



**VNiVERSIDAD
D SALAMANCA**

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL

TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

Curso 2014/2015

EL AGENTE ENCUBIERTO

María del Carmen Anaya Marcos

Dirigido por: Dr. D. Nicolás Rodríguez García

Junio de 2015



**VNiVERSiDAD
D SALAMANCA**

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL

TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

Departamento de Derecho Administrativo, Financiero y Procesal

Derecho Procesal

EL AGENTE ENCUBIERTO

SECRET AGENT

Nombre del/la estudiante: María del Carmen Anaya Marcos
e-mail del/a estudiante: carmenam@usal.es

Tutor/a: Dr. D. Nicolás Rodríguez García

Junio de 2015, Salamanca

RESUMEN (15 líneas):

El trabajo versa sobre la figura del agente encubierto. Debemos enmarcar tal medida de investigación dentro del ámbito de la criminalidad organizada. Actualmente, estamos asistiendo a una proliferación de la delincuencia organizada. La sociedad ha evolucionado, y con ella la delincuencia. Fruto de tal evolución fue necesario incluir en nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal medidas extraordinarias de investigación, y una de ellas es el agente encubierto. Se trata de una medida muy polémica, que precisa de autorización judicial para su ejecución, y que debe respetar los parámetros de legalidad, subsidiariedad y proporcionalidad. Es necesaria una mayor cooperación jurídica internacional entre los países de la Unión Europea, para facilitar la actuación de agentes encubiertos extranjeros fuera del territorio de nacional, ya que actualmente la mayor parte de estas bandas criminales son transnacionales.

PALABRAS CLAVE (entre 3 y 6):

Agente encubierto, criminalidad organizada, medio de investigación.

ABSTRACT:

The work turns of the figure of the secret agent. We must frame such a measure of research within the field of organized crime. Nowadays, society has evolved and so crime. Around Europe we are witnessing a proliferation of cartels, organized crime groups and transnational criminality. Thus, it came clear the necessity of a development in the European, and national criminal procedural law. One of the criminal investigation proceeding is the secret agent. This working paper, will be focused on this criminal proceeding, according to article 282 bis in Criminal proceeding Act (LCrim). Due to the conflict with fundamental rights such as privacy or legality, this measure will be limited by strict requirements. It must be supported by a judicial authorization and must respect principles as legality, subsidiarity and proportionality. Further, being this problem a transnational issue, it becomes clear that a better and stronger cooperation among European States is required, at least improving the work of a secret agent outside of his national territory.

KEYWORDS:

Secret agent, organized crime, through research, criminal proceeding.

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	9
INTRODUCCIÓN.....	11
1. El agente encubierto dentro del ámbito de la delincuencia organizada.....	13
1.1. Delincuencia organizada.....	13
1.2. Concepto de agente encubierto.....	17
2. Características.....	20
3. Sujetos activos legitimados para actuar como agente encubierto. Diferencias con otras figuras.....	24
3.1. Sujetos activos que pueden actuar como agente encubierto.....	24
3.2. Diferencias con otras figuras.....	27
A) Agente provocador.....	27
B) Confidente.....	29
C) Arrepentido.....	30
4. Ámbito de aplicación del agente encubierto. Límites y garantías a su actuación.....	31
4.1 Delitos en que interviene.....	31
4.2. Actividades que puede realizar.....	33

4.3. Límites a su actividad:.....	34
a. Derecho a la intimidad.....	35
b. Derecho a la no autoincriminación.....	36
5. El agente encubierto como medio de prueba y prohibiciones de la prueba.....	38
6. Responsabilidad del agente encubierto.....	42
6.1. Responsabilidad penal.....	42
6.2 Responsabilidad civil.....	44
a. Responsabilidad civil extracontractual.....	45
b. Responsabilidad civil contractual.....	45
6.3. Responsabilidad disciplinaria.....	46
CONCLUSIONES.....	47
BIBLIOGRAFÍA.....	49
JURISPRUDENCIA.....	51

ABREVIATURAS

Art.: Artículo

ATS: Auto del Tribunal Supremo

BOE: Boletín Oficial del Estado

CE: Constitución Española

CP: Código Penal

EEAA: Estatutos de Autonomía

FBI: Federal Bureau of Investigation

FFCCSS: Fuerzas y Cuerpos de Seguridad

LECrim.: Ley de Enjuiciamiento Criminal.

LO: Ley Orgánica

LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

STEDH: Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

TC: Tribunal Constitucional

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TS: Tribunal Supremo

UE: Unión Europea

INTRODUCCIÓN

En el ordenamiento jurídico español actual es necesario conjugar el Derecho Procesal y el Derecho sustantivo, es decir, tienen que ir en paralelo para lograr una eficacia plena de nuestro ordenamiento.

Centrándonos en el proceso penal, para poder llevar a cabo una correcta aplicación de las normas penales, y de esta manera investigar y sancionar adecuadamente los hechos delictivos que ocurren en nuestro país para evitar que resulten impunes, es necesaria una eficiente norma procesal. En este sentido, en España tenemos la Ley de Enjuiciamiento Criminal, promulgada el 14 de septiembre en el año 1882. Resulta evidente que esta norma es obsoleta, y que no resuelve los problemas actuales. La sociedad ha evolucionado, y con ella la delincuencia, y ha sido necesario realizar reformas. Como resultado de este desarrollo, ha sido necesario modificar la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 en numerosas ocasiones. Se puede citar la reforma que tuvo lugar mediante 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, o la nueva reforma de este mismo año, Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril, por la que se modifican la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para transponer la Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales y la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales.

Uno de los retos del Estado español, y de su ordenamiento jurídico penal, es luchar contra la delincuencia organizada o crimen organizado. Lo cierto es que durante las últimas décadas, estamos asistiendo a una evolución de la delincuencia organizada. Esto se debe a la evolución de la sociedad que se ha producido no solo a nivel industrial, sino también tecnológico. Estamos ante una sociedad globalizada, transnacional, en la que no existen fronteras y no hay límites en la comunicación, lo cual favorece enormemente el incremento de las nuevas formas de delinquir.

Sin embargo, es necesario recordar que estamos ante un proceso penal garantista, por lo que es necesario buscar y conjugar el equilibrio entre la búsqueda de la verdad, la investigación de los hechos delictivos y los derechos fundamentales y garantías que

poseen las personas investigadas, tal y como se recoge en la Constitución. Y es que resulta impensable en nuestro ordenamiento jurídico una investigación que vulnerara derechos constitucionales como la presunción de inocencia, el derecho a no declarar contra uno mismo o no declararse culpable, o el derecho a la intimidad personal y familiar y el derecho al secreto de las comunicaciones.

Es en este contexto social y jurídico en el que aparece el agente encubierto o infiltrado como medio de investigación, que se incluyó en nuestra norma procesal en el art 282 bis mediante LO 5/1999, como antes hemos mencionado. Sin embargo, esta medida cuenta con una grave dificultad, y es que limitan gravemente los derechos de aquellas personas objeto de la investigación.

El agente encubierto cuenta además con regulación a nivel internacional, como la Convención de Naciones Unidas hecha en Viena de 1988 o la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Transnacional Organizada, en Palermo en el año 2000.

Centrándonos en nuestro trabajo, en primer lugar se hace referencia a la delincuencia en el ámbito internacional y su evolución. Una vez distinguido el marco social en el que se desarrolla, se hace referencia al concepto de agente encubierto. En segundo lugar se lleva a cabo un estudio de las características esenciales de esta especial medida de investigación. En tercer lugar, pondremos de relieve aquellos sujetos que pueden actuar como sujeto activo del agente encubierto, diferenciándolo con otras figuras que actúan en nuestro ordenamiento, como son el agente provocador, el confidente o el arrepentido. En cuarto lugar, se delimita el ámbito en el que actúa el agente, pues está enmarcado dentro de unos delitos tasados, y solo puede realizar unas determinadas actividades. También se hace referencia en este apartado a los derechos fundamentales que limitan esta actividad, en concreto, el derecho a la no autoincriminación y a la intimidad. En quinto lugar, se hace una referencia al medio de prueba que supone la actuación del agente encubierto, y cuáles son los límites de estas pruebas. Por último, la responsabilidad de tal agente, tanto civil, como penal y disciplinaria, pues recordemos que este sujeto lleva a cabo acciones que atentan contra nuestro ordenamiento. Sin embargo, estará exento de toda responsabilidad si son consecuencia necesaria de la investigación, tal y como estudiaremos.

1. EL AGENTE ENCUBIERTO DENTRO DEL ÁMBITO DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA.

1.1. La delincuencia organizada.

En la sociedad actual, estamos asistiendo un nuevo tipo de delincuencia, un nuevo fenómeno sociológico. Esto es debido al desarrollo que se ha producido en las últimas décadas en los campos tanto de la industria como de la comunicación y de las tecnologías. También se debe a la libertad de circulación de bienes y personas que existe dentro del espacio de la Unión Europea, que además agrava el problema, pues nos encontramos en algunos casos con la transnacionalización de la delincuencia, es decir, la colaboración de bandas de distintos países.¹

Todo esto produce una evolución y aumento de las actividades lícitas, tanto dentro del país como en el ámbito internacional. Sin embargo, nos encontramos con la llamada “sociedad del riesgo”, y es que junto a estas actividades lícitas también proliferan las actividades ilícitas. Además, este tipo de actividades se desarrollan de una manera mucho más compleja y organizada. Ya no hablamos de las formas tradicionales de delincuencia. La cuestión va mucho más allá e incluso traspasa fronteras. Se trata de un problema a nivel internacional, en el que es necesaria la cooperación de todos los países para poder poner fin a esta delincuencia.

La nueva delincuencia se caracteriza por estar totalmente organizada, jerarquizada, y a la vez descentralizada, de forma que es muy difícil investigarlo con los medios de investigación tradicionales. Hablamos de la delincuencia organizada.

Este tipo de bandas criminales, además, utilizan el sistema financiero del país para ocultar sus actividades ilícitas y el beneficio que obtienen de ellas, mediante “empresas fantasma”, como por ejemplo el blanqueo de capitales procedente del tráfico ilícito de estupefacientes. En otras ocasiones estas bandas se escudan en actividades lícitas para ocultar las actividades ilícitas. Se habla en este último caso de delincuencia empresarial. Crean un entramado que convierte a la banda en infranqueable e impenetrable.

¹ POZO PÉREZ, M. DEL, “El agente encubierto como medio de investigación de la delincuencia organizada en la ley de enjuiciamiento criminal española”, *Revista Criterio Jurídico*, vol. 6, Santiago de Cali, 2006, p. 270

Pues bien, como se ha indicado anteriormente, esto hace que el Derecho Procesal, en concreto los medios de investigación y los medios de prueba previstos en nuestra legislación sean insuficientes, obsoletos. La sociedad cambia, y con ella el tipo de delincuencia, por lo que es necesario crear y regular otros medios para poder frenar, controlar y prevenir las actividades ilícitas y a los delincuentes.

Podemos concluir con que nos encontramos ante una sociedad cambiante, cada vez más moderna, y que tiene a su disposición infinitos medios tecnológicos e informáticos, que dificultan la tarea de investigación, y que debido a sus peculiares características nos vemos obligados a la introducción de nuevos medios de investigación.

Ante esto debemos plantearnos qué se entiende por criminalidad organizada. Debemos comenzar diferenciando la organización criminal de una simple asociación para delinquir. Estamos ante algo más de un simple acuerdo entre personas con el propósito de cometer delitos. Esta asociación para delinquir está tipificada en nuestro CP en el art. 515. La doctrina y la jurisprudencia han caracterizado la misma:²

- Se requiere una pluralidad de personas, por lo general tres o más.
- Que se organicen mediante una estructura jerárquica.
- Es necesaria cierta permanencia, es decir, que el acuerdo sea duradero.³

Desde hace algún tiempo ya se reconoce el problema de la delincuencia organizada en el ámbito internacional. En 1988, en la Convención de Naciones Unidas hecha en Viena se insta a las Partes firmantes a adoptar medidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes con proyección internacional. Hasta 1998 no se da una definición a este fenómeno en el ámbito de la Unión Europea, y es en la Acción Común de 21 de diciembre de 1998 relativa a la Tipificación Penal de Participación en una organización Delictiva de los Estados Miembros de la UE, en su art. 1.1: “*se entenderá por «organización delictiva» una asociación estructurada de más de dos personas, establecida durante un cierto período de tiempo, y que actúe de manera concertada con el fin de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años como mínimo o con una pena aún más severa, con independencia de que esos delitos constituyan un*

² SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I.: *La criminalidad organizada: aspectos penales, procesales, administrativos y policiales.*, Dynkinson, Madrid, 2005, p. 28

³ STS 28-10-97. “Caso Filesa”. Vd. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I.: *La criminalidad organizada: ...* Op., cit., p. 29.

fin en sí mismos o un medio de obtener beneficios patrimoniales y, en su caso, de influir de manera indebida en el funcionamiento de la autoridad pública.”

Otro ejemplo es la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Transnacional Organizada, en Palermo en diciembre del año 2000. Su primer artículo establece que el propósito de la Convención es promover la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional. En su art. 2.2 define qué se entiende por grupo delictivo organizado: *“se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material;”*

En el derecho comparado no abundan las definiciones de crimen organizado, aunque la gran mayoría de los ordenamientos castiga la pertenencia a una asociación criminal y en consecuencia la definen⁴. En este escenario político criminal comparado, durante los últimos años, se ha observado una mejora en la legislación, por un lado en lo relativo a los medios de prueba, y por otro a los medios extraordinarios de investigación.⁵

De manera conjunta a la actuación internacional, la lucha contra el crimen organizado precisa de unos adecuados medios de confrontación en el ámbito nacional.⁶

Como resultado de tal necesidad y de acuerdo con la nueva complejidad de las organizaciones criminales, en España se han desarrollado algunas mejoras legislativas como la entrega vigilada incorporada por la LO 8/1992 de 23 de diciembre y el agente encubierto, por LO 5/1999 de 5 de enero⁷.

Además, en nuestra LECrim define que se entiende por delincuencia organiza:⁸ *“A los efectos señalados en el apartado 1 de este artículo, se considerará como delincuencia organizada la asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o*

⁴ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I.: *“La criminalidad organizada ...”, op., cit., pág. 35.*

⁵ GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, M. *Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación*, Colex, Madrid, 2004, p. 47.

⁶ GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, M. *Criminalidad organizada y...*, op., cit., p. 48.

⁷ La Exposición de Motivos de la LO 5/1999 reconoce la insuficiencia de los medios tradicionales de investigación y añade el art 282 bis LECrim.

⁸ Art. 282 bis. 4

reiterada, conductas que tengan como fin cometer alguno o algunos de los delitos siguientes:

- a) Delitos de obtención, tráfico ilícito de órganos humanos y trasplante de los mismos, previstos en el artículo 156 bis del Código Penal.*
- b) Delito de secuestro de personas previsto en los artículos 164 a 166 del Código Penal.*
- c) Delito de trata de seres humanos previsto en el artículo 177 bis del Código Penal.*
- d) Delitos relativos a la prostitución previstos en los artículos 187 a 189 del Código Penal.*
- e) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico previstos en los artículos 237, 243, 244, 248 y 301 del Código Penal.*
- f) Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial previstos en los artículos 270 a 277 del Código Penal.*
- g) Delitos contra los derechos de los trabajadores previstos en los artículos 312 y 313 del Código Penal.*
- h) Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros previstos en el artículo 318 bis del Código Penal.*
- i) Delitos de tráfico de especies de flora o fauna amenazada previstos en los artículos 332 y 334 del Código Penal.*
- j) Delito de tráfico de material nuclear y radiactivo previsto en el artículo 345 del Código Penal.*
- k) Delitos contra la salud pública previstos en los artículos 368 a 373 del Código Penal.*
- l) Delitos de falsificación de moneda, previsto en el artículo 386 del Código Penal, y de falsificación de tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje, previsto en el artículo 399 bis del Código Penal.*
- m) Delito de tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos previsto en los artículos 566 a 568 del Código Penal.*
- n) Delitos de terrorismo previstos en los artículos 572 a 578 del Código Penal.*
- o) Delitos contra el patrimonio histórico previstos en el artículo 2.1.e de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando.”*

Este precepto (art. 282.4 bis) no define explícitamente qué se entiende por organización criminal, sino que se enumera un catálogo de delitos. Esta técnica ya es utilizada en Alemania, que establece un catálogo de delitos, pero aclara que se puede aplicar a otros ilícitos.⁹ Podemos afirmar que nos encontramos ante una definición insuficiente y errónea, pues no se describen las características de la delincuencia organizada y se limita a establecer una lista tasada de delitos. Entendemos que se trata de un *numerus clausus*, lo cual supone un grave error, pues se impide investigar otros delitos en los que también actúan las organizaciones criminales, como su actuación los delitos cometidos en internet¹⁰.

1.2. Concepto de agente encubierto.

Una de las medidas que tomó España para la lucha contra la criminalidad organizada fue incorporar a nuestro ordenamiento jurídico la figura del agente encubierto o infiltrado, como ya indicamos anteriormente. Se regula en el art. 282 bis LECrim. Dicho precepto fue introducido por la L.O. 5/1999, 13 enero («B.O.E.» 14 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.

Podemos determinar que, mediante esta regulación, se admite la medida de la infiltración en el proceso penal español, siempre dentro de los límites y garantías establecidos. Se regula simultáneamente tanto la infiltración policial como más concretamente el agente encubierto o infiltrado.¹¹

En su apartado primero se establece expresamente que: *“A los fines previstos en el artículo anterior y cuando se trate de investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada, el Juez de Instrucción competente o el Ministerio Fiscal dando cuenta inmediata al Juez, podrán autorizar a funcionarios de la Policía Judicial, mediante resolución fundada y teniendo en cuenta su necesidad a los fines de la*

⁹ GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, M., *Criminalidad organizada y...*, op., cit., p.67

¹⁰ BUENO DE MATA, F., *“El agente encubierto en Internet: mentiras virtuales para alcanzar la justicia”*. Universidad de La Coruña, 2012, p.297

¹¹ GASCÓN INCHAUSTI, F., *Infiltración policial y agente encubierto*, Comares, Granada, 2001 p. 17

investigación, a actuar bajo identidad supuesta y a adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos. La identidad supuesta será otorgada por el Ministerio del Interior por el plazo de seis meses prorrogables por períodos de igual duración, quedando legítimamente habilitados para actuar en todo lo relacionado con la investigación concreta y a participar en el tráfico jurídico y social bajo tal identidad.

La resolución por la que se acuerde deberá consignar el nombre verdadero del agente y la identidad supuesta con la que actuará en el caso concreto.

La resolución será reservada y deberá conservarse fuera de las actuaciones con la debida seguridad.

La información que vaya obteniendo el agente encubierto deberá ser puesta a la mayor brevedad posible en conocimiento de quien autorizó la investigación. Asimismo, dicha información deberá aportarse al proceso en su integridad y se valorará en conciencia por el órgano judicial competente.”

En primer lugar, y siguiendo el tenor literal de este apartado del art. 282 bis, el agente infiltrado será un funcionario de la Policía Judicial, autorizado por el Juez de Instrucción competente o por el Ministerio Fiscal dando cuenta inmediata al Juez. Se requiere por tanto una autorización judicial. Pero además, hay que destacar que para concretas actuaciones que puedan afectar vulneraciones de derechos fundamentales se requerirá una autorización más específica, como veremos más adelante. Normalmente la iniciativa de infiltrar surgirá del cuerpo policial, que está llevando a cabo las diligencias de investigación y que ve necesaria la intervención de esta figura. Además, y según el art. 282.2 LECrim, el funcionario de la Policía Judicial no podrá ser nunca obligado a actuar como agente encubierto, sino que deberá prestarse voluntariamente a realizar este servicio. Esta es una de las principales características, la voluntariedad, que deben concurrir en las personas que actúan como infiltrados, las cuales analizaremos posteriormente.

Pero no solo eso, sino que nos encontramos ante una doble prohibición: por un lado, no se puede obligar a un concreto policía a actuar como agente encubierto, y por otro, el cuerpo policial, representado por los mandos superiores, ha de estar de acuerdo con la medida. Esto se justifica ya que con esta actuación se corren graves riesgos personales y

profesionales, solo evaluables por las autoridades policiales en sus específicos conocimientos sobre criminalidad organizada. El hecho de que jueces y fiscales autoricen una operación en contra del criterio policial supone comprometer a la justicia de innegables consecuencias que pudieran ocasionarse.¹²

Cuando ya existe la propuesta y autorización del funcionario que actúa como agente encubierto, a este se le asignará una identidad supuesta o falsa. Esta identidad se otorga por el Ministerio del Interior por un plazo de seis meses. Esta será la identidad bajo la que actuará el funcionario de la Policía Judicial para infiltrarse en la organización delictiva, y de esta forma entablar relaciones de confianza y amistad con los miembros de ella. A través de tales relaciones, será considerado “un miembro más de la banda”, y de esta forma podrá descubrir cuáles son sus actividades ilícitas o delictivas y la identidad de las personas que las llevan a cabo. Además, esta será la identidad que el funcionario utilizará para actuar dentro del tráfico jurídico.

La característica inherente a la figura de agente encubierto o infiltrado es el engaño, como se explicará posteriormente. A través del engaño y de su identidad falsa se acercará a los miembros de la banda para posteriormente descubrir sus actividades ilícitas o delitos que cometen, y quienes son los autores.

Por último, otro elemento a tener en cuenta dentro de esta figura es la proporcionalidad. La infiltración del agente encubierto ha de ser proporcional a los fines que se pretenden conseguir con esta infiltración. Y este es el principio que tendremos en cuenta durante toda la investigación.

Por tanto, podemos deducir que el objeto y fundamento de esta figura de agente encubierto es la averiguación de los delitos, la práctica de diligencias, el descubrimiento de los delincuentes y la recogida de las pruebas del delito, todo ello dentro del ámbito de la delincuencia organizada.¹³

Podemos citar, a modo de ejemplo, una de las referencias jurisprudenciales del agente encubierto la STS 1570/1984 de 15 de noviembre, que como podemos comprobar, es anterior a la regulación legal de la medida aquí descrita: *Las fuerzas policiales tienen, entre otras funciones, la de prevenir el delito ejercitando una misión de profilaxis social,*

¹² GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, M. *Criminalidad organizada y...*, op., cit.

¹³ GARCÍA SAN MARTÍN, J. “Los límites entre el agente encubierto y el agente provocador en la persecución de los delitos del tráfico ilícito de drogas”, *Diario La Ley*, 2014, p. 126.

y la de descubrir su preparación, siendo uno de los procedimientos de investigación utilizados al efecto, el de infiltración, de incognito y sin revelar su identidad ni su condición pública, en las huestes delictivas, con el fin de conocer sus planes, de abortarlos, de descubrir a los autores de hechos punibles y de procurar su detención”

2. CARACTERÍSTICAS DEL AGENTE ENCUBIERTO.

De la lectura de la única regulación legal de la figura del agente encubierto en nuestro ordenamiento jurídico, el art. 282 bis LECrim, se pueden deducir las siguientes características:

1. Uso del engaño

Como ya indicamos, el engaño es la característica inherente a la figura del agente encubierto. Se trata de la característica esencial y que más polémica suscita, pues se utiliza el engaño por parte de los poderes públicos para otorgar una identidad ficticia al funcionario de la Policía Judicial encargado de la infiltración.

En primer lugar, decimos que es un engaño por parte de los poderes públicos pues es el propio Estado, quien aprueba la intervención del agente encubierto, pues tanto el Juez de Instrucción competente como el Ministerio Fiscal (dando inmediata cuenta al Juez) están legitimados para autorizar este tipo de infiltraciones, siempre que los medios tradicionales de investigación resulten ineficaces o insuficientes, y teniendo siempre en cuenta el principio de proporcionalidad vigente en nuestro ordenamiento.

Es necesaria la autorización judicial, pues ya el solo hecho de la infiltración del agente vulnera derechos fundamentales de los investigados, especialmente el derecho a la intimidad, ya que la figura descansa en el elemento subjetivo del engaño proveniente del Estado, que habilita el consentimiento para penetrar en la esfera privada de las personas investigadas.¹⁴

¹⁴ GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, M. *Criminalidad organizada y...*, op., cit., p. 181

Lo cierto es que para que se produzca la autorización se deben reunir una serie de requisitos. Por un lado, la existencia de indicios suficientes o apariencia delictiva, es decir, tener una serie de datos objetivos que acrediten la existencia de una banda que lleva a cabo actos delictivos. Por otro lado, deberá tratarse de una medida idónea, necesaria y subsidiaria, es decir, el órgano jurisdiccional debe llegar a la convicción de que la medida es necesaria para obtener datos relevantes y que no se puede obtener el mismo resultado utilizando otra medida menos gravosa. También se ha de tener en cuenta la gravedad de la conducta investigada, analizando la gravedad de manera global en relación con la propia organización y no únicamente del tipo delictivo.

La autorización deberá reunir todas esas condiciones en su motivación y será reservada, tal y como se regula en el artículo 282 bis LECrim. En este sentido, debemos destacar que la actuación del Juez queda reducida a una simple autorización pues no desarrolla ninguna investigación, como lo hace con un interrogatorio, sino que tal investigación la realiza la policía¹⁵.

Pues bien, a través de esta autorización se le concede a una persona física una identidad supuesta o falsa, identidad otorgada por el Ministerio del Interior, que se mantendrá durante todo el tiempo necesario para llevar a cabo las diligencias de investigación.

Es necesario, en este punto, realizar un inciso para aclarar lo relativo a las resoluciones que autorizan la infiltración del agente encubierto: por un lado, nos encontramos con el auto judicial autorizante de la infiltración, y que no contiene identidad alguna, y por otro lado, con la resolución donde el Ministerio del Interior otorga una identidad supuesta y en la que figura la identidad real. Pues bien, esta última es la que se mantendrá en pie separada fuera de las actuaciones. El precepto establece que se mantenga de manera indefinida y en secreto absoluto la identidad real y supuesta del agente de policía. Esto se regula con el objeto de asegurar, sobre todo, la propia vida del policía y la de sus allegados¹⁶.

Esta identidad ficticia comprende, no solo un nombre falso, sino todos los elementos necesarios para revestir al policía de una condición y apariencia criminal. La LECrim no establece que documentos serán expedidos al agente con propósito de crear una identidad falsa, pero podemos determinar que será un nuevo documento de identidad, y

¹⁵ GASCÓN INCHAUSTI, F., *Infiltración policial y agente encubierto*, op., cit., p. 7

¹⁶ GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, M. *Criminalidad organizada y...*, op., cit., p. 198

todos aquellos documentos necesarios para la creación de una nueva identidad¹⁷ (pasaporte, carné de conducir...) así como toda una infraestructura material (cuentas bancarias, líneas telefónicas, coches, etc.). Excluye la posibilidad de alterar los registros públicos.

En segundo lugar, este engaño también se ve reflejado en la traición de la confianza de los miembros del grupo. Y es que, mediante esa identidad falsa, el funcionario de la Policía Judicial va a entablar relaciones personales con los miembros de la banda, “relaciones de confianza” e incluso de “amistad”, necesarias para la averiguación de los hechos delictivos. Pues bien, esa confianza se verá traicionada cuando el infiltrado utilice en el proceso penal lo que se le confiesa en el seno de esa relación.¹⁸

2. Investigación de la totalidad de las actividades ilícitas del grupo organizado

Una vez tomada la medida de la infiltración del agente encubierto, el objetivo del funcionario infiltrado es conocer la mayor información posible del grupo durante el tiempo que dure la infiltración, tanto la identidad de los individuos que componen la banda, como el modo de organizarse o jerarquía, relaciones de poder, tipos delictivos que llevan a cabo, *modus operandi*, el ámbito geográfico en que operan y las relaciones con otras organizaciones.¹⁹

Esto es debido a que nos encontramos ante un medio de investigación extraordinario, muy restrictivo y que vulnera los derechos fundamentales de los investigados. Por ello, no basta con intentar averiguar un delito concreto y determinado, sino que el propósito de esta infiltración es intentar averiguar todo aquello relacionado con la actividad ilícita. Hay que tener siempre en cuenta el principio de proporcionalidad al que ha de someterse esta figura, así como el riesgo que supone para el agente infiltrado y el coste de oportunidad.

¹⁷ Así se establece en el ordenamiento alemán.

¹⁸ POZO PÉREZ, M. DEL, “El agente encubierto como medio de investigación...”, op., cit., p. 285

¹⁹ POZO PÉREZ, M. DEL, “El agente encubierto como medio de investigación...”, op., cit., p. 283

3. Elemento temporal: prolongación en el tiempo.

La labor de investigación del agente encubierto ha de ser duradera, pues dada la gravedad y la complejidad de las actividades que pretende descubrir, el agente necesitará un tiempo para integrarse en el entramado de la organización criminal y establecer las relaciones de confianza con los diferentes miembros de la organización.²⁰

Pero, ¿cuánto tiempo puede estar un agente como infiltrado? La ley prevé el plazo de seis meses. Este es el plazo de vigencia de la identidad falsa otorgada por el Ministerio del Interior. Este plazo puede ser prorrogable por periodos de igual duración. No hay un número máximo de prórrogas susceptibles de concesión, pero el criterio de proporcionalidad exige del órgano judicial una resolución motivada sobre la necesidad de extender la duración de la medida²¹.

La determinación inicial de la duración de la infiltración y su prorrogabilidad queda residenciada en el Juez de Instrucción competente²². De este modo, corresponde a la autoridad judicial fijar en la autorización de la infiltración el tiempo de vigencia de la investigación bajo cobertura.

Si bien es cierto que la decisión de la duración de la infiltración la toma el Juez de Instrucción competente, este criterio judicial también estará formado por una opinión de los mandos policiales.

Por tanto, hay que analizar siempre el caso concreto, pues la infiltración depende de muchos factores particulares y específicos de cada supuesto, que pueden hacer variar este plazo.

Puede concluirse, que la medida de investigación con agente bajo cobertura, deja de tener virtualidad práctica en los siguientes motivos:

- Revocación judicial de la autorización del Ministerio Público.
- Finaliza el plazo de duración inicial de la infiltración con obtención de resultados suficientes por lo que no resulta necesario acordar una prórroga.

²⁰ POZO PÉREZ, M. DEL, “El agente encubierto como medio de investigación...”, op., cit., p. 284

²¹ STEDH caso Lambert de 24 de agosto de 1998 (TEDH 1998/2000); STC 299/2000, de 11 de diciembre y 236/1999, de 20 de diciembre, STS de 22 de enero de 2001 (RJ 2001/1676).

²² GIMENO SENDRA, V. “Las intervenciones telefónicas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo”, *Diario La Ley*, 1996, p. 1617-1624.

- Finaliza el plazo de duración inicial con ausencia de datos relevantes y el Juez estima que el hecho de acordar una prórroga no va a conducir a la obtención de resultado alguno significativo para la investigación.
- Si dentro del plazo de la vigencia de la duración inicial o de una prórroga posterior, la vida del infiltrado se vea sometida a graves peligros, por lo que el agente abandonará las investigaciones.
- Puede ocurrir también que el agente se encuentre seguro y que haya establecido las relaciones suficientes para que su investigación sea fructífera y se decide prorrogar los seis meses previstos inicialmente. Pero esto tiene un límite, y es que puede ocurrir que el funcionario esté perdiendo su propia identidad y corra el riesgo de convertirse en uno más. Para ello, determinados expertos han elaborado unas “señales de alarma” que debe vigilar el supervisor del agente, una figura que analizaremos posteriormente.

3. SUJETOS ACTIVOS LEGITIMADOS PARA ACTUAR COMO AGENTE ENCUBIERTO. DIFERENCIAS CON OTRAS FIGURAS.

3.1. Sujetos activos que pueden actuar como agente encubierto.

De la lectura del art. 282 bis LECrim se desprende que únicamente pueden actuar como agentes encubiertos los funcionarios de la Policía Judicial, de manera voluntaria, que hayan mostrado su predisposición para el desempeño de la actuación. Esta prohibición de obligar al funcionario alcanza tanto a los mandos policiales como al Juez de Instrucción y al Ministerio Fiscal.

La decisión individual de un policía de infiltrarse en la organización criminal debe contar siempre con el respaldo de los mandos superiores. Dicho de otro modo, pese a la voluntariedad del funcionario deben concurrir una serie de requisitos en él, requisitos de tipo criminológico, de formación jurídica y psicológica. Los mandos policiales serán los que acrediten la adecuación del funcionario a la investigación, por lo que su labor aquí es fundamental.²³

²³ GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, M. *Criminalidad organizada y...*, op., cit., p. 177-178.

Pero no todo funcionario puede actuar como agente infiltrado. Debemos aclarar quienes no pueden ostentar la cualidad de agente encubierto:

- I. Aquellos que no revistan la condición de funcionario público.
- II. Aquellos que siendo funcionarios policiales no constituyan Policía Judicial en sentido estricto:
 - ✓ Los policías de las Entidades Locales.
 - ✓ Los policías autonómicos cuyos Estatutos de Autonomía no hayan previsto y desarrollado de hecho y de derecho las funciones de la Policía Judicial en sentido estricto.
 - ✓ Los miembros de la Policía Nacional y de la Guardia Civil no integrados en las Unidades Orgánicas.²⁴
 - ✓ Los agentes de los servicios de inteligencia del Estado. Todo esto sin perjuicio de que los miembros del Centro Nacional de Inteligencia, que no son agentes de la autoridad puedan recurrir al uso de medios y actividades encubiertas con la finalidad de proteger y defender la seguridad nacional.²⁵
 - ✓ Los agentes del servicio de vigilancia aduanera. Sin embargo, en torno a esta cuestión surge una polémica: se plantea si estos funcionarios de vigilancia aduanera pueden tener la condición de Policía Judicial para la investigación del delito de contrabando y todos aquellos relacionados. Podríamos pensar que esto es así, pues se le atribuye competencia para ello. Sin embargo, la infiltración del agente encubierto solo se prevé para determinados delitos tasados en la ley y el delito de contrabando no es uno de ellos. Por lo que se puede concluir que no pueden actuar como agentes infiltrados.
 - ✓ Otra cuestión es la relativa a los miembros del Centro Nacional de Inteligencia, que sin tener condición de agentes de autoridad, pueden recurrir al uso de estos medios de investigación para evitar cualquier amenaza para la seguridad del Estado. Estos agentes extranjeros efectuarán investigaciones encubiertas en el territorio jurisdiccional español, en el marco de Convenio

²⁴ Véase en este sentido GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, M. *Criminalidad organizada y...*, op., cit., p. 179

²⁵ Vid arts. 4 y 5 de la Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia.

de asistencia judicial en materia penal entre los estados miembros de la UE, de 29 de mayo de 2000.²⁶

Por tanto, sí podrán infiltrarse:

- Miembros de la Policía Nacional y de la Guardia Civil que estén integrados en las Unidades Orgánicas.
- Agentes de policía autonómica siempre que se prevea en sus EEAA la competencia como Policía Judicial, pero no podrán participar en investigaciones con implicaciones internacionales. En este sentido, sí podrán actuar como agentes encubiertos los policías autonómicos del País Vasco, Navarra y Cataluña, ya que así lo prevén en sus Estatutos Autonómicos.²⁷

Pero además de todos estos elementos objetivos, se requiere que el funcionario voluntario para realizar tal infiltración tenga determinados aspectos subjetivos. En España conocemos pocos datos al respecto pero el FBI Estadounidense y del Reino Unido indican cuales son las cualidades que deben poseer²⁸: debe tratarse de una persona autónoma para la toma de decisiones, eficiente, eficaz y con capacidad para adaptarse al medio. Será una persona inteligente, equilibrada, que guarde el control y que tenga capacidad de comunicación a todos los niveles, tanto oral como gestual. Ha de tener empatía, capacidad para ponerse en el lugar del otro e interpretar las situaciones desde su punto de vista, así como confianza en sí mismo. También se requiere que sea flexible, tolerante y discreto, capaz de asumir riesgos sin llegar a ser temerario. En cuanto a los aspectos físicos, el rango ideal es entre 25 y 45 años, con un aspecto físico corriente, preferentemente soltero y sin hijos, con un nivel de cultura medio-alto.

En principio estos son los rasgos que debería tener un agente encubierto para garantizar el éxito de la investigación. Sin embargo, algunos de ellos, como el sexo, la edad o el aspecto físico no pueden invalidar en priori que una persona pueda ejercer como infiltrado puede de esta manera se estaría vulnerado los derechos fundamentales previstos en la Constitución Española.

²⁶ Vid. arts. 5.3 y 5.4 de la Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia.

²⁷ Respecto al País Vasco: art 17 de su EA y los arts. 112 a 115 Ley 4/1994, de 17 de julio, de la Policía Vasca. En lo relativo a Cataluña: art. 13 e su EA y los arts. 13 a 15 de Ley 10/1994, de 11 de julio, sobre la Policía de la Generalitat. En cuanto a Navarra: art. 51 de la Ley 13/1982, de 10 de agosto, y el Decreto Foral 213/2002, que aprueba el Texto Refundido de la Ley Foral de Cuerpos Nacionales de Policía de Navarra.

²⁸ POZO PÉREZ, M. DEL, “El agente encubierto como medio de investigación...”, op., cit., p. 289- 290.

Además, hay que dotar al agente infiltrado de una formación específica e integral donde se aborden todos los aspectos relacionados con su futura actividad. Debe afianzar los conocimientos adquiridos anteriormente sobre personalidad, utilización de medios técnicos, estudio de la legislación, autocontrol, etc. Todo esto debe complementarse con conocimientos jurídicos, técnicos y psicológicos²⁹.

3.2 Diferencias con otras figuras.

A) El agente provocador.

En un extremo inferior a la infiltración del agente encubierto se sitúa la figura del agente provocador. Siguiendo a PERALS CALLEJA: “ el denominado impropriadamente agente encubierto se asemeja a la figura del agente provocador en que se trata de un funcionario policial que se acerca a una organización de delincuentes, escondiendo su condición de funcionario público y finge intervenir en el delito y de esta manera provoca la consumación del mismo. Se distingue claramente de la figura recogida en el art 282 bis LECrim porque aquí no es necesaria una identidad ficticia ni previa autorización judicial”³⁰. La conducta de tal agente va encaminada al descubrimiento de delitos ya cometidos o que se están cometiendo

El agente provocador no ha de ser necesariamente miembro de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Esta condición de agente provocador la ostentan, de forma general, los agentes de policía³¹, pero también puede ser el confidente y el arrepentido.

Las características del agente provocador que marcan la diferencia con el agente encubierto son las siguientes:

- Cuando la provocación de la prueba la ejecuten los policías, estos no tienen que integrar el cuerpo de Policía Judicial en sentido estricto. Y es que este agente oculta su condición de autoridad pública pero en ningún momento actúa bajo una identidad falsa.

²⁹ Conclusión del Seminario Internacional sobre Agentes Encubiertos del CGPJ en octubre de 1999.

³⁰ 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, p. 18.

³¹ Vid. SSTS de 19 febrero de 2003 (RJ 203/2503), 12 de junio de 2002 (RJ 2002/8146), 23 de enero de 2001 (RJ 2001/5645), 14 de julio de 2000 (RJ 2000/6910), SAN 23 de marzo de 1998 (RP 1998/2096).

- Constituye el objeto de la investigación un hecho delictivo aislado. La intervención del agente no abarca grandes organizaciones criminales, sino grupos delictivos de menor identidad como las bandas callejeras. Al ser el engaño mejor y la relación con los delincuentes más corta, el riesgo de vulneración de derechos fundamentales es mucho menor.
- No usa una identidad ficticia, sino que se limita a ocultar su condición de agente de policía, engañando así a los delincuentes.
- Esta investigación no tiene prolongación en el tiempo y queda reducido a un momento puntual esporádico.
- La finalidad de actuación del agente provocador es detener al delincuente en el instante, impidiendo el agotamiento del delito, mientras que el agente encubierto recaba información.

Los hechos delictivos característicos del agente provocador son los delitos de tracto sucesivo o delitos continuados, como el tráfico de droga o de seres humanos, aunque también el robo o la prostitución³². Este agente utiliza medios engañosos, fingiendo intenciones irreales de adquirir, pero no origina un delito antes inexistente, sino que solo descubre un ilícito cometido con anterioridad. De modo que el comportamiento de este agente se encuentra dentro de los límites del art 126 CE y art 282 LECrim. En Alemania, se denomina al agente provocador *Scheinaufkäufer* (falso comprador), pues es muy frecuente esta figura en el tráfico de estupefacientes³³.

El TS ha concluido que esta figura se encuadra perfectamente dentro de la normativa de la función policial, art 282 y ss. LECrim, en numerosas sentencias del TS como la de 7 de mayo de 2001 (RJ 2001/10303), de 23 de enero de 2001 (RJ 2001/185) o de 15 de septiembre de 1993 (RJ 1993/7144).

Hemos de diferenciar delito provocado y la actuación del agente provocador. En el delito provocado se induce a un tercero a la ejecución de un delito que de otro modo no realizaría, mientras que en la actividad dirigida a descubrir pruebas, el agente levanta una situación delictiva preexistente. Esta diferenciación se ha visto reflejada en numerosa jurisprudencia, como ATS de 19 de septiembre de 2001 “*La teoría del delito provocado ha señalado los presupuestos, requisitos y efectos de esta figura jurídica,*

³² Vid. SSTs 20 de octubre de 1997 (RJ 1997/7244) y 25 de abril de 1996 (RJ 1996/4076)

³³ GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, M. *Criminalidad organizada y...*, op., cit., p. 144.

que tiene lugar cuando un delito se realiza en virtud de una incitación engañosa. Solo cabe admitir la existencia del delito provocado cuando la intervención se produce antes de que los culpables hayan comenzado a preparar el hecho punible, pero no cuando esa investigación consiste en actuar después de que los partícipes en el hecho tengan decidida ya la comisión del delito.” Y la STS de 29 de junio de 2000: *“La actuación del agente provocador es aquella en la que no se crea una resolución criminal, sino que se descubre delitos ya cometidos o que están cometiendo, cuando el sujeto está dispuesto a delinquir y la actuación solamente pone en marcha una decisión previamente adoptada”*.

B) El confidente.

EL agente encubierto puede actuar con la colaboración de confidentes policiales, ya que ambas figuras están netamente diferenciadas.³⁴

El confidente es una persona perteneciente a círculos delictivos que proporciona información a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad en ámbito de las primeras diligencias policiales de carácter extraprocesal guiado por un beneficio económico o un trato de favor de tipo procesal³⁵. La actuación del confidente policial viene regulada concretamente en la Ley de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.

Este sujeto confidente puede acudir a la policía por iniciativa propia, o puede ser la policía quien le insta a realizar una investigación o facilitar una serie de datos. Cuando este confidente investiga bajo la dirección de las autoridades, puede también violar ciertos derechos fundamentales o determinar una ilicitud probatoria. La diferencia básica entre el agente encubierto y el confidente está determinada por la condición de policía del primero.³⁶

La identidad del confidente también debe estar absolutamente protegida. Esto es debido, por un lado, para evitar venganzas, y por otro lado, para poder utilizarlo en un futuro como fuente de información.

³⁴ REDONDO HERMIDA, A. (Magistrado Fiscal de la Sala de lo Penal del TS), “El agente encubierto en la Jurisprudencia española y en la doctrina del TEDH”, *La Ley*, Enero 2008, p. 3. Un caso de colaboración entre agentes encubiertos y confidentes policiales es la STS de 9 de marzo de 1998.

³⁵ DELGADO MARTÍN, J., *La criminalidad organizada*, Barcelona, 2001, p., 131.

³⁶ GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, M. *Criminalidad organizada y...*, op., cit., p. 150.

La información proporcionada por un confidente es indicio suficiente para iniciar una investigación, pero no así para constituirse en prueba de cargo en la que fundamentar una condena.

La utilización de información derivada de confidentes o de informadores, directamente, que colaboran con las Fuerzas de Seguridad del Estado ha sido avalada en numerosas resoluciones como fuente lícita de investigación. Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 20 de noviembre de 1989 (sentencia Kostovski), o de 27 de noviembre de 1990 (Sentencia Windisch) han considerado dichas fuentes como medio lícito de investigación.

C) El arrepentido.

Se prevé esta figura en nuestro ordenamiento jurídico³⁷ como aquel individuo perteneciente a un grupo criminal, que decide acudir ante las autoridades penales dispuesto a confesar sus propios crímenes y colaborar con la justicia mediante el suministro de información. Esto permitirá individualizar los hechos delictivos del grupo y a sus integrantes, Se trata de una infiltración sobrevenida, controlada por el poder público.³⁸

Esta figura plantea dificultades: por un lado, en lo relativo a la cuestión de concretar su responsabilidad penal, y por otro, se plantea un problema de credibilidad de sus declaraciones pues recordemos que sigue siendo un coimputado.³⁹

Al igual que en el confidente, su colaboración no es altruista, sino que busca la obtención de beneficios punitivos y protección de su integridad personal. Hablamos de protección pues es evidente que el arrepentido precisará de la protección de su persona tras acusar a los miembros de la organización. Esta protección se le otorgará de acuerdo con la Resolución del Consejo de 23 de noviembre de 1995, de protección de testigos en el marco de la lucha contra la delincuencia organizada internacional, y la Resolución del

³⁷ En nuestro ordenamiento está prevista en el delito de tráfico de droga (art 376 CP) y en el de terrorismo (art 579). De igual forma, se prevé beneficios punitivos en forma de atenuantes de confesión del delito (art. 21.4 CP) y reparación del daño ocasionado o disminución de sus efectos (art. 21.5).

Esta figura también se prevé en otros Estados, como en Italia (Pentito) o Alemania (Kronzeuge). En Italia se habla de una “legislación de recompensa”.

³⁸ GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, M. *Criminalidad organizada y...*, op., cit., p. 150.

³⁹ GASCÓN INCHAUSTI, F., *Infiltración policial y agente encubierto*. op., cit., p.25

Consejo de 20 de diciembre de 1996, relativo a las personas que colabora en el proceso en la lucha contra el crimen organizado.

Además, está protegido por las medidas de la LO 19/1994 pues, a pesar de ser un imputado, será considerado testigo en el proceso. Lo cierto es que el arrepentido ostenta la condición de imputado. La declaración de este testigo constituirá una prueba de cargo en el proceso. Sin embargo, la jurisprudencia española⁴⁰ exige que para que estas declaraciones resulten eficaces, se debe corroborar mínimamente la participación del acusado en los hechos enjuiciados.

Se diferencia con el agente encubierto en su status policial que no ostenta el arrepentido, y en que no es necesario ocultar su identidad. La distinción con el confidente tiene un carácter más difuso. Pero la diferencia más llamativa, desde el punto de vista penal, está en que el arrepentido está imputado en el proceso.

4. ÁMBITO DE ACTUACIÓN DEL AGENTE ENCUBIERTO. LÍMITES Y GARANTÍAS EN SU ACTUACIÓN.

4.1. Delitos en los que interviene.

El art. 282 bis LECrim, al regular la figura del agente encubierto, determina en qué ámbito puede actuar.

En primer lugar, debemos destacar, tal y como señalamos anteriormente, que solo puede actuar en el ámbito de la delincuencia organizada y dentro de unos delitos concretos. Se trata de una lista cerrada, numerus clausus, y más allá de tales delitos el agente encubierto no podrá infiltrarse:⁴¹

- a) Delitos de obtención, tráfico ilícito de órganos humanos y trasplante de los mismos, previstos en el artículo 156 bis del Código Penal.
- b) Delito de secuestro de personas previsto en los artículos 164 a 166 del Código Penal.

⁴⁰ SSTC 207/2002, de 11 de noviembre y 181/2002, de 14 de octubre. Entienden que esta exigencia de corroboración se debe realizar a través de elementos externos (por la necesidad de superar la desconfianza despertada por una declaración sin la obligación de decir la verdad) que sean realmente conformaciones mínimas e independientes de los que los hechos se produjeran tal y como los relata el coimputado.

⁴¹ Lista de delitos tasada expresamente en el art. 282 bis LECrim.

- c) Delito de trata de seres humanos previsto en el artículo 177 bis del Código Penal.
- d) Delitos relativos a la prostitución previstos en los artículos 187 a 189 del Código Penal.
- e) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico previstos en los artículos 237, 243, 244, 248 y 301 del Código Penal.
- f) Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial previstos en los artículos 270 a 277 del Código Penal.
- g) Delitos contra los derechos de los trabajadores previstos en los artículos 312 y 313 del Código Penal.
- h) Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros previstos en el artículo 318 bis del Código Penal.
- i) Delitos de tráfico de especies de flora o fauna amenazada previstos en los artículos 332 y 334 del Código Penal.
- j) Delito de tráfico de material nuclear y radiactivo previsto en el artículo 345 del Código Penal.
- k) Delitos contra la salud pública previstos en los artículos 368 a 373 del Código Penal.
- l) Delitos de falsificación de moneda, previsto en el artículo 386 del Código Penal, y de falsificación de tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje, previsto en el artículo 399 bis del Código Penal.
- m) Delito de tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos previsto en los artículos 566 a 568 del Código Penal.
- n) Delitos de terrorismo previstos en los artículos 572 a 578 del Código Penal.
- o) Delitos contra el patrimonio histórico previstos en el artículo 2.1.e de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando

Puede ocurrir que mientras dure la infiltración del agente encubierto descubra que la organización criminal comete también otros delitos y que estos delitos ya no estén incluidos en la norma legal. Como ya dijimos en el primer apartado de nuestro trabajo, estamos ante un listado cerrado o *numerus clausus*, lo cual dificulta enormemente la tarea de nuestro agente. Ante tal situación, el agente encubierto no podrá en ningún momento investigarlos. Su deber es informar este hecho al órgano jurisdiccional para que se investiguen mediante otro proceso penal.

Pero también puede ocurrir que estos delitos sí estén incluidos en el listado del art. 282 bis. En este caso deberá de igual forma comunicarlo al órgano jurisdiccional competente y solicitar que se le autorice para investigar también tal delito. Necesita otra autorización, pues recordemos que se trata de una medida de investigación muy lesiva, que debe estar estrictamente controlada por el órgano jurisdiccional.

4.2. Actividades que puede realizar.

El agente encubierto podrá ser autorizado para la práctica de las siguientes acciones:

- Adquirir y transportar objetos, efectos o instrumentos del delito y demorar la incautación de los mismos hasta el momento en que la evolución de la investigación lo aconseje. Se trata de una facultad que guarda una estrecha relación con la entrega vigilada y que permite actuar a la Policía Judicial con criterios de oportunidad en relación con la adopción de medidas cautelares.⁴²
- Participar en el tráfico jurídico y social de forma permanente bajo identidad supuesta. Es decir, mantener tal identidad más allá de la actuación concreta en un proceso, poder moverse y actuar en el tráfico jurídico para no levantar sospechas
- Mantener la identidad falsa cuando testifique en el proceso⁴³

Se habilita al agente encubierto para que lleve a cabo conductas delictivas, que quedarán impunes si se cumplen las condiciones establecidas.

Es interesante destacar que el Tribunal Supremo llega a admitir que la intervención del agente encubierto puede consistir en tareas fingidas de auxilio y colaboración, y que las mismas pueden producirse en cualquier momento.⁴⁴

En este contexto, hemos de mencionar al controlador o supervisor, que es el responsable directo de la actuación del funcionario infiltrado. Tal y como su nombre indica, será quien controle sus actividades y el interlocutor entre el agente y el órgano jurisdiccional, transmitiendo toda la información y pruebas que se obtengan en la investigación. Pero

⁴² MUERZA ESPARZA, J., “Instrumentos procesales en la lucha contra la criminalidad organizada”. VV.AA., *Derecho Procesal Penal Económico*, Madrid, 2003, p. 563

⁴³ Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, apartado IV.

⁴⁴ REDONDO HERMIDA, A., “El agente encubierto en la Jurisprudencia...”, op., cit., p. 13. STS de 25 de junio de 2007.

lo fundamental de esta figura es que deberá detectar las posibles señales de alarma en su actuación o comportamiento, el peligro que el agente sufre en cada momento.⁴⁵

4.3. Límites a su actuación.

Sin embargo, todas las actuaciones que llevan a cabo el agente encubierto tienen ciertos límites:⁴⁶

- En las actuaciones que afecten derechos fundamentales se requiere la intervención judicial autorizando la medida⁴⁷, de conformidad con la Constitución y la normativa legal aplicable (art. 282 bis. 3 LECrim).
- Se realiza una prohibición expresa de la provocación del delito (art. 282 bis.5 LECrim).
- El agente debe valorar en cada momento si existe o no proporcionalidad con la finalidad de la investigación en las actuaciones que se va a llevar a cabo (art 282 bis.5 LECrim). Se trata de una manifestación expresa de la eximente del art. 20.7 CP: el cumplimiento de un deber o el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.

Centrándonos en el primer límite antes enumerado, debemos entender que los derechos fundamentales son aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos dotados del status de personas o ciudadanos, con capacidad de obrar⁴⁸.

Así, por derechos fundamentales o humanos puede entenderse el conjunto de facultades e instituciones que concretan las exigencias de la libertad, la igualdad y la seguridad en cuanto expresión de la dignidad de los seres humanos, en un contexto histórico determinado, las cuales deben ser aseguradas, promovidas y garantizadas por los

⁴⁵ POZO PÉREZ, M. DEL, "El agente encubierto como medio de investigación...", op., cit., p. 301

⁴⁶ Este listado se deduce de lo expresamente establecido en el art. 282 bis LECrim

⁴⁷ A modo de ejemplo, STS 104/2011 de 11 de marzo, que se refiere expresamente al supuesto en el que se autoriza expresamente la intervención de las conversaciones telefónicas del agente encubierto.

⁴⁸ FERRAJOLI, L., "Derechos fundamentales", Derechos y garantías. La ley del más débil, 2ª edición, Madrid, 2001, pág. 37.

ordenamientos jurídicos a nivel nacional, supranacional e internacional, formando un verdadero subsistema dentro de estos⁴⁹.

Se puede afirmar que estos derechos no son ilimitados, sino que encuentran sus límites en los demás derechos consagrados en la Constitución. Y es que debemos aceptar que hoy en día las diligencias de investigación criminal pueden limitar legítimamente estos derechos fundamentales. Solo pueden ser restringidos cuando esta medida sea necesaria e indispensable, especialmente en la búsqueda de resguardar y proteger otros derechos e intereses protegidos por la tutela constitucional.

Hay que determinar bajo qué condiciones es admisible la restricción de los derechos fundamentales. En nuestro ordenamiento se admite un “régimen general”, avalado por el TC, que supone que tal restricción ha de estar sujeta a una serie de requisitos, como la justificación teleológica, la habilitación legal, la autorización judicial motivada, y la existencia de apariencia delictiva y proporcionalidad en sentido amplio.⁵⁰

En concreto, la actuación del agente encubierto afecta directamente a dos derechos fundamentales, el derecho a la intimidad y el derecho a no autoincriminación.

A) Derecho a la intimidad:⁵¹

Intimidad es una palabra que proviene del latín *intimus*, que significa interior o interno, y que es utilizada para referirse al ámbito más profundo, inherente y reservado de la personalidad del ser humano y al de su familia. El concepto de intimidad es asumido por muchos autores como sinónimo de privacidad o de vida privada. Este derecho a la intimidad también está íntimamente relacionado con otros bienes de la personalidad, como la dignidad, la libertad o el honor.

Se reconoce la intimidad unida a una esfera interior de la vida del hombre, y estrechamente vinculado al hogar, domicilio o aspecto físico reservado, que debe ser respetado por todas las demás personas y por el Estado.

⁴⁹ CARDOSO PEREIRA, F., “*Agente encubierto y proceso penal garantista: límites y desafíos*” Salamanca, 2012, p. 482.

⁵⁰ GASCÓN INCHAUSTI, F., *Infiltración policial y agente encubierto*, op., cit., p. 111.

⁵¹ RAMÍREZ JARAMILLO, A., “*El Agente Encubierto Frente a los Derechos Fundamentales a la Intimidad y a la no Autoincriminación*” Universidad de Antioquia, pág. 60

Este derecho se regula en el art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas⁵², y a nivel nacional, se recoge como uno de los derechos fundamentales en el art. 18 de la Constitución Española.⁵³

El derecho a la intimidad tiene variantes:

- Inviolabilidad del domicilio
- Inviolabilidad documental
- Secreto de las comunicaciones.

B) Derecho a la no autoincriminación⁵⁴:

Este derecho fundamental (*nemo tenetur se ipsum accusare*) parte del principio en que la carga de la prueba le corresponde al que acusa. En virtud de la presunción de inocencia al acusado no se le puede obligar a contribuir con su propia condena, es decir, tiene la libertad de decidir si desea introducir información o elementos de prueba al proceso que lo pueda incriminar.

Este derecho incluye tanto la libertad de la persona imputada penalmente de abstenerse a declarar (derecho a guardar silencio) como la libertad de no incriminarse en caso de declarar. Se prohíbe cualquier medio que perturbe o vicie esa voluntad.

Estas son algunas actividades que realiza el agente encubierto y que pueden vulnerar los derechos fundamentales antes expuestos de las personas investigadas e incluso de personas que no ostentan la condición de sospechosos⁵⁵:

⁵² Art 12 DUDH: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.”

⁵³ Artículo 18 CE: “1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. 2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito. 3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial. 4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.”

⁵⁴ RAMÍREZ JARAMILLO, A., “*El Agente Encubierto...*”, op., cit., pág. 75.

⁵⁵ POZO PÉREZ, M. DEL, “El agente encubierto como medio de investigación...”, op., cit., p. 302-306.

1. Entrada en algún lugar privado por invitación:

Un miembro de la organización criminal le invita a su domicilio particular, debido a la relación de confianza que existe entre ambos. El agente no puede negarse a entrar, pues debe fomentar tal confianza para averiguar el objetivo motivo de su infiltración, sin olvidar nunca el principio de proporcionalidad, que es un parámetro de control presente durante toda la investigación.

Dicho consentimiento está viciado, pues recordemos que la característica inherente al agente encubierto es el engaño. El miembro de la banda le invita creyendo que es uno más, lo conoce por una identidad falsa y no sabe que es un funcionario de la Policía. Este engaño no se puede entender amparado por el auto inicial que autoriza la infiltración, pues se está limitando el derecho a la inviolabilidad del domicilio.

En ningún caso sería válida la diligencia de entrada y registro de la vivienda por el agente encubierto al amparo del auto inicial. Se necesita una autorización específica para esta actuación.

Algún autor incluso entiende que además de tratarse de una acción inconstitucional, el agente incurre en responsabilidad penal.

2. Diálogo similar a un interrogatorio:

Al igual que en supuesto anterior, nos encontramos con la figura del engaño: el miembro de la banda habla con el agente bajo una identidad falsa y sin saber que es miembro de la policía.

Es lógico pensar que el órgano jurisdiccional que dicta auto autorizando la infiltración de un agente le está autorizando para poder observar, escuchar y conversar. Por la propia naturaleza de la figura, se le exonera de trasladarle la imputación y de realizar una lectura de derechos. Resultaría absurdo, puesto que desvelaría el objetivo principal de la infiltración.

En ningún caso una conversación dialogada puede asimilarse a un interrogatorio realizado en comisaría. El imputado o investigado tiene derecho a no declararse culpable y a no declarar contra sí mismo.

Por tanto, podemos concluir que no existe dificultad alguna en que el agente utilice los datos obtenidos en el dialogo siempre que esto se haga con plena libertad y que sea una situación espontánea. En cambio, no podrán utilizarse los datos cuando estos se han obtenido cuando el funcionario ha realizado maniobras capciosas o engaño.

El Juez tiene una tarea difícil, y es distinguir los datos que se han obtenido de manera natural o espontánea, y los que se han producido mediante engaño. Además es frecuente que los presuntos miembros de la banda justifiquen estos datos diciendo que fueron engañados o coaccionados.

3. Grabaciones:

El agente infiltrado está autorizado para grabar una conversación propia⁵⁶. Esta actuación será lícita, y podrá ser aportada como prueba documental al juicio oral, para corroborar la prueba testifical del agente.

Sin embargo, no se puede admitir en ningún caso, una actividad que exceda el mero oír u observar en presencia del agente, puesto que tales actividades atentan directamente con el derecho a la intimidad, secreto de las comunicaciones o la vida privada.

5. EL AGENTE ENCUBIERTO COMO MEDIO DE PRUEBA Y PROHIBICIONES DE LA PRUEBA.

El ordenamiento jurídico español crea el Derecho Procesal penal para encontrar la verdad, la verdad sobre unos hechos que pueden constituir delitos. Pero todo esto debe compatibilizarse con los derechos y garantías que tienen los imputados. Se busca un equilibrio entre la búsqueda de la verdad y el respeto de las garantías constitucionales.

Para encontrar tal verdad es necesario tener pruebas que acrediten aquello de lo que acusamos o defendemos. Asegura ROXIN que probar significa convencer al Juez sobre la certeza de la existencia de un hecho. Significaría el procedimiento tendente a formar la libre convicción del órgano juzgador desde que sean obedecidas las reglas procesales y respetando el orden constitucional.

⁵⁶ Así lo establece el Tribunal Constitucional en algunas sentencias, como SSTC 70/2002, de 3 de abril, y 34/1006, de 11 de marzo.

Aquí es donde entra en juego la actividad del agente encubierto⁵⁷. Como hemos venido diciendo, tal sujeto es un medio extraordinario de investigación. A través de él se pretende la búsqueda de la verdad, de hechos delictivos que están siendo cometidos por una organización criminal. Mediante su investigación se buscan las pruebas necesarias para acreditar en un proceso penal que tales actuaciones se están produciendo, y que los responsables sean juzgados y condenados.

Pues bien, el agente encubierto obtiene diversos tipos de pruebas. Por un lado, nos encontramos con la prueba testifical del agente encubierto. Como ya hemos señalado, la finalidad de esta figura es proporcionar datos que permitan avanzar en la investigación y generará otros elementos de acreditación de las circunstancias de los delitos.

Esta prueba testifical del agente encubierto presenta unas características especiales⁵⁸: Por un lado, con carácter general, la declaración del agente encubierto durante la fase de instrucción no resulta necesaria, ya que la forma de acceder a los datos relevantes que va obteniendo se realiza a través de la puesta en conocimiento del Juez de la información que vaya obteniendo, que se realiza en pieza separada. Por otro lado, en lo relativo a la fase de juicio de oral, no resulta imprescindible su declaración como testigo, salvo que sea propuesto por alguna de las partes, y que esa prueba sea admitida por el Tribunal. Pues bien, una vez que es propuesto como prueba testifical, el agente ha de declarar de manera personal e individual, es decir, no puede ser suplido por el testimonio referencias de otros agentes policiales⁵⁹. Solamente sería posible aceptando por extensión la imposibilidad de oír al testigo directo por razones de especial consistencia⁶⁰

Además, hemos de tener en cuenta, que una de las características propias del agente infiltrado es actuar bajo una identidad falsa o supuesta. Pues dicha identidad se podrá mantener la misma cuando testifique en el proceso que pudiera derivarse de los hechos

⁵⁷ STS 975/2007, de 15 de noviembre, afirma que “la actuación policial infiltrada ni busca en sí misma ser fuente de prueba de los hechos, sino proporcionar datos y elementos de convicción para desarticular la organización criminal, siendo tales datos y elementos lo que conforman la convicción judicial. En el caso, el hallazgo mediante registros de vehículos, registros domiciliarios, y cacheos y ocupaciones personales, toda una serie de palpables pruebas de la implicación de los acusados (la existencia del propio laboratorio, la incautación de una ingente cantidad de droga, dinero, coches, útiles de transformación, encuentros y contactos para el desarrollo de la actividad criminal, conversaciones telefónicas, etc.)”

⁵⁸ Jornada sobre el marco jurídico del agente encubierto. Madrid, 27 junio de 2014, pág. 7-8.

⁵⁹ STS 3-5-01: no se puede interrogar como agente encubierto a una brigada, se debe citar al agente concreto.

⁶⁰ STS 395/2014.

en los que se hubiera intervenido, siempre que así se acuerde mediante resolución motivada⁶¹. En este punto hemos de mencionar las medidas de protección de testigos, previstas en la LO 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales, que son aplicables cuando agente encubierto declare como testigo en el procedimiento judicial.

El agente encubierto mantendría su anonimato y no constaría su identidad personal aunque declararía en el juicio oral pudiendo interesar la utilización de medios que eviten su contacto físico con los acusados. Puede entonces declarar desde la ocultación. Esta sería la única posibilidad de no comparecencia del agente. En este sentido podemos mencionar la jurisprudencia del TEDH, en el caso *Visser vs Países Bajos* (Sentencia de 14/4/2002). En esta resolución se afirma que ningún testigo puede permanecer secreto. En caso excepcional se admite el anonimato de su testimonio, siempre que tal privilegio haya sido acordado judicialmente y por razones fundadas.⁶²

En cuanto a la valoración de la mencionada prueba testifical del agente encubierto tiene el mismo valor que los demás medios probatorios. Será apreciada por el órgano encargado de enjuiciamiento y fallo, teniendo en cuenta que cuando acudan al juicio oral se les puede aplicar la LO de protección de testigos y peritos.⁶³

Algunos autores consideran que se debería admitir el agente encubierto como prueba pericial, introducido en el juicio oral como “informe de Inteligencia”. El agente puede actuar como experto, conocedor de una determinada actuación propia de cierto tipo de conducta delictiva. Sin embargo, tal actuación viene conceptuada como propia de “testigo experto”. Esto es una persona que habiendo visto u oído algo, tiene capacidad profesional para interpretar el acontecimiento. Se aproxima a la figura del perito, pero se diferencia de ella porque se encuentra presente de alguna manera al tiempo de realización del delito.⁶⁴

Por otro lado, el agente encubierto también puede proporcionar pruebas documentales. En este sentido debemos hacer especial referencia a las grabaciones. La jurisprudencia del Tribunal Supremo⁶⁵ ha afirmado que no se precisa autorización judicial cuando el

⁶¹ ART. 282 bis. 2 LECrim.

⁶² REDONDO HERMIDA, A., “El agente encubierto en la Jurisprudencia...”, op., cit., p. 10

⁶³ MUERZA ESPARZA, J., “*Instrumentos procesales en la lucha ...*”, op., cit., p. 564

⁶⁴ SSTS de 4-12-06 y 7-06-07 y 25-06-07

⁶⁵ STS 15-12-98 a modo de ejemplo.

agente encubierto graba sus actuaciones propias. Sin embargo, y al contrario de lo que establecen nuestros tribunales nacionales, el Tribunal Europeo afirma que la autorización judicial será precisa cuando la grabación no se refiriere a una conversación privada, sino que consiste en la captación de las palabras del investigado en el marco de una actuación policial. Esta grabación constituye una invasión a la intimidad del investigado.

Las anteriores consideraciones resultan plenamente aplicables también en el supuesto de agente policial extranjero que actúa como encubierto en territorio español.

Si partimos de que el fin de un proceso es lograr la verdad de los hechos, nos tenemos que preguntar si esos hechos se pueden probar a cualquier precio, es decir, sin limitaciones. La respuesta es que no todo vale en Derecho Procesal y por tanto se tiene que instrumentalizar unos límites a la hora de obtener material probatorio.

Se entiende por prueba ilícita aquella en cuyo origen o desarrollo se ha vulnerado algún derecho o libertad fundamental. Y por prueba prohibida, la consecuencia de la prueba ilícita, es decir, aquella prueba que no puede ser introducida en el proceso porque será declarada nula. El art. 11.1 LOPJ afirma que la ilicitud probatoria se vincula con la vulneración de los derechos y libertades fundamentales, tanto en la obtención de pruebas como en la práctica de los medios de pruebas. En el caso del agente encubierto, puede existir tal ilicitud si la diligencia se realiza sin la debida autorización judicial, o con tal autorización pero vulnerando algún derecho fundamental en el desarrollo de la investigación. En estos casos, ha de aplicarse la teoría de “los frutos del árbol envenenado” y comunicar la ilicitud a las restantes pruebas obtenidas como consecuencia de tal vulneración⁶⁶.

Para que una prueba pueda ser tomada en consideración por el Juez o Tribunal llamado a juzgar no sólo ha de practicarse en el acto del juicio oral sino que ha de ser lícita, es decir, debe hacerse obtenida con respecto al conjunto de derechos y libertades fundamentales⁶⁷. La prueba debe cumplir con ciertos requisitos para ser admitida en juicio: debe ser pertinente, idónea y, además, poseer relevancia en relación objetiva y subjetiva al hecho investigado y a sus autores.

⁶⁶ GASCÓN INCHAUSTI, F., *Infiltración policial y agente encubierto*, op., cit., p. 255

⁶⁷ CARDOSO PEREIRA, F., “*Agente encubierto y proceso penal garantista...*”, op., cit., p. 416.

El recurso a la técnica del agente encubierto presentará particularidades y formas especiales de comprensión de determinados aspectos, a la vez que la publicidad de los actos practicados por el infiltrado deberán quedar restringidos a las autoridades responsables por el control de legalidad de la operación. Para dar validez a las pruebas obtenidas por el infiltrado debe llevarse a cabo un control judicial efectivo de sus actuaciones mediante un mecanismo que le obliga a informar al órgano jurisdiccional, a la mayor brevedad posible, sobre la investigación que se vaya practicando.⁶⁸

No se puede dejar de mencionar que las reglas de valoración de la prueba para delitos practicados por la delincuencia organizada han de ser distintas de las que hay que aplicar en el enjuiciamiento penal del resto de las conductas delictivas recogidas en las normas penales. Estamos en presencia de una actividad criminal que se extiende en el tiempo, un delito continuado.

Como conclusión a todo lo expuesto en este epígrafe deberíamos destacar que nos encontramos ante un medio extraordinario de investigación, cuyo objetivo es encontrar informaciones y pruebas que acreditan la actividad de la organización criminal. Pero debemos tener en cuenta que la actividad probatoria dentro del marco de la delincuencia organizada presenta unas características distintas a la del resto de delitos comunes. Además, siempre hay que tener en cuenta que tan solo se admitirán las pruebas que cuenten con todas las garantías legales previstas, es decir, no serán admitidas ni valoradas por el tribunal las pruebas ilícitas y prohibidas.

6. RESPONSABILIDAD DEL AGENTE ENCUBIERTO.

6.1. Responsabilidad penal.

La responsabilidad penal viene expresamente regulada en el art. 282 bis. 5 LECrim. Este precepto establece que el agente encubierto estará exento de responsabilidad criminal por aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, siempre que guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la

⁶⁸ MOLINA MONSILLA, M^a. C., *Mecanismos de investigación policial: entrega vigilada y agente encubierto*, Barcelona, 2009, p. 36

misma y no constituyan una provocación al delito⁶⁹. Se trata de una norma penal sustantiva en la que se prevé una exención.⁷⁰

Es evidente que existe una prohibición de cometer hechos delictivos. Sin embargo, cuando nos encontramos ante un agente infiltrado, se deberá examinar caso por caso para comprobar que tal actuación fue necesaria y proporcional para los fines de la investigación. Pero no solo eso, sino que también hay que tener en cuenta el grado de infiltración. Es habitual que en este tipo de organizaciones criminales se lleven a cabo “pruebas de fidelidad”, es decir, que el agente encubierto tenga cometer determinados hechos delictivos para demostrar su lealtad a la banda, y de esta forma no levantar sospechas sobre su verdadera identidad y no ser descubierto.⁷¹

El precepto de la LECrim antes mencionado es relativamente indeterminado, y es que se permite que el agente encubierto realice hechos delictivos, siempre que estos sean necesarios e inherentes a la investigación que está llevando a cabo. No olvidemos que el principal principio de esta medida de investigación es el de proporcionalidad, como hemos venido destacando durante todo el desarrollo. Sin embargo, también hemos de tener en cuenta que “el fin no justifica los medios”⁷². Por ello es necesario que quede exhaustivamente probada la necesidad de adopción de la medida. Mediante este precepto se permite que el juez haga una valoración del caso concreto.

Este precepto no significa que estemos ante un "agente autorizado para delinquir", sino, por el contrario, que es necesaria que el agente simule actuaciones delictivas de colaboración, para engañar a la organización criminal y descubrir información⁷³.

De igual forma, nuestro Código Penal establece causas de exención de responsabilidad criminal en su art. 20. En el caso del agente encubierto se podría aplicar la prevista en el apartado 7º, es decir, la de obrar en el cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo. También establece nuestro Código Penal casos de atenuación de la pena, como actuar en legítima defensa o en un estado de necesidad.

⁶⁹ Art. 282 bis. 5

⁷⁰ GASCÓN INCHAUSTI, F., *Infiltración policial y agente encubierto*, op., cit., p. 276.

⁷¹ POZO PÉREZ, M. DEL, “El agente encubierto como medio de investigación...”, op., cit., p. 308.

⁷² STEDH de 9 de junio de 1998, *Caso Teixeira Castro vs Portugal*.

⁷³ CARDOSO PEREIRA, F., “*Agente encubierto y proceso penal garantista...*”, op., cit., p. 300

El art. 282 bis LECrim, en su apartado 5 inciso 2º, también regula que cuando el Juez competente que quiera proceder penalmente deberá, tan pronto como tenga conocimiento de la actuación, requerir informe relativo a tal circunstancia de quien hubiere autorizado la identidad supuesta, en atención al cual resolverá lo que a su criterio proceda.⁷⁴

Sostiene CERRO ESTEBAN que para que el funcionario de la policía se beneficie de la exención criminal antes mencionada se deben dar tres requisitos: que sea consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, que guarde la debida proporcionalidad con la finalidad de la investigación, y que no constituya una provocación al delito.

En relación con lo anterior y el delito provocado, el agente provocador es el inductor de un delito, que de otro modo no se hubiera cometido, es decir, incita a perpetrar una concreta infracción criminal a aquel que no tenía de manera originaria tal propósito. Si no hubiera existido tal inducción la conducta no se hubiera llevado a cabo.⁷⁵

En lo relativo a la responsabilidad criminal del delito provocado hemos de tener en cuenta la inimputabilidad de los investigados y la consecuente ineficacia de la actuación y diligencias prácticas. Sin embargo, en cuanto al agente provocador, nos encontramos ante una inducción al delito (art 28 CP). Al respecto se ha pronunciado la jurisprudencia estableciendo que no puede incluirse dentro de la figura del inductor, por no existir el doble dolo que se exige para la inducción. El agente provocador no busca la consumación total del delito o el agotamiento. Por tanto, estos agentes han de ostentar la posición de coimputados o cómplices en relación con el delito provocado.⁷⁶

6.2 Responsabilidad civil.

El agente encubierto, además de la eventual responsabilidad penal en que pueda incurrir, puede llevar aparejada una responsabilidad disciplinaria y civil.

La responsabilidad civil puede devenir la actuación del infiltrado durante el desarrollo de la infiltración, debemos diferenciar: de un lado, aquella que nace de la realización de

⁷⁴ Art. 282 bis. 5.2 LECrim.

⁷⁵ Así lo establece STS 53/1997, al definir el delito provocado.

⁷⁶ GARCÍA SAN MARTIN, J. “Los límites entre el agente encubierto y el agente provocador en la persecución de los delitos del tráfico ilícito de drogas”, *Diario La Ley*, 2014, p. 129

un acto o negocio jurídico con utilización de la identidad supuesta y sin que éste sea necesario para la finalidad de la investigación (responsabilidad civil contractual). Y de otro, la responsabilidad civil derivada del ilícito penal (responsabilidad civil extracontractual).

a. Responsabilidad civil extracontractual.

En este sentido hemos de tener en cuenta el art. 1902 CC, que establece que: *“El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”*.

Sin embargo, debemos tener en cuenta que nos encontramos analizando la responsabilidad del agente encubierto, y que la responsabilidad de este estará exenta en caso de tratarse de una conducta necesaria y proporcional a la investigación. Si entendemos que el agente realizó conductas ilícitas no amparadas en el art. 282 bis 5 LECrim, responderá civilmente frente al Estado y a los terceros perjudicados. Si el agente no indemnizará por los daños ocasionados a terceros lo hará el Estado subsidiariamente.

b. Responsabilidad civil contractual.

En este caso, el precepto que debemos tener en cuenta es el art. 1911 CC: *“del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros.”*

Y es que estamos hablando de la responsabilidad que surge por aquellos actos jurídicos realizados con motivo del uso de la identidad supuesta. Esto está permitido en el art. 282 bis LECrim, que autoriza al agente para intervenir en el tráfico jurídico con tal identidad. Pero al igual que en la responsabilidad penal, estará exento de responsabilidad civil si estos actos son necesarios para el transcurso de la investigación. Si esto no fuese así, el tercero perjudicado podrá reclamar al agente. Aquí surge un problema, y es en contra de qué identidad se debe dirigir el acreedor. Si la investigación no hubiera finalizado se dirigirá contra la identidad ficticia. Sin embargo, si la investigación ya ha finalizado surge el problema. Si lo dirige contra la identidad supuesta es como si lo hiciese contra una persona ficticia que ya no existe. El acreedor

debe tener conocimiento con quien ha contraído la obligación, y subsidiariamente, podrá dirigirse contra el Estado.⁷⁷

6.3. Responsabilidad disciplinaria.

El agente infiltrado puede cometer un delito en el transcurso de la investigación. Como ya hemos indicado, esto puede generar responsabilidad penal y civil, pero no solo eso, también puede incurrir en responsabilidad disciplinaria. Los agentes encubiertos son funcionarios de las FFCCSS, y por tanto, su régimen disciplinario se regula en la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

Podemos entender tal responsabilidad como aquella vinculada a la constatación de una acción motivada por una ausencia de respecto a un orden jerárquicamente superior⁷⁸.

Esta sanción administrativa queda vinculada a la decisión tomada en el proceso penal, surgiendo de este modo una cuestión prejudicial devolutiva administrativa en el proceso penal⁷⁹.

Ante tal situación, es decir, la existencia paralelamente de una sanción administrativa y de una sanción penal, nos lleva a plantearnos la cuestión de infringir el principio non bis in idem. El Tribunal Constitucional se ha pronunciado al respecto, aceptado la posibilidad de que concurren ambas sanciones, siempre que haya lugar a una compensación de las sanciones. Sin embargo, esto choca con la jurisprudencia del TEDH⁸⁰, que sí considera infracción de dicho principio y por tanto, anula siempre la sanción posterior.

La decisión adecuada sería adoptar la primera postura, pues nos encontramos ante dos responsabilidades autónomas y distintas, por lo que no se vulnera el principio non bis in idem.

⁷⁷ ZAFRA ESPINOSA DE LOS MOTEROS, R. *El policía infiltrado los presupuestos jurídicos en el proceso penal español*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010. p. 422.

⁷⁸ Debemos justificar la inclusión del estudio de la responsabilidad disciplinaria del agente encubierto, al hilo del estudio de la responsabilidad penal en tanto en cuanto dispone el artículo 27 de la L.O 2/1986, que se consideran faltas muy graves cualquier conducta constitutiva de delito doloso teniendo como sanción la separación del servicio o la suspensión de sus funciones de tres a seis años.

⁷⁹ CARDOSO PEREIRA, F., “*Agente encubierto y proceso penal garantista...*”, op., cit., p. 314.

⁸⁰ SSTEDH, caso Sallen c. Austria, de 6.6.2002 (TEDH 2002/35), caso CF c. Austria, de 30.5.2002 (TEDH 2002/35) y Franz Fischer c. Austria, de 29.5.2001 (TEDH 2001/352).

CONCLUSIONES.

Primera: Como ya hemos puesto de manifiesto a lo largo de este trabajo, la delincuencia ha venido evolucionando de manera vertiginosa durante las últimas décadas. Esto ha puesto en alarma a nuestro Derecho Procesal y Penal, que ha resultado insuficiente pues estaba previsto para la delincuencia tradicional. Se pone de manifiesto la necesidad de regular nuevos medios de investigación para combatir la delincuencia moderna.

Segunda: Nuestro ordenamiento jurídico prevé un derecho garantista, por lo que es necesario que la incorporación de tales medidas de investigación mantenga el equilibrio entre los derechos fundamentales y la investigación de conductas delictivas de especial gravedad para evitar que resulten impunes. Para conseguir este equilibrio existen unos límites, y es que la eficiencia del Derecho Penal no puede realizarse a cualquier precio. Hay que respetar los derechos constitucionales de los investigados. Sin embargo, estos derechos y garantías no son siempre absolutos, pues es necesario restringirlos en algunas ocasiones para preservar la seguridad colectiva.

Tercera: Para conseguir la eficacia del sistema procesal y penal español, se incorpora por L.O. 5/1999 la figura del agente encubierto, como medio de investigación de los delitos cometidos en el seno de la delincuencia organizada. Para ello se caracteriza como rasgo esencial el uso del engaño y de una identidad supuesta, a través de la cual se infiltra en una banda y obtiene toda la información y pruebas necesarias para su posterior enjuiciamiento. Sin embargo, esta actuación cuenta con ciertos límites tales como constatar siempre la proporcionalidad respecto de los fines de la investigación, o el control judicial. De esta forma se ajusta a nuestro proceso penal garantista. Podría incluso producirse una reforma legislativa en la LECrim para conseguir una mayor funcionalidad y operatividad pues la delincuencia es cada vez más sofisticada y compleja y nuestro objetivo es luchar contra ella.

Cuarta: El agente encubierto no está exento de responsabilidad, tan solo lo estará de aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria del transcurso de la investigación, siempre que no atenten contra derechos fundamentales sin la debida autorización. En el resto de casos podrá incurrir en responsabilidad penal, civil y disciplinaria.

Quinta: En lo relativo al tema probatorio, la prueba obtenida por el agente infiltrado ha de ser admitida en el proceso. Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que esta prueba haya sido obtenida a través de un medio apto y que no viole los derechos y garantías constitucionales del investigado si no se cumplen los principios ya mencionados de proporcionalidad, subsidiariedad, idoneidad y control judicial. También se admitirá la declaración del agente como prueba testifical.

Sexta: La actuación del agente encubierto es muy eficaz en determinados delitos de especial gravedad, como el narcotráfico, el terrorismo o el blanqueo de capitales. Sin embargo, sería necesario aceptar la actuación de esta figura también en los delitos cometidos en el ámbito de Internet, ya que la sociedad está cada vez más intercomunicada y eso hace que las personas se asocien por Internet para cometer delitos y esto supone un especial peligro para la población. Esto cuenta con diversas ventajas, como la agilidad de los trámites y con ella la disminución del coste económico y también el menor peligro de integridad física y de vida que sufre el infiltrado.

Séptima: Muchos autores se preguntan si es lícito y ético que en un Estado democrático y de Derecho como el nuestro se utilice una figura tan polémica como es la de del agente encubierto, que puede desembocar en un juicio oral. En mi opinión, considero que nos encontramos ante una figura completamente lícita pues se trata de un medio de investigación que está sujeto a parámetros de legalidad, pues está prevista en la LECrim; de subsidiariedad, ya que es el medio menos lesivo de averiguar la comisión de ciertos hechos delictivos; de proporcionalidad, pues solo es admisible para delitos especialmente graves y en el seno de una banda organizada, y jurisdiccionalidad, pues se trata de una medida autorizada judicialmente.

Octava: Existen diversas propuestas *ex lege ferenda*, como una reforma legislativa para aquellos casos en los que un agente encubierto extranjero actúa en España y en el ordenamiento jurídico de su país no está permitido que tal infiltrado declare como testigo en el juicio oral. En relación con esto, se propone una mayor cooperación jurídica internacional de los Estados miembros de la UE y en concreto, la posible ratificación por parte de España del Segundo Protocolo adicional del Convenio Europeo de Asistencia Judicial en materia penal (Estrasburgo, 8 de noviembre de 2001), en cuyo art. 19 se regula la figura del agente encubierto.

BIBLIOGRAFÍA

BUENO DE MATA, F., “*El agente encubierto en Internet: mentiras virtuales para alcanzar la justicia*”. Universidad de La Coruña, 2012.

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

DELGADO MARTÍN, J., *La criminalidad organizada (comentarios a la LO 5/99, de 13 de enero, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilícito de drogas y otras actividades ilícitas graves)*, Barcelona, 2001.

FERRAJOLI, L., "Derechos fundamentales", Derechos y garantías. La ley del más débil, 2ª edición, Madrid, 2001.

GARCÍA SAN MARTIN, J. “Los límites entre el agente encubierto y el agente provocador en la persecución de los delitos del tráfico ilícito de drogas”, *Diario La Ley*, 2014.

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

GIMENO SENDRA, V. “Las intervenciones telefónicas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo”, *Diario La Ley*, 1996.

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

MOLINA MONSILLA, M^a. C., *Mecanismos de investigación policial: entrega vigilada y agente encubierto*. Bosch, Barcelona, 2009.

MUERZA ESPARZA, J., “Instrumentos procesales en la lucha contra la criminalidad organizada”. VV.AA., *Derecho Procesal Penal Económico*, Madrid, 2003.

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 PÉREZ, M. DEL, “El agente encubierto como medio de investigación de la delincuencia organizada en la ley de enjuiciamiento criminal española” *Revista Criterio Jurídico*, vol. 6, Santiago de Cali, 2006.

RAMÍREZ JARAMILLO, A., “El Agente Encubierto Frente a los Derechos Fundamentales a la Intimidad y a la no Autoincriminación” Universidad de Antioquia, 2010.

REDONDO HERMIDA, A. “El agente encubierto en la Jurisprudencia española y en la doctrina del TEDH”, *La Ley*, Enero 2008

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I.: *La criminalidad organizada: aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*. Dynkinson, Madrid 2005.

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

JURISPRUDENCIA

- STEDH de 20 noviembre de 1989
- STEDH de 27 de noviembre de 1990
- STEDH de 9 de junio de 1998
- STEDH de 24 de agosto de 1998
- STEDH de 25 de mayo de 2001
- STEDH de 30 de mayo de 2002
- STEDH de 6 de junio de 2002
- STC 236/1999, de 20 de diciembre
- STC 299/2000, de 11 de diciembre
- STC 70/20002, de 3 de abril
- STC 181/2002, de 14 de octubre
- STC 207/2002, de 11 de noviembre
- STS de 15 de septiembre de 1993
- STS de 28 de octubre de 1997
- STS de 15 de diciembre de 1998
- STS de 14 de julio de 2000
- STS de 22 de enero de 2001
- STS de 23 de enero de 2001
- STS de 3 de mayo de 2001
- STS de 23 de mayo de 2001
- STS de 12 de junio de 2001
- STS de 19 de febrero de 2003
- STS de 4 diciembre de 2006
- STS de 7 de junio de 2007
- STS de 25 de junio de 2007

