que el artículo 282 bis LECrim se introdujo en nuestro ordenamiento por Ley Orgánica 5/1999, de 13 de enero. Pero, sobre todo, porque no se trataba de una operación autorizada ni controlada judicialmente, que además ni tuvo –ni se previó que tuviera– una duración prolongada. La operación policial que se halla en la base de la sentencia comentada se puede encajar, más bien, dentro de las que se pueden denominar «infiltraciones de corta duración», muy frecuentes en el ámbito de la lucha contra el tráfico ilícito de estupefacientes, que suelen limitarse a la concertación de una cita para la adquisición de la droga, en la que los agentes simulan la voluntad de adquirirla, y que culminan en un acto de entrega de la sustancia, que pone de relieve la tenencia preordenada al tráfico y que es suficiente para dictar sentencia de condena por delito contra la salud pública.

**3.** Como ya se ha dicho, la infiltración policial de «agentes encubiertos» – en sentido propio o restringido– integra una técnica de investigación sujeta, desde 1999, a una disciplina muy rigurosa, dado su carácter potencialmente lesivo de los derechos fundamentales del imputado e, incluso, de terceros. De hecho, la introducción del artículo 282 bis LECrim ha de verse como el otorgamiento a estas actividades del necesario refrendo legal expreso, pues no resultaba constitucionalmente admisible su desarrollo al margen de la ley.

No ha sucedido lo mismo, sin embargo, con las infiltraciones policiales de corta duración, pues se trata de operaciones que no pueden recibir encaje dentro de las previsiones del artículo 282 bis LECrim y que, por tanto, siguen moviéndose en el discutible terreno de la alegalidad, a no ser que se les atribuya la cobertura genérica que el art. 282 LECrim proporciona a las diligencias policiales encaminadas a la averiguación del delito y al descubrimiento de los delincuentes.

En la práctica, la jurisprudencia les ha dado carta de naturaleza plena, a través de la singular figura del «agente provocador», construida por la Sala Segunda del Tribunal Supremo para aplicarla al enjuiciamiento de operaciones policiales como la que nos ocupa: a juicio del Tribunal Supremo, quienes así actúan reciben la denominación de «agentes provocadores», porque «provocan» con su comportamiento que el sospechoso lleve a cabo determinadas conductas, que son reveladoras de un delito ya cometido (normalmente, la tenencia de droga preordenada al tráfico). Esta conducta del «agente provocador» resulta admisible como técnica para la investigación delictiva, pues lo que se provoca no es más que la obtención de la prueba del delito, pero no el delito como tal.

Eso sí, a juicio de esta misma jurisprudencia, la actividad de este «agente provocador» ha de distinguirse de la del policía que «provoca» o induce la comisión de un delito precisamente con la finalidad de poder probarlo: este

sujeto, paradójicamente, no recibe una denominación especial por parte de nuestro Tribunal Supremo, aunque sí el resultado a que conduce su actividad, que se conoce como «delito provocado». Esta forma de actuar recibe el más rotundo rechazo por parte de la jurisprudencia, para quien en tales casos habría una total impunidad tanto en el sujeto que cometió el «delito provocado» como en el agente que indujo o «provocó» su comisión.

En definitiva, y a pesar de tratarse de una técnica de investigación que aún carece de sustento normativo expreso, hay que reconocer –gracias al refrendo de la jurisprudencia– la admisibilidad como regla de las infiltraciones policiales de corta duración, que puede justificarse en su menor intensidad sobre la esfera personal del imputado, debida sobre todo a lo reducido de su duración –que en ocasiones es fugaz–.

Siendo así las cosas, nada habría que reprochar a la actuación policial enjuiciada por el Tribunal Supremo en la presente sentencia, dado que los agentes infiltrados de la Guardia Civil se limitaron, con su conducta, a «provocar la prueba», pero no el delito.

4. Concorre, sin embargo, en el supuesto de hecho analizado por la presente sentencia, un factor adicional que distorsiona o enturbia el análisis efectuado hasta ahora: se trata de la grabación en cintas magnetofónicas del contenido de la conversación sostenida entre los agentes policiales y los imputados condenados para concertar la transacción y ulterior entrega de la droga. En otros términos, se trata de discernir si el hecho de que los agentes procedieran a grabar esa conversación acarrea un *plus* de desvalor, susceptible de deslegitimar esta forma de actuación y de convertir en ilícitas las pruebas obtenidas por los agentes.

En concreto, son dos los reproches que se dirigen contra las grabaciones: que constituyen un proceder contrario al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, y que conculcan igualmente los derechos fundamentales a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable (*nemo tenetur se ipsum accusare*).

5. En cuanto a la supuesta infracción del derecho al secreto de las comunicaciones, debe rechazarse, puesto que no se ha producido la interferencia de un tercero respecto de las comunicaciones sostenidas por otros: al contrario, ha sido uno de los protagonistas de la comunicación quien ha procedido a su grabación, lo que la convierte en legítima y susceptible de valoración como prueba de cargo. Así lo afirma con rotundidad el Tribunal Supremo en la presente sentencia, en la que apostilla con agudeza cómo «cosa completamente distinta es que el mensaje sea luego utilizado por el receptor de una forma no prevista ni querida por el emisor, pero esto no convierte en secreto lo que en su origen no lo fue».

6. Más discutible puede ser la cuestión relativa a la infracción de los derechos fundamentales a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable. De entrada, la Sala Segunda no llega a pronunciarse sobre la cuestión con

claridad: se limita a señalar como «probable» una infracción de tales derechos, pero rechaza que esa eventual ilicitud de la prueba pudiera tener incidencia sobre el recurso, dado que las cintas y sus transcripciones no integraban el único elemento probatorio tenido en cuenta para fundar la sentencia de condena, que también se sustentó en el testimonio de los agentes y en la droga aprehendida en poder de los imputados –pruebas todas ellas a las que, en cualquier caso, no se podría «comunicar» esa ilicitud–.

El Tribunal Supremo emplea en este punto una técnica argumentativa que no nos parece aceptable. En efecto, de haberse producido una lesión de los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, ha de reconocerse que su origen no se hallaría en la grabación de la conversación, sino en la provocación en sí misma de una conversación con contenidos autoinculpatorios para algunos de sus protagonistas, mediante una técnica subrepticia y engañosa –la ocultación de la identidad y la simulación de falsas intenciones–. Y, de ser así las cosas, la totalidad de las pruebas valoradas en el proceso habrían resultado ser ilícitas, y no únicamente las cintas magnetofónicas, pues todas ellas habrían sido obtenidas con infracción de derechos fundamentales (art. 11.1 LOPJ).

Por eso, y a pesar de los intentos de la Sala, lo cierto es que no resultaba posible soslayar la cuestión acerca de si la provocación de una conversación inculpatoria lesionó o no los mencionados derechos fundamentales. La respuesta no es en absoluto sencilla, posiblemente porque falta aún en nuestro país una delimitación clara del contenido y alcance de los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.

En efecto, en numerosos supuestos el Tribunal Supremo ha reconocido la legitimidad del engaño que subyace a las operaciones de corta duración desarrolladas por los denominados «agentes provocadores», lo que supone, en buena medida, reconocer que no lesionan derecho fundamental alguno: en este sentido, pueden verse las SSTS de 30 de septiembre de 1998 (RAJ 6468), 22 de octubre de 1997 (RAJ 7517), 25 de abril de 1996 (RAJ 4076), 5 de octubre de 1995 (RAJ 7398), 15 de septiembre de 1993 (RAJ 7144), 2 de julio de 1993 (RAJ 5697) y 8 de febrero de 1989 (RAJ 1508). La STS de 20 de octubre de 1997 (RAJ 7244) admite, no sin ambigüedad, «que –bajo ciertas condiciones– los agentes de la policía no están obligados a revelar su carácter de tales a quienes ya han decidido la comisión del delito, *sin perjuicio naturalmente de los límites que a este respecto cabe deducir del principio “nemo tenetur se ipsum accusare”*, recogido en el art. 24.2 CE» [la cursiva es nuestra].

Lo único seguro, posiblemente, es que el engaño que subyace a las infiltraciones de corta duración no compromete el derecho a no declarar contra uno mismo cuando tal engaño no se utiliza para obtener «declaraciones» verbales o escritas, sino comportamientos activos que evidencien la preexistencia de una conducta delictiva: en este sentido, ha de recordarse cómo, para nuestro Tribunal Constitucional (por todas, cfr. SSTC 161/97 y 234/97, de 2 de octubre y 18 de diciembre, respectivamente), el derecho del art. 24.2 CE trata de evitar que el

imputado sea forzado (o engañado) para emitir una «declaración» que exteriorice un contenido que admita su culpabilidad.

Ahora bien, resulta más difícil negar que la actividad de los agentes infiltrados es susceptible de comprometer los derechos a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable cuando a través de ella se pretende –y se logra– que el imputado formule declaraciones inculpativas que, grabadas o narradas por el agente encubierto (esto ya es accesorio), pueden tener acceso a un juicio oral y servir en él de fundamento a una sentencia de condena.

En efecto, no puede negarse que es requisito fundamental para el ejercicio de estos derechos que el ciudadano sea consciente de que está siendo objeto de un interrogatorio por parte de la autoridad pública, cuyo objeto es contribuir a fijar unos hechos como ciertos o como inciertos en el marco de un proceso penal. Por ello, el ejercicio de estos derechos se ve entorpecido, y la finalidad que persiguen totalmente burlada, en caso de que las preguntas que, de ordinario, deberían hacerse de forma abierta, en presencia de su abogado, se las formule engañosamente un agente policial que oculta su condición. Este último proceder permitiría hablar –empleando términos de la sentencia comentada– de una «confesión realizada sin previa instrucción de derechos», que resulta contraria al artículo 11.1 LOPJ y que puede viciar de ilicitud todas las actuaciones investigadoras derivadas de ella.