



**VNiVERSiDAD
D SALAMANCA**

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL

TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

Departamento de Derecho Administrativo, Financiero y

Procesal

Derecho Procesal

**LA INFILTRACIÓN POLICIAL EN EL PROCESO
PENAL: REFORMA DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO
CRIMINAL Y AGENTE ENCUBIERTO INFORMÁTICO**

Curso 2015/2016

**Nombre de la estudiante: Paula Juan Turiño
Tutor Dr. D. Nicolás Rodríguez García**

Julio de 2015, Salamanca

TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

**Departamento de Derecho Administrativo, Financiero y
Tributario**

Derecho Procesal

**LA INFILTRACIÓN POLICIAL EN EL PROCESO
PENAL: REFORMA DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO
CRIMINAL Y AGENTE ENCUBIERTO INFORMÁTICO**

**THE POLICE INFILTRATION IN THE CRIMINAL
PROCEDURE: REFORM IN THE SPANISH CRIMINAL
PROCEDURE LAW AND DE VIRTUAL UNDERCOVER
AGENT**

**Nombre de la estudiante: Paula Juan Turiño
e-mail de la estudiante: paulajuan@usal.es**

Tutor: Dr. D. Nicolás Rodríguez García

RESUMEN

La figura del agente encubierto es problemática. Como se profundizará a lo largo del trabajo, existen determinadas técnicas especiales de investigación en el ordenamiento jurídico español que, llevadas a cabo por los miembros de la Policía Judicial, son muy eficaces para la averiguación del delito, sobre todo en aquellos delitos en los que intervienen bandas organizadas. Una de estas técnicas especiales de investigación es la figura del agente encubierto. Por otro lado, podemos afirmar que, dentro de los fines más importantes de la infiltración policial se encuentra el de la lucha eficaz contra la delincuencia organizada, lo que significa que la actuación del agente no puede trascender de lo que establece la ley que lo regula, la Ley de Enjuiciamiento criminal, limitando su ámbito de aplicación a un “numerus clausus” de delitos y evitando la transgresión de derechos fundamentales a través de un juicio de proporcionalidad o necesidad que tendrá que llevar a cabo el juez autorizante de la infiltración.

PALABRAS CLAVE

Agente encubierto, criminalidad organizada, delito informático.

ABSTRACT

The undercover agent is a problematic figure. As it will be analyzed throughout the paper, there are certain special investigative techniques in the Spanish legal system, carried out by members of the judicial police, which are very effective for the investigation of crime, especially in those crimes in which criminal organizations are involved. One of these special investigative techniques is the figure of the undercover agent. We can say that one of the most important purposes of police infiltration, if not the most important, is the effective fight against organized crime. This means that the performance of the agent cannot transcend the provisions of the Criminal Procedure as it is restricted to a small number of crimes.

KEYWORDS:

Agent undercover, criminal organisation, cybercrime.

ÍNDICE

INTRODUCCION.....	7
1. EL AGENTE ENCUBIERTO EN EL PROCESO PENAL	
1.1 Finalidad y fundamento de la infiltración.....	9
1.2 Figura del agente encubierto: Características principales y sujetos legitimados para actuar en el proceso penal.....	10
1.2.1. Características principales	
▪ Elemento temporal: prolongación en el tiempo	
▪ Uso del engaño	
▪ Investigación de la totalidad de las actividades ilícitas del grupo organizado	
1.2.2 Sujetos legitimados para actuar como agente encubierto en el proceso penal.	
1.3. Marco jurídico de actuación del agente encubierto.....	15
1.3.1 Régimen de la autorización	
1.3.2 Confidencialidad	
1.3.3 Tramitación en pieza separada	
1.3.4 Secreto de las actuaciones	
1.3.5 Declaración testifical del agente encubierto y medidas de protección de testigos	
1.3.6 Voluntariedad del cargo y obligación de información	
1.4 Ámbito delictivo del agente encubierto y diferencia del agente encubierto con otras figuras.....	19

- 1.4.1 El arrepentido o colaborador con la justicia
- 1.4.2 El confidente
- 1.4.3 El agente provocador

2. LEGITIMIDAD CONSTITUCIONAL Y RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE LA INFILTRACIÓN POLICIAL

2.1. Legitimidad constitucional de la infiltración.....24

2.1.1 Concretas actuaciones que suponen la injerencia en derechos fundamentales.

- Derecho a la intimidad
- Derecho a la inviolabilidad del domicilio
- Derecho al secreto de las comunicaciones
- Derecho a no declarar contra sí mismo.

2.2. Régimen de responsabilidad del agente encubierto.....29

2.2.1. Responsabilidad penal

2.2.2. Responsabilidad civil

2.2.3. Responsabilidad disciplinaria

3. LA FIGURA DEL AGENTE ENCUBIERTO INFORMÁTICO TRAS LA REFORMA DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

3.1. Introducción.....33

3.2.Evolución legislativa.....34

3.3.El agente encubierto en internet35

3.3.1 La regulación del agente encubierto informático en comunidades cerradas de la red utilizando material ilícito.

3.3.2 Marco de actuación del agente encubierto en canales de

comunicación abiertos: ciberpatrullaje.

3.3.3 Marco de actuación del agente encubierto en canales de comunicación cerrados.

3.3.4 Autorización para actuar como agente encubierto informático y control judicial de la medida.

3.3.5 Grabación de imágenes y sonidos de las conversaciones entre el agente infiltrado y el sospechoso.

- Grabación de conversaciones, con o sin imágenes, en lugares públicos o privados
- Grabación de conversaciones por el equipo de apoyo del agente encubierto

3.3.6 Grabación de imágenes sin sonido

3.4. Cuestiones pendientes de regulación.....44

CONCLUSIONES.....47

BIBLIOGRAFÍA.....49

JURISPRUDENCIA.....51

BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA.....54

INTRODUCCION

La figura del agente encubierto tiene su origen en el Derecho alemán y se regula en el artículo 282 bis de la LECrim, precepto que se introduce por la Ley Orgánica 5/1999, de 13 de Enero de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves.

Dicho precepto se enlaza con la sentencia 1140/2010¹ que define al agente encubierto como término “que se utiliza para designar a los funcionarios de policía que actúan en la clandestinidad, con identidad supuesta y con la finalidad de reprimir o prevenir el delito”.

A pesar de esto, la figura del agente encubierto se percibe con cierta desconfianza además de como una amenaza a los derechos fundamentales del investigado, ya que según LAFONT NICUESA², “se le concibe como una figura que establece estrechos y duraderos vínculos de confianza con el sospechoso al que finalmente y tras conocer todo sobre él, su trayectoria delictiva y su vida privada, acaba traicionándole”.

Por otro lado, la delincuencia organizada es, sin duda, uno de los grandes retos del futuro. La sofisticación de los delitos emergentes hace que los ciberdelincuentes operen de formas nuevas e incluso que contraten especialistas para que desempeñen tareas más habilidosas que ellos no pueden realizar, lo que hace que las organizaciones estén mejor jerarquizadas y sea muy difícil capturarlas, estando a la orden del día el soborno y a corrupción.

Como estamos ante un proceso penal garantista, que reconoce ampliamente las garantías procesales del acusado, con carácter de derecho fundamental e incluso asumiendo el riesgo de absolución del culpable frente al riesgo de condenar a un inocente, es necesario encontrar un equilibrio entre la investigación de los hechos delictivos y los derechos fundamentales, sin que estos se puedan violar sin justificación, de ahí la importancia de la necesidad de una autorización judicial, a la que se hará

¹ STS 1140/2010, de 29 de diciembre, de 2010, FJ 6º.

² LAFONT NICUESA, L., *El agente encubierto en el proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, La Ley, Julio 2015.

referencia a lo largo de todo el trabajo.

Centrándonos en nuestro trabajo, primeramente, se hace referencia a la figura del agente encubierto en el proceso penal, comenzando por una breve referencia a la finalidad y fundamento de la infiltración policial. Posteriormente, se han destacado las características principales y el marco de actuación del agente encubierto, así como una breve alusión de este con figuras próximas como son el confidente, el arrepentido o el agente provocador.

En segundo lugar, se ha procedido a estudiar los diferentes derechos fundamentales afectados con la infiltración policial y su legitimidad constitucional, acompañándose con la breve referencia a una serie de sentencias. En este punto, se destaca el régimen de responsabilidad del agente encubierto en el sistema español, ya que, como cualquier ciudadano, debe responder por sus actos tanto civil como penalmente, aunque con una particularidad y es que además, ciertos actos violarían derechos fundamentales como la intimidad o el secreto de las comunicaciones pero como se realizan en el ejercicio de su profesión, su régimen de responsabilidad queda sometido a la responsabilidad que se regula en la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo de 1986, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

Por último, el tercer apartado se centra en el estudio de la figura del agente encubierto informático tras la reforma de la Ley de enjuiciamiento criminal. Como se estudiará, las nuevas reformas en materia procesal penal han incorporado dos nuevos apartados al artículo 282 bis LECrim, creando “ex novo” esta figura.

1. EL AGENTE ENCUBIERTO EN EL PROCESO PENAL

1.1 Finalidad y fundamento de la infiltración.

Esta figura se sitúa en el Libro II, Título III de la LECrim que tiene por rúbrica “De la Policía judicial”³. Partiendo del estudio del concepto recurrimos a la RAE⁴ que nos dice que infiltrarse es “*penetrar subrepticamente en territorio ocupado por las fuerzas enemigas a través de las posiciones de estas*” o también “*introducirse en un partido, corporación, medio social, etc., con propósito de espionaje, propaganda o sabotaje*”. Teniendo en cuenta ambas podemos concluir que la infiltración es un medio de investigación para el descubrimiento o averiguación de una actividad.

Otra definición más adecuada es la que da GASCÓN INCHAUSTI⁵ que entiende que infiltrarse implica la ocultación de la identidad y/o de las intenciones para que con el paso del tiempo se establezca una relación de confianza que permita el acceso a una información que no es de acceso general y que es necesaria para un propósito concreto.

Estas primeras ideas son recogidas por el legislador en la exposición de motivos de la Ley Orgánica 5/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal⁶ cuando dice que el único fin de la infiltración es el de “*introducir medidas legales especiales que permitan a los miembros de la policía judicial participar en el entramado organizativo, detectar la comisión de delitos e informar sobre sus actividades, con el fin de obtener pruebas inculpatorias y proceder a la detención de sus autores*”.

En este punto se puede introducir ya la figura del agente infiltrado como “medio excepcional y de eficacia probada”⁷ para combatir determinadas formas de criminalidad organizada y por ello se considera la infiltración policial como un procedimiento de investigación realizado de incógnito con el fin de introducirse en el ambiente criminal,

³ Arts. 282 a 298 LECrim

⁴ Diccionario de la lengua española. Edición 33ª

⁵ GASCÓN INCHAUSTI F., “Infiltración policial y agente encubierto”, Comarés, Granada, 2001.

⁶ Ley Orgánica 5/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves.

⁷ STS de 8 de febrero, de 1991

poder conocer los planes y así abortarlos, y poder descubrir a los autores de hecho y procurar su detención⁸. Dicho procedimiento o actividad de investigación se encuentra dentro de los límites de la Constitución y las leyes, arts. 126 CE y 282 LECrim, porque se previenen actividades criminales o se descubre su perpetración⁹.

Por tanto, podemos concluir que el ámbito de actuación donde encuentra su fundamento el agente encubierto es la criminalidad organizada. Esta es la razón por la que se permite a la policía judicial adquirir y transportar “los objetos, efectos o instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos”¹⁰. Esa actividad se considera un procedimiento de investigación realizado de forma oculta (sin revelar la condición policial) para que una vez introducido el agente en el ambiente criminal, conozca los planes de la organización y pueda desarticularla o descubrir a los autores de hecho y detenerlos¹¹.

1.2. Figura del agente encubierto: Características principales y sujetos legitimados para actuar en el proceso penal.

A- Características principales

1. Elemento temporal: prolongación en el tiempo

El agente encubierto debe permanecer infiltrado el tiempo suficiente que le permita por un lado, establecer relaciones de confianza con la banda y por otro, averiguar la mayor información posible. El problema surge porque no es posible determinar a priori el tiempo que tiene que durar la infiltración y hay que entrar a valorar caso por caso porque depende de multitud de factores.

⁸ STS de 9 de marzo, de 1998

⁹ DELGADO GARCIA, M.D., “Perspectivas de la prueba desde la fiscalía antidroga”, Estudios del Ministerio Fiscal, I, p.585.

¹⁰ Memoria de la Fiscalía General del Estado 1996, p.1278

¹¹ MOLINA PÉREZ, TERESA, “Técnicas especiales de investigación del delito: el agente provocador, el agente infiltrado y figuras afines (y II)”, *Anuario jurídico y Económico Escorialense*, XLII (2009) 153-174.

Nuestra LECrim establece que la identidad ficticia del agente, que es otorgada por el Ministerio del Interior, tenga una vigencia de seis meses prorrogables por periodos de igual duración pero esto no quiere decir que la norma pretenda que el agente se infiltre durante ese tiempo sino que cada supuesto depende de las circunstancias. Por eso habrá casos en los que el tiempo de infiltración sea menor, en caso de que el agente vaya a ser descubierto y se ponga en riesgo su seguridad, o por el contrario, que se prolongue la actividad porque la investigación está resultando provechosa, aprovechando la falsa identidad dada.

A todo esto, hay que añadir que será fundamental un procedimiento riguroso de selección de candidatos para que en el momento en que el agente encubierto deje de realizar sus labores no se convierta en un miembro de la organización a la que investiga. En ese sentido, siguiendo a DEL POZO PÉREZ¹², además de examinar a los candidatos, se tendrá que superar un curso específico que refleje todas las aptitudes para desempeñar el cargo, profundizando sobre todo en los aspectos psicológicos.

2. Uso del engaño

Una de las características esenciales de esta figura es el uso del engaño y la traición por parte del Estado de Derecho a los miembros de una organización criminal. Dicho engaño está presente en toda la infiltración ya que desde el principio se oculta al resto de integrantes de la organización delictiva la condición de miembro de policía judicial siendo el Ministerio del Interior el que dé cobertura a ese engaño, proporcionando una identidad y documentación falsa.

Teniendo en cuenta estos requisitos, para saber si se autoriza la investigación encubierta hay que llevar a cabo un juicio de proporcionalidad que implica lo siguiente:

- En primer lugar, tienen que existir indicios racionales y datos objetivos de la existencia de una organización criminal que comete conductas delictivas tipificadas como delito del artículo 282 bis de la LECrim. En ese sentido el Auto del TS de 18 junio de 1992, aunque la Ley no lo diga expresamente, ha de exigirse “motivación de la medida y existencia de proporcionalidad, inherente al

¹² POZO PÉREZ M., *El agente encubierto como medio de investigación de la delincuencia organizada en la ley de Enjuiciamiento Criminal Española*. Criterio jurídico, vol. 6, Santiago de Cali, 2006.

valor de la justicia, entre la medida misma y la finalidad”. Es decir, que no puede equivaler a sospechas ni conjeturas.

- En segundo lugar, es necesario que el órgano jurisdiccional encargado de adoptar la medida determine que los datos que se van a obtener son relevantes para la investigación y van a contribuir al desarrollo de la misma. Igualmente se tiene que tener en cuenta que el hecho de acudir a la medida de la infiltración para la obtención de información sobre la investigación criminal es el medio menos lesivo para los derechos fundamentales, no siendo posible otro medio de investigación.
- Lo siguiente que hay que valorar es la gravedad de la conducta que como hemos dicho es una de las conductas a las que hace referencia el art 282 bis LECrim, conductas que son de extraordinaria gravedad; terrorismo, secuestro, trata de seres humanos, prostitución... esta valoración no debe de realizarse solo en función de la pena del delito sino valorando si la conducta es grave objetivamente hablando¹³.
- Por último, todas las conductas vistas con anterioridad quedar justificadas en el auto que decreta el órgano jurisdiccional para acordar que la medida se llevará a cabo por una resolución fundada y teniendo en cuenta su necesidad a los fines de la investigación.

3. Objeto de la investigación

El propósito de la infiltración no es otro que la averiguación de todo aquello relacionado con la actividad ilícita, esto es; la identidad de los integrantes, relaciones de poder y jerarquías, modo de llevar a cabo la actividad, etc. Y será así porque resultaría contraproducente dotar de una identidad supuesta (con las dificultades que conlleva, por ejemplo, respecto de la intromisión en derechos fundamentales) averiguar sólo una conducta delictiva aislada.

¹³ STEDH 8691/79 “caso Malone contra el Reino Unido”, de 2 de agosto de 1984.

B- Sujetos legitimados para actuar como agente encubierto en el proceso penal.

El proceso penal se puede iniciar por denuncia, querrela o de oficio, art 308 LECrim, y tal y como indica GIMENO SENDRA¹⁴, el proceso penal tiene su inicio en la fase de instrucción con la puesta en conocimiento ante el juez o Ministerio Fiscal de una “notitia criminis”, por la simple sospecha o comisión de un hecho considerado delictivo.

Por la simple sospecha o la investigación de la comisión de un hecho delictivo, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado intervienen en el proceso judicial para la averiguación del delito y los delincuentes, teniendo que elaborar informes técnicos y atestados contra las personas que cometan hechos antijurídicos¹⁵.

Concretamente las funciones de la policía judicial, tras las reformas de 1980 y 1988, en auxilio de la administración de justicia en la investigación criminal son las siguientes:

- El art 284 LECrim establece que los funcionarios de la policía judicial deben llevar a cabo las diligencias de prevención, esto es, asistir a los ofendidos, conservar el estado material de las cosas resultante del delito entre otras, y sin necesidad de órdenes ni del juez ni del fiscal, aunque con competencia subordinada al órgano judicial.
- Igualmente habla de las funciones el art 287 LECrim cuando dice que “Los funcionarios que constituyen la Policía judicial practicarán sin dilación, según sus atribuciones respectivas, las diligencias que los funcionarios del Ministerio Fiscal les encomienden para la comprobación del delito y averiguación de los delincuentes y todas las demás que durante el curso de la causa les encargaren los Jueces de instrucción y municipales”.

Y esto es importante porque determina que la función principal de la policía judicial es averiguar todos los delitos que se cometan en su territorio, practicar las

¹⁴ NÚÑEZ IZQUIERDO, F., “La policía judicial. El auxilio con la administración de justicia en la investigación criminal”. Noticias Jurídicas, marzo de 2012. <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4759-la-policia-judicial-el-auxilio-con-la-administracion-de-justicia-en-la-investigacion-criminal/> p.14.

¹⁵ NÚÑEZ IZQUIERDO, F., “La policía judicial...”, op., cit., p.3.

diligencias necesarias para comprobarlos y poner a disposición de la autoridad judicial todos los instrumentos o pruebas del delito, incluyendo delitos relacionados con delincuencia organizada y terrorismo, art 282 LECrim.

En el momento en que entramos en materia de delincuencia organizada es cuando surge la necesidad utilizar la figura estudiada, es decir aquella que por medio de un engaño se infiltre en una organización criminal. En España se va a infiltrar a un funcionario de policía que desee hacerlo de manera voluntaria, teniendo en cuenta que a ese funcionario se le otorgará una identidad supuesta.

Ahora tenemos que preguntarnos por quién o quiénes pueden ser agentes encubiertos en nuestro sistema,¹⁶ y como se acaba de decir, únicamente pueden actuar como tal aquellos funcionarios de la policía judicial que se presten a ello voluntariamente, concretamente:

1. A nivel estatal; funcionarios del Cuerpo Nacional de la Policía y Miembros de la Guardia civil.
2. A nivel autonómico; agentes de Policías autonómicas con competencias de policía judicial (La Ertzaintza- Policía del País Vasco¹⁷ - y Mossos d'Esquadra- Policía de Cataluña¹⁸ - en sus respectivas comunidades autónomas y Navarra¹⁹, ya que estas comunidades en sus Estatutos y normas de policía tienen previsto la creación de unidades orgánicas con competencias de policía judicial.

Cómo límite se puede señalar, que nunca se podrá producir esta infiltración si la banda organizada tiene implicaciones internacionales, ya que la infiltración policial con perspectiva internacional exige que el cuerpo de policía del funcionario sea considerado como tal a efectos del Convenio de Shengen²⁰ y a

¹⁶ POZO PEREZ, M. DEL, “El agente encubierto... op., cit., p 287.”

¹⁷ En relación al País Vasco el art 17 del Estatuto de autonomía y los arts 112 – 115 de la ley 4/1994 de 17 de julio de la policía vasca

¹⁸ Para Cataluña, art 13 de su Estatuto de Autonomía y arts 13 a 15 de la ley 10/194 de 11 de julio, sobre la Policía de la Generalitat, RD 54/2002, de 18 de enero y los Decretos 191/2002 de 22 de enero y 147/2002 de 28 de mayo.

¹⁹ Para Navarra el art 51 de la ley 13/1982 de 10 de agosto y el Decreto Foral 213/2002, de 14 de octubre.

²⁰ Instrumento de ratificación del Acuerdo de Adhesión del Reino de España al Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, firmado en Schengen el 19 de junio de 1990, al cual se adhirió la República Italiana por el Acuerdo firmado en París el 27 de noviembre de 1990, hecho el 25 de junio de 1991.

este Convenio sólo se reconocen los cuerpos policiales con competencias a nivel internacional que son la Policía Nacional y la Guardia Civil en España).

Por el contrario, no podrán ser agentes encubiertos:

1. Agentes de los servicios de inteligencia del Estado. Arts. 4 y 5 de la Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia.
2. Agentes de la policía local o municipal
3. Agente del servicio de vigilancia aduanera

1.3. Marco jurídico de actuación del agente encubierto

3.1 Régimen de la autorización

Siguiendo el art 282 bis.1 LECrim, “el Juez de instrucción o el Ministerio Fiscal, dando cuenta inmediata al Juez, podrán autorizar a los funcionarios de la Policía judicial a actuar bajo identidad supuesta y a adquirir y transportar objetos, efectos o instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos”.

En primer lugar, es la policía quien dirige de oficio la solicitud al juez competente²¹ exponiendo la necesidad e idoneidad de acudir a la figura del agente encubierto y una vez presentada la solicitud, el Juez de Instrucción o el Ministerio Fiscal podrán instar a la unidad policial encargada la realización de una ampliación de la solicitud en aquellos extremos que se considere necesarios. Es importante destacar que puede resultar de utilidad el contacto entre la unidad policial y el Ministerio Fiscal previo a la solicitud.

Dicha autorización se realizará mediante resolución motivada en la que se recogen los motivos que fundamentan la concurrencia de los distintos presupuestos exigidos por la Ley para autorizar la figura y uno de ellos consiste en que “*se trate de investigaciones propias de la delincuencia organizada*” que tendrá que ser valorada *ex ante* con los elementos de la solicitud para que pueda contrastarse de forma razonable la presencia de un grupo de delincuencia organizada²².

²¹ STS 575/2013, de 28 junio, de 2013

²² STS 767/2007, de 3 de octubre, de 2007

El plazo de vigencia de la autorización es de seis meses prorrogables por periodos de igual duración (siempre que concurren los presupuestos legalmente establecidos para la continuidad de la actuación del agente encubierto). Tiene carácter gubernativo, resultando aplicable al otorgamiento de la identidad supuesta atribuida por el Ministerio del Interior y no al plazo por el que se le otorga la autorización judicial del agente encubierto aunque la resolución autorizante podrá establecer ese plazo de seis meses u otro que el Juez considere oportuno²³.

3.2 Confidencialidad

Del contenido del art 282 bis.1 2º LECrim se puede llegar a la conclusión de que la identidad verdadera del agente encubierto ha de permanecer reservada y para ello hay que extremar las precauciones y adoptar las medidas necesarias para mantener la seguridad física del agente.

Entre las medidas que pueden ser adoptadas destacan las siguientes:

- a) La resolución en la que figure la identidad verdadera del agente que ha de ser conservada fuera de las actuaciones principales (pieza separada) y adoptándose de forma rigurosa todas las medidas para conservarla. Se baraja la posibilidad de encomendar la custodia con la identidad del agente a la unidad policial competente.
 - b) Conservación de los datos del agente en sobre cerrado custodiado bajo el Letrado de la Administración de Justicia, arts 6 y 7 del Real Decreto 1608/2005 de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Cuerpo de Letrados de la Administración de Justicia.
 - c) Para la designación de la identidad real del agente encubierto en base al artículo 762.7ª LECrim es suficiente con el número de placa o carnet profesional sin hacer constar el nombre y los apellidos del mismo.
- Se ha criticado que en ocasiones el agente encubierto es citado a juicio con el número de carnet profesional y no con el código o clave establecido en el art 2 a

²³ STS 575/2013, de 28 de julio, de 2013.

de la LO 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales que dice que “no consten en las diligencias que se practiquen su nombre, apellidos, domicilio, lugar de trabajo y profesión, ni cualquier otro dato que pudiera servir para la identificación de los mismos, pudiéndose utilizar para ésta un número o cualquier otra clave” lo que pone en riesgo la seguridad del agente. Dicho esto, resultaría recomendable que cualquier referencia en actos de juicio se haga mediante el código o clave indicando que la identidad real del agente y la ficticia se encuentran en autos con carácter reservado y así evitar las alusiones a la identidad supuesta.

3.3 Tramitación en pieza separada

Tanto la información suministrada por el agente como sus actuaciones deberán figurar en una pieza separada²⁴ declarada secreta por el juez competente. En la pieza especial separada se integrarán la autorización del agente como las diferentes informaciones que este vaya poniendo en conocimiento de quien autorizó la investigación²⁵ (art 282 bis 2.3 LECrim). Por tanto, pieza especial separada y secreta.

3.4 Secreto de las actuaciones

Para garantizar la efectividad de la investigación el art. 302 LECrim alude a la declaración de secreto de la pieza separada, ya que sería muy difícil si de forma coetánea a la autorización jurisdiccional del agente no concurriese la declaración judicial de secreto de la pieza separada, que deberá prolongarse durante el tiempo necesario para que el agente adquiera la suficiente confianza de los miembros de la organización criminal investigada, artículo 302.2 in fine LECrim. Este periodo de secreto puede prorrogarse siempre que resulte imprescindible para la investigación, todo ello debidamente motivado.

La declaración de secreto afectará a la pieza separada, pero es posible que se declare el secreto del proceso principal, según entienda el juez competente. Además,

²⁴ STS 975/2007, de 15 noviembre, de 2007

²⁵ STS 395/2014, de 13 mayo, de 2014

para el levantamiento del secreto de la pieza separada es conveniente ponerlo en conocimiento de la unidad policial investigadora.

3.5 Declaración testifical del agente encubierto y medidas de protección de testigos

La información suministrada por el agente encubierto debería ser más un medio de investigación, que una fuente de prueba ya que la finalidad de esta figura es proporcionar datos que permitan avanzar en la investigación de las actividades de la organización criminal²⁶.

Por ello, se tiende a evitar su declaración como testigo aunque si lo hace sería más adecuado que se aporten a mayores otras pruebas para que no constituya la principal prueba de cargo. Puede afirmarse en principio que, su declaración como testigo en la fase de instrucción, no resulta necesaria porque a través de la puesta en conocimiento del Juez de la información que vaya obteniendo ya forma parte del proceso y cumple con su función, art 286 bis 1, 3º LECrim.

No hay que olvidar que la citación para declarar del agente encubierto como testigo en la fase de instrucción compromete su seguridad y el éxito de la operación encubierta por lo que podrá mantener su identidad secreta, código o clave, cuando testifique en el proceso, art 282 bis.2 LECrim.

Cuando el agente encubierto declare como testigo se le aplicarán las medidas de la LO 19/1994, de 23 de diciembre de protección de testigos y peritos en causas criminales, art 282 bis.2 in fine LECrim. Estas medidas se adoptarán durante toda la tramitación del procedimiento judicial y de acuerdo con el 2 b) de la citada LO que dice que el Juez podrá acordar tales medidas de seguridad que eviten la identificación visual del agente para preservar su imagen y sus derechos.

3.6 Voluntariedad del cargo y obligación de información

El art 282 bis.2 2º LECrim establece que no se podrá obligar a ningún

²⁶ STS 975/2007, de 15 noviembre, de 2007

funcionario de la policía judicial a actuar como agente encubierto, por lo que se puede deducir el carácter voluntario de la función que constará en el procedimiento administrativo tramitado por el Ministerio del interior para su designación.

La ley no exige la comparecencia personal del agente encubierto ante el órgano jurisdiccional para constatación de su voluntariedad, bastando que el consentimiento obre en el procedimiento administrativo tramitado por el Ministerio del Interior salvo que el Juez de Instrucción competente considere la comparecencia necesaria.

Tampoco hay obligación de notificar el auto por el que se autoriza la actuación del agente encubierto ya que no es parte en el procedimiento y bastara con la remisión o entrega del oficio y auto a la autoridad actuante.

- En cuanto al tiempo de la obligación de información del agente, de conformidad con el artículo 282 bis 1 LECrim, hay que decir que no se establece nada exacto ni una periodicidad, sino que se dice “a la mayor brevedad posible” es decir, cuando sea posible atendiendo a las circunstancias concretas del caso.
- En cuanto a la forma, tampoco se establece nada concreto, no se exige la comparecencia personal del agente ante el órgano ni que sea remitida por este al Juzgado. Siendo recomendable que la información sea remitida por la unidad policial investigadora de forma escrita.

1.4 Ámbito delictivo del agente encubierto y diferencia del agente encubierto con otras figuras.

1.4.1 Ámbito delictivo

El art 282 bis LECrim es el que regula el agente encubierto en nuestro ordenamiento jurídico por lo que podrá ser autorizado por la autoridad judicial en las siguientes actuaciones:

- Adquirir objetos, efectos o instrumentos del delito.
- Demorar la incautación de tales objetos hasta que sea adecuado el momento durante la investigación.

- Transportar esos objetos, efectos o instrumentos
- Participar en el tráfico jurídico y social bajo identidad supuesta

Parece que queda claro qué actuaciones puede efectuar el agente encubierto, pero debemos plantearnos como dice POZO PÉREZ²⁷, si podrá llevar a cabo otro tipo de conductas o lo que es lo mismo, si lo que no está expresamente prohibido está permitido.

De momento, tenemos que tener en cuenta una serie de límites en su actuación:

- En el caso de que afecten derechos fundamentales tiene que existir autorización judicial.
- Se prohíbe la provocación del delito, el agente no puede hacer nacer la intención de delinquir en un sujeto.
- Se debe valorar en todo momento la proporcionalidad de la conducta de acuerdo con la finalidad de la investigación, sin olvidar que esa conducta deberá ser una consecuencia necesaria del desarrollo de la misma.

1.4.2. Diferencia del agente encubierto con otras figuras

1- El arrepentido o colaborador con la justicia

Esta figura es importante, toda vez que sirva como medio para desarticular una organización delictiva. Siguiendo a DIAZ MAROTO Y VILLAREJO²⁸, el arrepentido es aquel que abandona o confiesa sus actividades delictivas e incluso aquel que rebela a la Justicia la identidad del resto de integrantes de la organización y ello hasta el punto de que en algunos casos lo hace con antelación suficiente para evitar los resultados.

Se trata de una circunstancia atenuante ya que como mantiene la Fiscalía Especial para la prevención y represión del tráfico de drogas²⁹ “se hace beneficiario en el ámbito jurídico penal de cláusulas de reducción”, lo que quiere decir que se trata de una circunstancia atenuante para aquél que colabora para desarticular bandas

²⁷ POZO PEREZ, M. DEL, “El agente encubierto... op., cit., p. 298-301

²⁸ DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO, J., *Algunos aspectos jurídico penales y procesales de la figura del arrepentido*, La Ley, n. 4132, p.1.

²⁹ Memoria Fiscalía Especial 1990, p. 66

organizadas.

En ese sentido el art 376 Código Penal establece que “siempre que el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y haya colaborado activamente con las autoridades o sus agentes bien para impedir la producción del delito, bien para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado”, es decir que a juicio de los Tribunales y debidamente motivado en la sentencia se puede imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito que se trate.

Seguidamente se recogen tres requisitos en la Memoria Fiscalía Especial de 1995³⁰ para que se de esta figura y que son:

1. Abandono voluntario de las actividades delictivas.
2. Presentación a las autoridades y confesión de los hechos en los que ha participado.
3. Colaboración activa con las autoridades; impidiendo la producción del delito, obteniendo pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables, o evitando la actuación o desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o colaborado.

2- El confidente

La figura del confidente no se regula en el ordenamiento jurídico español, pero si está presente en un gran número de actuaciones policiales, prácticamente en todas aquellas relativas a la delincuencia organizada y tráfico de drogas³¹.

El confidente es aquel sujeto que actúa para descubrir ciertas actividades delictivas pero que no tiene por qué infiltrarse con el fin de investigar una actividad. Es un sujeto que transmite información a quienes están encargados de llevar a cabo la investigación penal y que obtiene ciertas ventajas por ello. En ocasiones el grado de colaboración

³⁰ Memoria Fiscalía Especial de 1995.

³¹ PERALS CALLEJA, J., *Técnicas de investigación del crimen organizado: el agente encubierto, confidente, regulación en España y validez de a prueba obtenida en el extranjero, problemas práctica de la heterogénea regulación de la materia*. CENDOJ, 2010, p.28.

puede ser tan alto que el confidente llegue a ser infiltrado en la organización criminal adquiriendo máxima semejanza con el agente infiltrado. La única diferencia sería la cualidad de funcionario policial para el caso del agente.

Según el Tribunal Supremo³², se admite la figura del infiltrado confidente como “actuación que se basa en el espíritu de colaboración ciudadana”. Sigue diciendo la sentencia que “la desconfianza hacia el confidente es evidente por lo que se validarán las informaciones confidenciales con el carácter de indicios para proceder como medios de investigación³³”. Igualmente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos³⁴ admitió su legitimación como prueba, aunque con matizaciones.

Distinto del confidente es el denunciante anónimo, que es un ciudadano que por razones de seguridad facilita datos a la Policía de una forma anónima y altruista³⁵. Normalmente la identidad del confidente es conocida por la Policía porque puede ser un confidente puntual o un informador habitual.

El problema es el anonimato, es decir que el confidente no obtiene represalias sobre su persona y en ocasiones se generan dudas sobre sus verdaderos intereses que pueden ser tanto económicos como procesales y otras veces pueden tener fines ilícitos. Por eso el Tribunal Supremo que la declaración del ciudadano denunciante anónimo no podrá llevarse al proceso como testimonio de referencia ni servir de prueba de cargo³⁶, aunque ello no origine la nulidad del procedimiento ni de la prueba obtenida por la Policía.

3- El agente provocador

El delito provocado se define como “aquel que llega a realizarse en virtud de la inducción engañosa de una determinada persona generalmente miembro de las fuerzas de seguridad que, deseando la detención de sospechosos, incita a perpetrar la infracción a quien no tenía previamente tal propósito, originando así el nacimiento de una voluntad

³² STS 210/1995, de 14 de febrero, de 1995

³³ STS 28 febrero de 1991

³⁴ STEDH 58496/2000, caso Prado Bugallo contra España, de 6 de septiembre, de 1978.

³⁵ STS 782/2007, de 3 de octubre de 2007

³⁶ STS 187/2014, de 10 de marzo de 2014

criminal en un supuesto concreto, delito que de no ser por tal provocación no se hubiere producido³⁷”.

Las líneas generales sobre las que se asienta el Tribunal Supremo³⁸ son las siguientes:

1º) Objetivamente, debe existir una provocación, el agente tiene que ser quien tome la iniciativa para que el provocado se decida a delinquir.

2º) Subjetivamente, el provocador solo quiere demostrar la implicación del provocado y así obtener pruebas convincentes.

3º) El agente provocador se encarga de que el provocado realice la conducta de acuerdo con el injusto penal que merece ser sancionado.

Por tanto, el delito provocado surge como consecuencia de la inducción a la comisión de un delito por un tercero que de otro modo no lo habría llevado a cabo y por el contrario, cuando es el agente encubierto el que interviene, la decisión de delinquir ya está tomada por lo que la actuación del policía solo perseguiría el descubrimiento del delito ya cometido previamente, de acuerdo con los artículos 126 CE, art 282 LECrim y art 11 g) de la LO 2/1986 de 13 de Marzo de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

Siguiendo la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1993, la figura del agente infiltrado puede llegar a confundirse con la del agente provocador y es que el “agente infiltrado puede llegar a provocar cuando pone en evidencia la actividad”. Según la doctrina, el agente provocador “provoca” el delito, no se introduce para investigar a personas ni sus ambientes.

Se distingue entre delito provocado o “agente provocador” del delito y “agente infiltrado” que es una práctica de los estados civilizados que mientras que no implique provocación o colaboración en un delito es ajena a este problema al igual que tampoco es provocación cuando la policía es alertada de la comisión de un delito y espera al desarrollo del mismo. El Tribunal Supremo declara que cuando la actuación de los

³⁷ STS 53/1997, de 21 de enero, de 1997

³⁸ SSTs 1991 (10-4, 12-9 Y 29-11), 1992 (10-7,21-7,17-11, 12-12, 17-12, 22-12 Y 31-12), 1993 (18-5, 22-5,14-6,11-10,3-11 Y 22-12) 1994 (11-5 7 1-7), 1995 (20-1, 13-7, 11-10 y 30-12) y 1996 (13-2 y 30-3).

agentes no origina la comisión de un delito sino la salida a la luz del ya consumado, no hay provocación sino una mera finalidad de descubrimiento³⁹.

Cosa distinta es el supuesto en que el autor ha resuelto cometer el delito y es él quien espera o busca a terceros para su co-ejecución o agotamiento, ofreciéndose los agentes encubiertos simulando ser delincuentes, en cuyo caso la policía está ejerciendo las funciones del 238 LECrim.

2. LEGITIMIDAD CONSTITUCIONAL Y RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE LA INFILTRACIÓN POLICIAL

2.1. Legitimidad constitucional de la infiltración

Está claro que la intervención del agente encubierto en una investigación a una organización criminal puede afectar directamente a los derechos fundamentales de los investigados y su entorno. Aquí es el Estado el que engaña al ciudadano para investigar y es por eso por lo que su actuación debe examinarse con especial detenimiento.

El apartado 3 del art 282 bis LECrim exige que se solicite autorización judicial en los casos en que lo establece la Constitución y las leyes, pero a veces esta posibilidad no se dará porque el agente va a estar conexión muy directa con los sujetos investigados y podría poner en peligro su misión.

Partimos de la base de que la infiltración supone la entrada de un policía en un ámbito que no le es de fácil acceso, el de las organizaciones criminales, y con una finalidad precisa: la de obtener información sobre los integrantes de la organización y sus actividades. Para conseguir dicha finalidad se acude a la técnica del engaño o dicho de otro modo, gracias a la confianza que genera tanto a título particular en los integrantes como a título genérico en el entorno es el modo en que el agente puede acceder a tal información. Además, no hay que olvidar que la infiltración supone la

³⁹ STS de 28 de julio de 1998

tolerancia ante la posible comisión de delitos por parte del Estado, esto es que el Estado tolera, aunque sea temporalmente, el delito, cometiendo a su vez conductas antijurídicas pudiendo estar o no justificadas, aunque si es así, siempre con el objeto de reprimirlas eficazmente.

Concluimos con que la infiltración afecta a la seguridad del tráfico jurídico ya que se permite al agente servirse de la identidad falsa no solo en sus relaciones con los miembros de la organización sino en diversas facetas del tráfico jurídico privado⁴⁰ de ahí la afectación a derechos fundamentales y su estudio.

2.1.1 Concretas actuaciones que suponen la injerencia en derechos fundamentales.

Cuando el agente se infiltra, obtiene la información necesaria para poder inculpar o no a la banda investigada o al sospechoso y tal información puede ser utilizada como prueba de cargo en un proceso penal. Para ello hay que valorar la admisibilidad del engaño de acuerdo al respeto de los principios básicos de la convivencia consagrados en las leyes y la Constitución. Se plantea, por tanto, el problema de la validez probatoria de las actuaciones del agente que pueden afectar a los siguientes derechos fundamentales: 1º) Derecho a la intimidad, 2º) Derecho a la inviolabilidad del domicilio, 3º) Secreto de las comunicaciones y 4º) Derecho a no declarar contra sí mismo.

- Derecho a la intimidad

Se regula en el art 18.1 CE aunque este derecho no se verá afectado de la misma manera en todos los casos. Sólo se verá afectado en los casos en los que el agente establezca un contacto continuo e íntimo con el investigado, compartiendo aspectos personales de la vida privada y será cuando pueda plantearse esta cuestión.

Las relaciones sociales conllevan un riesgo y es que, al relacionarnos, cedemos cierta parte de nuestra intimidad, pero el problema de los agentes encubiertos es que los terceros que descubren esa intimidad son funcionarios del Estado y es este el que

⁴⁰ GASCON INCHAUSTI, F., “Infiltración policial y agente encubierto” Comarés, Granada 2001, p. 83 a 91.

interviene de forma engañosa.

Como sabemos, los derechos fundamentales no son absolutos porque pueden limitarse por parte los poderes públicos, en este caso es el juez de instrucción quien tiene que valorar la medida (autorización judicial previa) a través del juicio de proporcionalidad teniendo en cuenta la actuación llevada a cabo es la menos restrictiva posible. Hay que diferenciar la infiltración policial de otras actuaciones policiales como por ejemplo como seguimientos, cacheos o vigilancia en las calles que no gozan de una autorización judicial previa pero que a priori se ajustan a la proporcionalidad de la actuación y no devienen nulos por vulneración de este derecho fundamental y consiguientemente no es necesaria la autorización.

Por tanto, la previsión legislativa del agente encubierto y su valoración judicial evitan que la prueba obtenida por el agente sea nula.

- Derecho a la inviolabilidad del domicilio

Este derecho se refleja en el art 18.2 CE y se puede ver afectado cuando el agente infiltrado accede a lugares que tienen la consideración de domicilio de la organización criminal o de alguno de sus miembros. En estos casos se exige autorización judicial previa que se podrá acordar siempre que la investigación esté a punto de concluir y sea necesaria dicha entrada y registro para poder obtener la prueba.

El Tribunal Supremo en la STS 575/2013 de 28 de junio de 2013 critica la ausencia de regulación que ampare dichas entradas domiciliarias y los problemas surgen cuando el agente se ha ganado la confianza hasta tal punto que accede al domicilio con el consentimiento del investigado y todavía no ha acabado la investigación. El consentimiento está viciado por el engaño que se está produciendo por eso se debería de considerar que esa entrada y las pruebas que se obtengan de ella son nulas. Sin embargo, esto no es del todo cierto porque en el momento en que el agente acepta la invitación está ejecutando labores propias de la investigación, amparada judicialmente dentro del fin último que es la obtención de información.

Por tanto, la entrada en domicilio es proporcional y legítima al igual que lo investigado en el interior del domicilio que podrá llevarse como como prueba a juicio

mediante la declaración testifical del agente en el acto de juicio oral⁴¹.

- Derecho al secreto de las comunicaciones

Se regula en el art 18.3 CE y se refiere a los casos en los que el agente considere que se deben intervenir las comunicaciones, previa autorización judicial. Uno de los casos más comunes es que como consecuencia de la investigación del agente se averigüen números de teléfono o cuentas bancarias o de correo electrónico utilizadas por los investigados. Llegados a este punto volvemos a repetir que como la investigación se ampara en una autorización judicial, la obtención de datos es válida.

En cuanto a las conversaciones del agente infiltrado con los miembros de la organización (se tratarán en epígrafes posteriores), a priori podemos decir que no afectan al secreto a las comunicaciones sino al derecho a la intimidad, por ejemplo, la STC 56/2003, de 24 de marzo, de 2003, “caso de una persona chantajeada que aceptaba que la Guardia Civil grabara sus propias conversaciones para que pudiera determinar así el número desde el que llamaban, al no contar con aparato técnico para ello”.

- Derecho a no declarar contra sí mismo.

Se regula en el art 24.2 CE y puede alegarse siempre que de las declaraciones inculpativas surjan de conversaciones entre el agente encubierto y el investigado. En ese sentido la sentencia del Tribunal Supremo 2081/2001, de 9 de noviembre, de 2001 declara la inexistencia del secreto de las comunicaciones cuando los agentes encubiertos graban una conversación simulando interesarse por la compra de droga.

El problema surge en la posible vulneración del derecho a no declarar contra sí mismo, aunque aquí el Tribunal Supremo en base al art 11 LOPJ, señala que “esa declaración autoinculpativa grabada no es la única prueba y que no conlleva la nulidad del resto de pruebas”. En el mismo sentido, el Supremo rechaza las conversaciones grabadas por uno de los implicados porque se atenta el derecho a no declarar sobre sí mismos, no admitiendo dicha prueba como confesión, aunque si se daba validez a las

⁴¹ PERALS CALLEJA, J., “El agente encubierto...”, op., cit., p. 2

grabaciones porque no se vulneraban ninguno de los dos derechos anteriores.

Igualmente, la STS 2081/2001, de 9 de noviembre, de 2001 establece que la cuestión esencial es que la conversación no sea dirigida por el agente infiltrado, ni esté viciada por violencia u otros medios limitadores de la voluntad, ya que el engaño inicial de la personalidad ficticia, que es el único que ampara el Estado, se estaría vulnerando.

Por tanto, toda infiltración policial realizada cumpliendo los requisitos del art 282 bis LECrim, pese a que se afecten derechos fundamentales, puede ser amparada, previa autorización judicial y previsión legal. Así mismo, en la autorización judicial del agente para infiltrarse se valoran esos derechos fundamentales que pueden verse afectados, como es el derecho a la intimidad que ejerce en su domicilio.

2.2. Régimen de responsabilidad del agente encubierto

El agente encubierto sólo estará exento de responsabilidad en aquellos casos en los que sus actuaciones sean consecuencia necesaria del transcurso de la investigación y siempre que estén autorizados en el caso de violar derechos fundamentales del investigado.

Podemos dividir en tres los tipos la responsabilidad del agente encubierto: responsabilidad civil, responsabilidad penal y responsabilidad disciplinaria.

1. Responsabilidad penal

El art. 282 bis 5 LECrim es al que hay que hacer referencia en este tema porque establece que el agente estará exento de responsabilidad criminal por los actos cometidos durante la investigación siempre que guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma y no constituyan una provocación del delito⁴². Esto es así porque el apartado 1 del citado artículo al que ya hemos hecho referencia en otras ocasiones sólo le autoriza a “actuar bajo identidad supuesta y a adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos⁴³”.

⁴² Se trata de una norma penal sustantiva prevista de una excepción, Según GASCÓN INCHAUSTI, F., “Infiltración policial y agente encubierto, op., cit., p.276”

⁴³ Ver art 282 bis apdo 1 y 5.

Podemos decir que lo que se hace aquí es una enumeración de casos en los que hay ausencia de antijuricidad de la conducta del agente ya que en el caso de no existir dicha previsión legal esas actuaciones serían constitutivas de delito.

Luego el apdo 5 es una “cláusula de exención de responsabilidad penal” porque en caso contrario ese tipo de responsabilidad tan importante sería muy difícil de asumir por el funcionario policial. Como dice PERALS CALLEJA⁴⁴, el precepto no es una “carta en blanco” sino que se establece una limitación: que los actos sean consecuencia necesaria de la investigación, que sean proporcionales y que no constituyan delito provocado⁴⁵.

Llegados a este punto y como ya se dijo, la Sala 2ª del TS admite la figura del agente encubierto ya desde antes de su regulación, aunque sin embargo surgen áreas conflictivas en cuanto a la responsabilidad penal del agente que se han ido resolviendo.

En primer lugar, el caso del agente encubierto que actúa antes de la autorización judicial. Es el caso de un agente infiltrado para el grupo terrorista GRAPO y el Tribunal Supremo lo resuelve diciendo que “el que un funcionario policial lleve a cabo tareas de investigación antes de llegar a tener el carácter que regula el 282 bis no implica que no pueda servir válidamente respecto de lo visto y oído anteriormente. Lo que diferenciará a uno y otro es que la exención de responsabilidad penal, para actividades dotadas de proporcionalidad con la finalidad de la investigación y que no constituyan provocación del delito, no será aplicable al periodo previo⁴⁶”.

Por tanto el problema aquí es que el agente no estará protegido por la exención del apartado 5 del art 282 bis LECrim en el caso de cometer actos delictivos en el momento previo porque los actos anteriores a la autorización pueden servir de prueba testifical ya que como se sabe, la información obtenida por el agente se pondrá en conocimiento del Juez o fiscal y se aportará al procedimiento para que sea valorada por el órgano de enjuiciamiento⁴⁷.

⁴⁴ PERALS CALLEJA, J., “El agente..., op., cit., p. 10”.

⁴⁵ Se trata de una plasmación legal que ha reconocido la jurisprudencia en STS de 4 de marzo de 1992, y STS 2 de Julio de 1993.

⁴⁶ STS 655/2007, de 25 de junio de 2007

⁴⁷ STS 835/2013 de 6 de noviembre de 2013, “el incumplimiento del aspecto de la decisión judicial relativo a la prontitud en la aportación al juzgado de las informaciones relativas al desarrollo de la actividad del agente encubierto, constituye sin duda, una irregularidad”.

Otro caso que se puede dar es el supuesto de incomparecencia del agente encubierto como testigo. Aquí hay que puntualizar que la norma general es que la declaración en juicio oral del agente encubierto como testigo no es necesaria en todo caso y nos podemos fundamentar en dos sentencias del Tribunal Supremo: STS 189/2010, de 9 de Marzo, de 2010, “La testifical del agente encubierto no era posible, ya que no se pudo localizar su paradero tras la pertinente investigación y además no era necesaria a efectos de valorar la justificación de la restricción del derecho al secreto de las comunicaciones...” y STS 5/2009 de 8 Enero de 2009, en esta última, uno de los agentes encubiertos no declaró en juicio al ostentar cargo de diplomático y se consideró tal actuación amparada en Derecho.

Por tanto, es evidente que existe una prohibición de no cometer actos delictivos pero en este tema hay que tener especial cuidado cuando es agente infiltrado porque hay que acudir caso por caso para valorar las actuaciones teniendo en cuenta además de los principios constitucionales, el grado de infiltración del mismo porque como dice POZO PÉREZ⁴⁸, existen ciertas conductas en las que el agente tiene que demostrar su “lealtad a la organización que investiga, sin levantar sospechas sobre su verdadera identidad y siempre procurando no ser descubierto”.

Dichas conductas deberán valorarse de acuerdo a circunstancias que existieran en el momento de comisión del presunto hecho delictivo, teniendo en cuenta que para valorarlas, no solo tendremos el testimonio del agente encubierto sino que también tendremos los datos relativos a la investigación que el agente tiene la obligación de comunicar a la mayor brevedad posible tanto al órgano jurisdiccional como al supervisor.

Por otro lado, podrá suceder que se le apliquen atenuantes o eximentes como es el caso de la legítima defensa o del estado de necesidad donde tenemos que acudir a nuestro Código Penal. También se le pueden aplicar causas de exención de responsabilidad criminal, concretamente las del art 20.7 CP que para el caso del agente encubierto se aplicaría la exención por actuar “en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”.

Para completar lo que acabamos de exponer es necesario decir que para

⁴⁸ POZO PÉREZ, M. DEL, “La orden...”, op., cit., p. 308.

perseguir criminalmente a un agente encubierto será necesario como condición de procedibilidad un informe del órgano que autorizó la infiltración. La condición de procedibilidad es un obstáculo del proceso penal, es decir que no se puede imputar y luego juzgar al agente encubierto sin autorización del juez que dio validez a la infiltración.

2. Responsabilidad civil

Cuestión conexa con lo anterior pero que no debemos confundir es el otro tipo de responsabilidad, la responsabilidad civil, que surge bien cuando el agente encubierto que actúa bajo identidad supuesta, realiza actos o negocios jurídicos sin que sean necesarios para llevar a cabo la investigación (responsabilidad civil contractual) o bien aquella que deriva de la comisión de un ilícito penal (responsabilidad civil extracontractual).

En cuanto a la primera, la responsabilidad civil contractual, siguiendo el ejemplo de GASCÓN INCHAUSTI⁴⁹ es aquella que surge cuando el agente no abona el hotel o vivienda dónde se encuentra alojado para llevar a cabo la infiltración policial, caso que como dice el autor “son aparentemente sencillos pero se pueden complicarse” en el sentido de que por ejemplo el agente puede inscribir y gravar bienes a su nombre, todo ello sin perder de vista el fin último de la infiltración que es la obtención de información.

No se puede hablar de responsabilidad civil sin acudir al art. 1911 CC que “del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros”. Pero aquí el agente se encuentra realizando sus funciones, y la responsabilidad se da por el uso de la identidad supuesta del agente proporcionada por el Juez por lo que será también el Estado quién asuma responsabilidades en el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos⁵⁰.

Como la responsabilidad del agente es por su identidad supuesta lo que hace que pueda intervenir en el tráfico social y jurídico generando una apariencia de confianza, la

⁴⁹ GASCÓN INCHAUSTI, F., “Infiltración policial... op., cit., p.276

⁵⁰ Art 106 CE y art 139 Ley 30/92 de 26 noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, norma derogada, con efectos de 2 de Octubre de 2016, por la disposición derogatoria única 2. a) de la Ley 39/2015, de 1 de Octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

otra parte acreedora en la relación ignora que no existe una persona con esa identidad, cuyo patrimonio le sirva de garantía en el caso de demandar en un proceso civil y también ignora que hay un patrimonio subsidiario frente al que puede dirigir su reclamación que es la Administración pública.

Por lo que a la responsabilidad extracontractual se refiere, como ejemplo tomaríamos el de provocar un accidente de tráfico o la realización de daños en la vivienda contigua a la que ocupa el agente para llevar a cabo la investigación, tenemos que acudir al art 1902 CC que establece lo siguiente: “el que por acción u omisión cause daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”.

Sin embargo, no podemos olvidar que la responsabilidad del agente estará exenta siempre que se trate de una conducta necesaria y proporcional a la investigación (art 282.5 LECrim) porque si no, responderá civilmente el agente frente al Estado y a terceros perjudicados y si el agente no indemnizara por los daños causados a terceros, el Estado lo hará subsidiariamente⁵¹.

3. Responsabilidad disciplinaria

El agente encubierto en el transcurso de la investigación puede cometer un delito ocasionando responsabilidad penal y civil sino también responsabilidad disciplinaria porque tal y como dispone el art. 27 de la LO 2/1986 de 13 de Marzo de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, se consideran faltas muy graves cualquier conducta constitutiva de delito doloso, siendo sancionada con la separación del servicio o la suspensión de sus funciones de tres a seis años⁵².

Está claro que el agente encubierto es un funcionario público y como tal está sometido al mismo régimen de responsabilidad. Según CARDOSO PEREIRA⁵³, no hay una corriente unívoca porque la sanción administrativa queda vinculada a la decisión tomada en el proceso penal lo que se podría entender como una infracción del principio

⁵¹ ZAFRA ESPINOSA DE LOS MOTEROS, R. “El policía infiltrado, los presupuestos jurídicos en el proceso penal español. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010. P 422”.

⁵² Art 6.2 del Reglamento del Régimen Disciplinario del cuerpo Nacional de Policía RD 884/ 1989 de 14 de Julio.

⁵³ CARDOSO PEREIRA. F, “Agente encubierto en el proceso penal garantista: Límites y desafíos”, Tesis doctoral, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2012, p. 312- 319.

non bis in idem como sostiene el TEDH⁵⁴ y que anularía la sanción anterior.

Por el contrario, el Tribunal Constitucional STC 2/2003 de 16 de Enero de 2003 sostiene que no hay infracción de ese principio “siempre que se proceda a un descuento de sanciones penales y administrativas, así como que la sanción penal sea anterior o posterior a la sanción administrativa, anulando el Tribunal Superior la última” aceptando la concurrencia de sanciones porque son dos tipos de responsabilidad autónoma⁵⁵.

3. LA FIGURA DEL AGENTE ENCUBIERTO INFORMÁTICO TRAS LA REFORMA DE LA LECRIM

3.1 Introducción

Debido a la realidad en la que nos encontramos, las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación han dado lugar al nacimiento de nuevos instrumentos de ataque contra bienes jurídicos a través de los sistemas informáticos, siendo cada vez más frecuente la comisión de delitos perpetrados por el uso de Internet.

Los avances tecnológicos, junto con el crecimiento de los mercados mundiales y la creciente globalización han dado lugar a nuevas formas de anonimato, así mientras que el crimen organizado y el tráfico ilícito de drogas han sido las principales fuentes de preocupación en las últimas dos décadas⁵⁶, ahora delitos como la ciberdelincuencia o la explotación sexual de niños ocupan un lugar más destacado.

No hay que olvidar que la libre circulación de personas, bienes y capitales en todo el mundo ha aumentado en mayor medida que la capacidad de los países para controlar esos movimientos y que los delincuentes se han aprovechado de la fragmentación de los

⁵⁴ STEDH 2002/35, caso Sallen contra Austria, de 6 de junio de 2002.

⁵⁵ GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, M., “Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación, cit., pág. 271”

⁵⁶ 13º Congreso de la ONU sobre prevención del delito y justicia penal. *Formas nuevas y emergentes de delincuencia: amenazas con que el mundo debe contar*, Doha, marzo de 2015.

diferentes regímenes normativos y la reducción de barreras comerciales.

Es un hecho que millones de personas utilizan Internet, porque entre otras cosas, facilita las comunicaciones entre individuos que pertenecen a distintas áreas geográficas aportando beneficios socioeconómicos, pero también es verdad que la red facilita la comisión de delitos en el ciberespacio que de otra forma no se habrían cometido, como por ejemplo la posibilidad de los ciberdelincuentes de adoptar otra identidad para acercarse a sus víctimas a través de servicios en línea como bancarios o comerciales, o a través de las redes sociales sin olvidar que las redes sociales permiten no solo captar víctimas sino también permiten la conexión entre los diferentes grupos delictivos.

Ahora bien, el uso de las tecnologías modernas en actividades delictivas puede servir como punto de partida para las investigaciones penales ya que como se ha dicho, la red se caracteriza por la gran cantidad de información a la que se puede acceder públicamente, por ejemplo, a través de sitios web de redes sociales y foros de chat o la almacenada en dispositivos electrónicos y que a la vez puede ser muy útil a la hora de interceptar en operaciones policiales.

Con esta regulación, que se analizará en posteriores epígrafes, se pretende en primer lugar, reforzar la figura del agente encubierto a través de la introducción “ex novo” de la figura del agente encubierto o virtual que implica la actuación de este bajo identidad supuesta, en canales cerrados de comunicación, referido a las redes sociales u otras formas de conexión a Internet⁵⁷.

3.2 Evolución legislativa

En marzo de 2011⁵⁸ se llega a la conclusión de la necesidad de regular la figura del agente encubierto informático como “un instrumento para perseguir el intercambio de material a través de Internet en las redes de pornografía infantil” y es en Junio de 2014 cuando la Unidad de Agentes Encubiertos del Cuerpo Nacional de Policía en colaboración el Consejo General del Poder Judicial y la Fiscalía General del Estado llegan a la conclusión de que se podría utilizar esta figura para la investigación de la

⁵⁷ VALIÑO CES, A., *Lectura crítica en relación al agente encubierto informático tras la LO 13/2015*, La Ley, nº 8731, marzo de 2016.

⁵⁸ Boletín Oficial de las Cortes Generales-Senado, IX legislatura, 28 de marzo de 2011, núm 38, pág. 5.

ciberdelincuencia, sin que para su autorización sea exigible la presencia de una organización criminal que como ya hemos dicho el fin último de la infiltración es la lucha contra la delincuencia organizada tras la ineficacia de los tradicionales medios de investigación⁵⁹.

En esta situación surgen modificaciones. Se reforman casi 300 artículos del código penal español, afectando a la Ley Orgánica del Poder Judicial y a la LECrim y es en marzo de 2015 cuando se aprueba por el Consejo de Ministros el proyecto de Ley Orgánica incorporando dos nuevos apartados al citado artículo 282 bis LECrim que se pueden concretar de un primer momento a través de dos innovaciones:

- a. La regulación del agente encubierto informático en comunidades cerradas de la red utilizando material ilícito.
- b. La regulación del régimen jurídico al que se someten las grabaciones que realiza el agente encubierto en sus conversaciones con el sospechoso.

3.3 El agente encubierto en internet

Frente a la investigación penal tradicional que hace que se conozcan detalladamente las estructuras y fines de la organización criminal, la nueva regulación se centra en un enfoque general de los delitos cometidos en la red y la aparición de nuevos espacios de actuación que tratan de huir de las ordinarias barreras de control y prevención.

⁵⁹ ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R., “ El policía..., op., cit., p. 376.

Siguiendo a FERNANDEZ TERUELO⁶⁰ Internet determina “una notable y especial dificultad para la detección y persecución del delito” y esto se debe al anonimato que proporciona y al escaso conocimiento por los usuarios de la falta de medidas de seguridad y control que existen, sobre todo si las conductas delictivas se convierten en transnacionales⁶¹. La medida del agente encubierto informático es una medida idónea para perseguir determinados delitos “con mayor proyección telemática⁶²” como por ejemplo delitos de pornografía infantil⁶³ o captación y comunicación en el seno de una organización criminal⁶⁴.

Según LAFONT NICUESA⁶⁵ dos son los posibles marcos de actuación del agente encubierto en internet:

- Actuación en comunidades abiertas o “ciberpatrullaje”.

Se refiere a cuando el agente encubierto utiliza una identidad ficticia con el objetivo de detectar la comisión de delitos, no hay investigaciones concretas ni sospechosos identificados.

- Actuación en comunidades cerradas

Es el caso que se regula por la LECrim, se prevé que el agente encubierto informático o virtual intercambie o envíe material ilícito en foros cerrados, muy

⁶⁰ FERNANDEZ TERUELO, J., “Cibercrimen. Los delitos cometidos a través de Internet, Constitutio Criminalis”, Carolina, Oviedo, 2007, pág. 13.

⁶¹ Directiva 2013/40/UE de 12 de agosto de 2013, relativa a ataques contra sistemas de información que sustituye la Decisión Marco 2005/222/JAI del Consejo.

⁶² GALÁN MUÑOZ, “La internacionalización de la represión y la persecución de la criminalidad informática: un nuevo campo de batalla en la eterna guerra entre prevención y garantías penales”, revista penal, 2009, núm. 24, p. 90 y ss.

⁶³ Circular de la Fiscalía General del Estado, 2/2015, de 19 de junio, sobre delitos de pornografía infantil tras la reforma de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

⁶⁴ GOMEZ DE LIAÑO FONSECA HERRERO, “El agente encubierto como medida de investigación del terrorismo en el contexto internacional”. Iustel, 2010, págs. 417 a 434.

⁶⁵ LAFONT NICUESA, L., *El agente encubierto en el Proyecto de Reforma de la LECrim*, La Ley, Julio 2015 p. 2.

importante para combatir las redes de pederastas.

3.3.2 Marco de actuación del agente encubierto en canales de comunicación abiertos: ciberpatrullaje

El ciberpatrullaje es una actuación destinada a la vigilancia, prevención y evitación de ilícitos en la red⁶⁶ que tiene lugar en fuentes abiertas en la web o canales no cerrados de comunicación, no atentando contra el secreto de las comunicaciones porque el acceso a la información “puede efectuarlo cualquier usuario, no precisándose autorización judicial para conseguir lo que es público cuando el propio usuario de la red ha introducido dicha información en la misma⁶⁷”.

Esta modalidad de infiltración no requiere autorización judicial ni fiscal previa porque, aunque en este caso el sospechoso no está identificado ni se investiga nada en particular, es el agente de Policía Judicial quien utiliza una identidad ficticia, ya sea haciéndose pasar por un adulto o simulando ser un menor de edad, pero siempre utilizando las herramientas a su alcance para ganarse la confianza del criminal y poniendo fin al delito.

En ese sentido se puede destacar la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 2007⁶⁸ que habla del uso del “nickname” sin necesidad de autorización judicial. Aquí, el agente encubierto descubre la existencia de una red de pedofilia donde un grupo de personas mayores de edad graban sus encuentros con la participación de sus hijos menores para mantener con estos relaciones sexuales. En ese sentido, es legítimo que el agente encubierto sugiera al investigado que le remita material y se entable una “relación de confianza” para descubrir la estructura criminal de todos aquellos que se dediquen a la pedofilia y que este pueda hacerse pasar por un usuario más de la red⁶⁹.

⁶⁶ STS 767/2007, de 3 de Octubre, de 2007 cuando se refiere a cierta actuación policial para prevenir un posible delito de difusión de pornografía infantil “realizaron las investigaciones oportunas y solo cuando 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 (...) tal método de proceder es absolutamente correcto y ninguna objeción puede merecer”.

⁶⁷ STS 752/2010, de 14 julio, de 2010

⁶⁸ STS 767/2007, de 3 de octubre, de 2007

⁶⁹ STS 752/2010 de 14 de julio 2010

3.3.3 Marco de actuación del agente encubierto en canales de comunicación cerrados:

Se regula la posibilidad de utilizar el agente policial para delitos no solo del artículo 282 bis. 4 LECrim, sino también para delitos previstos en el artículo 588 ter a) de la ley, entre los que destacan “los cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier tecnología de la información o la comunicación o servicio de comunicación”. Esto quiere decir que se flexibiliza el uso de la figura sin que se dé el requisito de delincuencia organizada pero sin olvidar que siempre hay que aplicar el principio de proporcionalidad.⁷⁰

La actuación del agente encubierto en comunidades cerradas se introduce con la reforma los apartados 6º y 7º al art 282 LECrim, el agente informático o virtual además de intervenir en los delitos del citado artículo también lo hace en delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o en los que intervenga cualquier tipo de tecnología de la información; se añade la frase “... o cualquier delito de los previstos en el artículo 588 ter a⁷¹” que por remisión se hace una expansión competencial añadiendo los siguientes delitos:

- Delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión.
- Delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal.
- Delitos de terrorismo.

Dicha expansión competencial es algo muy positivo ya que se relacionaba el precepto con el carácter de “numerus clausus” pero tras la reforma, se han modernizado las técnicas de investigación on-line pudiendo investigarse conductas ilícitas como el acoso a menores de edad o el ataque a sistemas informáticos; ambas actividades no

⁷⁰ Anexo: conclusiones refundidas (I y II Jornadas sobre Marco jurídico del Agente Encubierto)

⁷¹ Este artículo remite al 579.1 de la LO 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, cuando dice que la autorización para la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas solo podrá ser concedida cuando la investigación tenga por objeto alguno de los delitos a que se refiere el artículo 579.1 de esta ley o delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o servicio de comunicación.

mencionadas en el catálogo de delitos.

Por ello, podemos decir que el proyecto de reforma amplía las competencias del agente encubierto en internet y la existencia de los apartados 6 y 7 del art 282 bis LECrim se debe entre otras cosas, a la “necesidad de combatir la emigración de pederastas a redes de comunicación privadas”, esto es que se quiere evitar que el intercambio de pornografía infantil se lleve a cabo en foros más restringidos y de difícil control policial. Así, como establece la Fiscalía Provincial de Madrid⁷², para estas investigaciones sería necesario utilizar el agente encubierto u otras formas de infiltración que permitieran identificar a los delincuentes y recabar evidencias digitales para la incriminación de los autores.

El problema, a juicio de URIARTE VALIENTE⁷³ es si estas comunidades cerradas de pederastas se pueden considerar organizaciones criminales. En primer lugar la ley establece que para que se pueda considerar una organización criminal como tal hay que ir al citado art 282 LECrim, que, junto con la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 2007⁷⁴, se establece que el sólo hecho de difundir e intercambiar material pornográfico sugiere la intervención de dos o más personas. Por ello, la posible presencia de una pluralidad de personas hace que se entienda cumplido el requisito legal de organización, pero no podemos olvidar que la figura del agente encubierto informático se extiende más allá de los delitos cometidos por organizaciones criminales.

Por otra parte, en cuanto al intercambio de material pornográfico en el que intervengan menores tal y como expone URIARTE VALIENTE⁷⁵ para acceder a un foro privado se necesita invitación previa y para ello hay que aportar material que demuestre que se consume para conquistar la confianza del delincuente. Siguiendo a dicho autor DE LA ROSA CORTINA⁷⁶ se ha mostrado a favor de difundir material pornográfico siempre que se cumpla el principio de proporcionalidad que en este caso

⁷² Refleja la actividad de la Fiscalía del año 2010. Pág. 1198.

⁷³ URIARTE VALIENTE, L.M., *El agente encubierto como medio de investigación de delitos de pornografía infantil en internet*, 2012, p.3.

⁷⁴ STS 767/2007, de 3 de noviembre de 2007

⁷⁵ URIARTE VALIENTE, L.M., “El agente encubierto... op., cit., p. 6-8.

⁷⁶ DE LA ROSA CORTINA, J.M., “Los delitos de pornografía infantil. Aspectos penales, procesales y criminológicos”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

sería el de difundir material pornográfico siempre y cuando sea necesario para infiltrarse en un grupo de pederastas.

Igualmente la jurisprudencia⁷⁷ ha aceptado que el agente encubierto pueda reclamar la entrega de material pornográfico, pero sin perder de vista que hay que constatar la existencia de una actividad delictiva previa para evitar la provocación del delito.

Dicho esto, la Fiscalía ha matizado⁷⁸ que “debe regularse el tipo de archivo ilícito que se pretende intercambiar, el destino de esos archivos así como el control que puede establecerse de los mismos en la red”. Esto puede verse de forma más clara atendiendo al principio de proporcionalidad en el caso de que los archivos enviados sean extremadamente escabrosos por el tipo de escenas sexuales o la edad de los menores.

Por último y de nuevo según el autor URIARTE VALIENTE⁷⁹ es importante atender al principio de proporcionalidad concretamente siempre que se trate de material ya difundido previamente en la red.

3.3.4. Autorización para actuar como agente encubierto informático y control judicial de la medida.

Sobre el tema de la autorización judicial del agente virtual nos apoyamos en la tesis sobre el monopolio judicial de la autorización sostenida por VELASCO NUÑEZ⁸⁰. En primer lugar el Anteproyecto no dejaba claro si para infiltrarse en una comunidad cerrada era necesaria autorización el Juez o del Fiscal.

A diferencia del apartado 1 del art 282 bis LECrim, el art 282 bis apartado 6 de la LO 13/2015 establece que el juez de instrucción es quien puede autorizar a la policía

⁷⁷ STS 767/2007, de 3 de octubre de 2007

⁷⁸ Refleja la actividad de la Fiscalía del año 2010, p. 1198.

⁷⁹ URIARTE VALIENTE, L.M., “El agente encubierto... op., cit., p.7.

⁸⁰ VELASCO NUÑEZ E., “Novedades técnicas de investigación penal vinculadas a las nuevas tecnologías”. La Ley penal, núm. 18, enero de 2016.

judicial⁸¹ para actuar bajo identidad supuesta en canales cerrados de comunicación no dando la posibilidad al Ministerio Fiscal del acuerdo inicial de la medida. Igualmente para la obtención de imágenes y grabación de conversaciones entre el agente y el sospechoso es necesaria dicha autorización judicial habilitante siempre que se reúnan los requisitos del “test de legitimidad constitucional⁸² de las medidas limitativas de derechos fundamentales”.

Por tanto, se despeja todo tipo de dudas: autorización judicial en todo caso.

3.3.5 Grabación de imágenes y sonidos de las conversaciones entre el agente infiltrado y el sospechoso.

En primer lugar se señala que para llevar a cabo grabaciones de imágenes y sonidos en operaciones encubiertas es necesaria la autorización judicial del órgano competente encargado, ello lo deducimos del apartado 7 del artículo 282 bis dice lo siguiente *“En el curso de una investigación llevada a cabo mediante agente encubierto, el juez competente podrá autorizar la obtención de imágenes y la grabación de las conversaciones que puedan mantenerse en los encuentros previstos entre el agente y el investigado, aun cuando se desarrollen en el interior de un domicilio”*.

Se regula, por tanto, la grabación de imágenes y conversaciones a través de un dispositivo que porta el agente, pero también hay que puntualizar que las grabaciones de audio e imagen que realice el equipo del agente encubierto es otro tema distinto y que se regularán por el Capítulo VI del Proyecto; “captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos”.

Según LAFONT NICUESA⁸³, para abordar la regulación de una forma más profunda se pueden distinguir las siguientes situaciones:

⁸¹ GASCON INCHAUSTI, “Infiltración policial... op., cit., p. 114 y 115.

⁸² STC 136/2000, de 29 de mayo de 2000, F.J. 4º-Proporcionalidad, idoneidad, necesidad debido equilibrio entre el sacrificio sufrido por el derecho fundamental y la ventaja obtenida en función de las circunstancias de la investigación penal.

⁸³ LAFONT NICUESA, L., “ El agente encubierto... op., cit., p. 6.

- Grabación de conversaciones, con o sin imágenes, en lugares públicos o privados.

Si es el agente encubierto el que realiza tales grabaciones es necesaria la autorización judicial porque de otra manera se estaría vulnerando la garantía constitucional consagrada en el artículo 18.3 CE⁸⁴. Esto quiere decir que el secreto de las comunicaciones se vulnera cuando es un tercero no autorizado quien interfiere y conoce el contenido de una conversación privada con otro sujeto. Este no es el caso ya que según la doctrina sentada en la sentencia de 30 de mayo de 1995 “el secreto de las comunicaciones no se vulnera cuando uno de los comunicantes se limita a perpetuar, mediante grabación mecánica, el mensaje emitido por el otro, aunque se haya hecho de manera subrepticia y no autorizada por el emisor del mensaje”. De esta misma sentencia y de la del 1 de junio de 2001 el Tribunal Supremo concluye que el mensaje no puede considerarse ni secreto porque lo ha publicado quien lo emite, ni interferido, porque lo ha recibido la persona a la que iba dirigido.

Sobre este tema el TEDH⁸⁵ considera que se ha vulnerado el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos porque se ha vulnerado “el derecho a la vida privada por unas grabaciones realizadas sin autorización judicial a pesar de que lo fueron de una conversación entre la supuesta víctima y un investigado por corrupción”. Se estima vulnerado porque las grabaciones se han fundado en una Ley de Letonia sin justificar por qué no se ha acudido al Código de Procedimiento penal Común y que no se analizó si la grabación incidía de manera significativa en los derechos del sospechoso (derecho al respeto de su vida privada al permitir la no realización por escrito de la valoración tanto del investigador como de su supervisor)⁸⁶.

De todo lo anterior podemos decir que lo que el Tribunal quiere con la autorización judicial es que se motive razonadamente el uso de esta medida excepcional y su incidencia en el sujeto investigado ya que tal y como ha establecido la Sala Segunda del Tribunal Supremo 2081/2001 de 9 de noviembre, la grabación de conversaciones entre

⁸⁴ Remisión epígrafe 2.1.1 Concretas actuaciones que suponen la injerencia en derechos fundamentales, de este trabajo.

⁸⁵ STEDH, C-3082/06, caso “Taraneks contra Letonia”, de 2 de diciembre de 2014

⁸⁶ LAFONT NICUESA, L., “El agente encubierto...op., cit., p. 6

particulares supone una infracción del derecho al secreto de las comunicaciones del art 18.3 CE.

- Grabación de conversaciones por el equipo de apoyo del agente encubierto

Ahora queremos hacer mención a que ocurre si en vez de ser el agente encubierto el que realiza las grabaciones es el equipo de apoyo, son terceros respecto de los interlocutores, aunque uno de los que mantienen la conversación interceptada sea el Agente encubierto

En primer lugar y a falta de regulación expresa acudimos al artículo 588 quarter a d, del proyecto que dice que igualmente se necesitara autorización judicial.

Este caso equivale a una escucha telefónica y hay que acudir al principio de proporcionalidad para grabar el teléfono al que llamará el investigado para comunicarse con el agente. Además, si se necesitase entrar en el domicilio del investigado, la autorización tendrá que extenderse motivadamente a la procedencia o improcedencia del acceso a dicho lugar. Asimismo, la Policía judicial debe poner a disposición del Juez el “soporte original” acompañado de una transcripción de las conversaciones identificando a los agentes que hayan intervenido.

Por último y de acuerdo con el artículo 588 quarter e del Proyecto, siempre que se requiera una nueva grabación de imagen o sonido se exigirá una nueva autorización judicial.

3.3.6. Grabación de imágenes sin sonido

En este punto la regulación diferencia entre grabaciones en lugares públicos y lugares privados.

- En espacios abiertos al público se pueden tomar imágenes tanto el agente encubierto como el equipo de apoyo ya que tienen el mismo régimen, así lo establece el art 588 quinquies a.

- Por el contrario, en espacios cerrados se aplicaría el artículo 282 bis 7 del proyecto respecto del agente encubierto; esto es que es necesaria la autorización judicial. Para el equipo de apoyo no se prevé ningún régimen especial para la grabación de imágenes únicamente, por lo que acudimos al común del artículo 588 quarter a) 3 del Proyecto que precisa autorización judicial.

3.4. Cuestiones pendientes de regulación

En opinión de la doctrina, se pueden destacar las siguientes cuestiones de interés que se podrían haber regulado. En primer lugar LAFONT NICUESA⁸⁷ cree que se podría haber regulado la difuminación del rostro como medida para proteger su integridad física y sobre esta cuestión el Tribunal Supremo se ha pronunciado⁸⁸ en una sentencia en la que se alegaba la manipulación de la cinta de video a lo que se opone dicha sentencia porque la difuminación o enmascaramiento del agente encubierto “en nada afecta a los movimientos del procesado” pudiendo verse claramente que es acusado quien se encuentra en la habitación y un examen de la sustancia que recibe y transporta.

Otra cuestión interesante, podría ser la infracción del derecho a la inviolabilidad del domicilio cuando es el investigado quién invita al agente encubierto desconociendo su condición de policía, pudiendo llegar a entender que hay un consentimiento viciado⁸⁹. En cambio, la ley procesal alemana si que prevé expresamente que el agente encubierto entre en la vivienda del investigado con la aprobación de este.

Por tanto, en España, solo se prevé la necesidad de la autorización judicial para grabar imágenes y conversaciones dentro de los domicilios, de la entrada no hay regulación aunque no podemos olvidar que la autorización inicial del agente por el juez o fiscal abarca cualquier acto de confianza que genere un engaño por lo que si el agente es invitado, entra en el domicilio con autorización pero lo que desde luego no abarca tal

⁸⁷ LAFONT NICUESA, L., *El agente encubierto...op.*, cit., p. 7

⁸⁸ STS 5/2009, de 8 de enero, de 2009

⁸⁹ STS 575/2013, de 28 de junio de 2013

autorización y será necesaria una específica es el registro de ese domicilio.

Igualmente podría resultar adecuada la regulación del ámbito estratégico del agente en el sentido de poder integrarse en puestos relevantes de responsabilidad dentro de la estructura orgánica de la red criminal y que por ejemplo se permita que el agente realice entregas de droga no vigiladas y que no se obligue a la policía a actuar cuando el investigado toque la droga.

Ahora bien, no podemos olvidar que el problema de los delitos virtuales es su singularidad⁹⁰ en el sentido de que en el mundo virtual se da “la dificultad de que los agentes policiales puedan asegurar el debido control de lo que circula a través de las comunicaciones que se hacen en la red⁹¹” y para ello se ha introducido la nueva regulación porque la enumeración tasada de delitos del apartado 4º del 282 LECrim podría situarnos en un vacío legal dado el avance continuo de las tecnologías y por eso a juicio de BUENO DE MATA⁹² se podría hablar de “compartimentos abiertos”, todo ello muy positivo porque se amplía el marco de actuación del agente encubierto.

No podemos olvidar el gran “conflicto” que suscita el hecho de infiltrarse en la vida de las personas investigadas que puede llegar a lesionar sus derechos fundamentales, sobre todo el derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones de los investigados que amparan el intercambio de archivos online.

Según entiende CARDOSO PEREIRA⁹³, la figura del agente encubierto es un instrumento esencial en la lucha contra el crimen organizado siempre y cuando sea utilizado de conformidad constitucional, respetando especialmente los requisitos de legalidad y de proporcionalidad. De ello se deduce que la autorización judicial necesaria para realizar dicha actuación garantizará el respeto a estos derechos fundamentales de manera que será el Juez quien controlará la existencia de indicios suficientes, la idoneidad de la medida y su necesidad y su motivación.

Por último y desviándonos ligeramente de la figura del agente virtual pero no de la

⁹⁰ VALIÑO CES, A., “Lectura crítica... op., cit., p. 4

⁹¹ VELASCO NUÑEZ, E., “Novedades técnicas de investigación... op., cit., p.

⁹² BUENO DE MATA, F., *El agente encubierto en Internet: mentiras virtuales para alcanzar la justicia*, en PEREZ- CRUZ MARTÍN, A.J y FERREIRO BAAMONDE, X. Los retos del Poder Judicial ante la sociedad globalizada. Actas del IV Congreso Gallego de Derecho Procesal (I Internacional), Universidad de A Coruña, 2012, p. 297.

⁹³ CARDOSO PEREIRA, F., “Agente Encubierto...”

Reforma y de lo que se podría haber regulado, los asistentes a las Jornadas I y II de 27 de junio de 2014 y 29 de mayo de 2015 respectivamente, sobre el marco jurídico del agente encubierto se refirieron a las siguientes cuestiones pendientes de regulación entre las que podemos destacar algunas:

- La regulación de la figura del confidente
- La operación encubierta en casos de gran complejidad, especificando en qué consisten, sus costes y la infraestructura necesaria; más que la actuación individualizada del agente.
- La diferenciación entre agente de cobertura, encubierto y unidad actuante
- La inclusión de los delitos relativos a la corrupción dentro del catálogo del 282.4 LECrim.

CONCLUSIONES

Primera: la figura del agente encubierto se considera parte del procedimiento de investigación realizado de incógnito por el que un funcionario, miembro de la policía judicial, se infiltra con el fin de obtener información relevante en el seno de una organización criminal. Por ello, existe una lista tasada de delitos regulada en el art 282 LECrim, en los que se puede utilizar la infiltración policial como medio de investigación de los delitos cometidos en el seno de la delincuencia organizada.

Segunda: cuando un agente se infiltra, pueden surgir dudas a la hora de valorar la forma en la que se ha obtenido la información. En el momento en que se produce la infiltración, ciertos derechos fundamentales como el derecho a la intimidad, el secreto de las comunicaciones, el derecho a no declarar contra uno mismo o el derecho a la inviolabilidad del domicilio, se pueden ver restringidos o limitados. Por eso, lo que hay que valorar es si el engaño, producido como consecuencia del abuso de confianza por parte del agente hacia los integrantes de la organización, está justificado y es proporcional a la medida o si, por el contrario, se violan derechos fundamentales del investigado.

Tercera: por lo que al marco de actuación del agente se refiere, es necesario que el juez de Instrucción competente o del Ministerio Fiscal autorice a los funcionarios de la policía judicial para que lleven a cabo la infiltración, lo que hace que la cooperación entre el juzgado de instrucción y la policía judicial sea muy importante. Además, es conveniente, como dice algún autor, que se aumenten las funciones de coordinación entre ambos organismos, sobre todo a la hora de evitar que se cite a declarar al agente encubierto en un proceso judicial que ya se está tramitando y del que ya es parte, poniendo en riesgo no sólo la investigación sino la propia seguridad del agente.

Cuarta: En nuestro ordenamiento jurídico se admite la restricción de derechos fundamentales, pero con una serie de requisitos que se centran en el deber de evaluar si existe o no proporcionalidad entre la medida de la infiltración y la finalidad de la investigación siempre que esta sea indispensable y necesaria

Quinta: Como ha quedado claro, las nuevas tecnologías de la información y la comunicación han dado lugar a la creación de nuevos instrumentos de ataque a través de Internet. La nueva reforma procesal que incorpora dos nuevos apartados al art. 282 bis

LECrim ha hecho que la figura del agente encubierto informático dé cobertura legal a la actuación del policía infiltrado en espacios privados del investigado como pueden ser redes sociales además de que pueden abarcar casos cada vez más extensos de delincuencia porque Internet constituye un escenario en el que la actividad delictiva es muy diversa, sin olvidar el problema de la dificultad que existe a la hora de identificar a los delincuentes que aprovechan la red para la comisión de delitos.

BIBLIOGRAFÍA

ARAGONÉS MARTÍNEZ, S., “Derecho procesal penal”, Madrid, 1999, p.94

BUENO DE MATA, F., *El agente encubierto en Internet: mentiras virtuales para alcanzar la justicia*, en PEREZ- CRUZ MARTÍN, A.J y FERREIRO BAAMONDE, X. (Dir), Los retos del Poder Judicial ante la sociedad globalizada. Actas del IV Congreso Gallego de Derecho Procesal (I Internacional), Universidad de La Coruña, 2012,

CARDOSO PEREIRA, F., *Agente Encubierto y proceso penal garantista: límites y desafíos*, Universidad de Salamanca, Salamanca 2012.

DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO, J., *Algunos aspectos jurídico penales y procesales de la figura del arrepentido*, La Ley, n. 4132.

DELGADO GARCIA, M.D., *Perspectivas de la prueba desde la fiscalía antidroga*, Estudios del Ministerio Fiscal, I, p.585.

FERNÁNDEZ TERUELO, *Cibercrimen. Los delitos cometidos a través de Internet*, Constitutio Criminalis Carolina, Oviedo, 2007.

GALÁN MUÑOZ, A., *La internacionalización de la represión y la persecución de la criminalidad informática: un nuevo campo de batalla en la eterna guerra entre prevención y garantías penales*, revista penal, 2009, núm. 24, p. 90 y ss.

GASCON INCHAUSTI, F., *Infiltración policial y agente encubierto*, Comares, Granada, 2001.

GOMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, M., “*El agente encubierto como medida de investigación del terrorismo en el contexto internacional*”. Iustel, 2010.

GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, M., “*Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación*, Cóllex, Madrid, 2004.

LAFONT NICUESA, L., *El agente encubierto en el Proyecto de Reforma de la LECrim*, Diario La Ley, Julio 2015

MOLINA PÉREZ, T., *Técnicas especiales de investigación del delito: el agente provocador, el agente infiltrado y figuras afines (y II)*, Anuario jurídico y Económico Escorialense, XLII (2009).

NÚÑEZ IZQUIERDO, F., *La policía judicial. El auxilio con la administración de justicia en la investigación criminal*.

PERALS CALLEJA, J., “el agente encubierto, La figura del arrepentido. Protección de testigos. Entrada y registro. Apertura de correspondencia”. CENDOJ, 2010.

PERALS CALLEJA, J., “Técnicas de investigación del crimen organizado: el agente encubierto, confidente, regulación en España y validez de la prueba obtenida en el extranjero, problemas práctica de la heterogénea regulación de la materia”. CENDOJ, 2010.

POZO PEREZ, M. DEL, *El agente encubierto como medio de investigación de la delincuencia organizada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Revista Criterio jurídico, vol. 6, Santiago de Cali, 2006.

URIARTE VALIENTE, L.M.,. *El agente encubierto como medio de investigación de delitos de pornografía infantil en internet*, 2012.

VALIÑO CES, A., *Lectura crítica en relación al agente encubierto informático tras la LO 13/2015*, Diario La Ley, N°8731, Marzo 2016,

VELASCO NUÑEZ, E., *Novedades técnicas de investigación penal vinculadas a las nuevas tecnologías*. Revista de jurisprudencia núm. 4, Febrero 2011.

ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R. *El policía infiltrado, los presupuestos jurídicos en el proceso penal español*. Tirant lo Blanch Valencia, 2010.

JURISPRUDENCIA

STEDH

STEDH de 2 de agosto de 1984

STEDH TEDH-2002/35 de 6 de junio de 2002

STEDH C-3082/06 de 2 de diciembre de 2014

STC

STC 136/2000 de 29 de mayo de 2000 - F.J. 4º

STS

STS de 8 de febrero de 1991

STS 28 de febrero de 1991

AUTO TS de 18 junio de 1992

STS 210/ 1995 de 14 de febrero de 1995

STS 53/1997 de 21 de enero 1997

STS de 9 de marzo de 1998

STS 28 julio de 1998

STS 2081/2001, de 9 de noviembre de 2001

STS 655/2007, de 25 junio, de 2007

STS 767/ 2007, de 3 de octubre, de 2007

STS 782/2007, de 3 de octubre, de 2007

STS 975/2007, de 15 noviembre, de 2007

STS 5/2009, de 8 de enero, de 2009

STS 752/2010, de 14 julio de 2010

STS 1140/2010, de 29 de diciembre, de 2010 FJ 6°.

STS 575/2013, de 28 julio, de 2013

STS 835/2013 de 6 de noviembre de 2013

STS 187/2014 de 10 de marzo de 2014

STS 395/2014, de 13 de mayo de 2014

LEGISLACIÓN

Real decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Arts 282 a 298 LECRim).

Ley Orgánica 5/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves.

Constitución Española de 29 de diciembre de 1978 (Art. 126)

País Vasco,

Art 17, Ley Orgánica 3/1979 de 18 diciembre de Estatuto de Autonomía del País Vasco.

Arts 112 a 115, Ley Orgánica 4/1992 de 17 julio de Policía del País Vasco.

Cataluña

Art 13, Ley Orgánica 6/2006 de 19 de julio de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña.

Arts 13 a 15, Ley Orgánica 10/1994 de 11 de julio de la Policía de la Generalitat de Cataluña.

Real Decreto 54/2002 de 18 de enero por el que se modifica el Real Decreto 769/1987, de 19 de junio, sobre regulación de la Policía Judicial y los Decretos 191/2002 de 22 de enero y 147/2002 de 28 de mayo.

Navarra

Art 51, Ley Orgánica 13/1982 de 10 de agosto de reintegración y mejoramiento del Régimen Foral de Navarra.

Art 10, Decreto foral legislativo 213/2002 de 14 de octubre por el que se aprueba el texto refundido de la ley foral de cuerpos de policía de Navarra.

Ley Orgánica 11/2002 de 6 de mayo reguladora del Centro Nacional de Inteligencia, arts 4 y 5.

Ley Orgánica 2/1986 de 13 de marzo de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, art 11 apdo g.

Real Decreto 1608/2005 de 30 de diciembre por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Cuerpo de secretarios judiciales, arts 6 y 7.

Directiva 2013/40/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de agosto de 2013, relativa a los ataques contra los sistemas de información y por la que se sustituye la Decisión marco 2005/222/JAI del Consejo.

Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica.

Convenio de asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, hecho en Bruselas el 29 de Mayo de 2000, art 14.3.

Ley 30/92 de 26 Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Publicas y del Procedimiento Administrativo Común, norma derogada, con efectos de 2 de Octubre de 2016, por la disposición derogatoria única 2. a) de la Ley 39/2015, de 1 de Octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, art 139.

Ley Orgánica 4/2010 de 20 de mayo del Régimen disciplinario del Cuerpo Nacional de Policía.

BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA

Memoria de la Fiscalía General del Estado 1996, p. 1278

Memoria de la Fiscalía General del Estado 1990, p. 66

Memoria de la Fiscalía General del Estado 2010, p. 1198.

Memoria de la Fiscalía Especial del Estado 1995, p. 64-67.

Memoria de la Fiscalía Especial del Estado 1994, p. 127-143.

13° Congreso sobre prevención del delito y justicia penal. Doha, del 12 al 19 de abril de 2015. *Formas nuevas y emergentes de delincuencia: amenazas con que el mundo debe contar.*

Circular 2/2015 de 19 de junio de 2015 sobre delitos de pornografía infantil tras la reforma de la LO 1/2015 de 30 de marzo por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal.

Anexo: conclusiones refundidas I y II Jornadas sobre Marco jurídico del Agente Encubierto

Guía sobre Cooperación Jurídica Internacional en materia de agentes encubiertos, del Consejo General del Poder Judicial.