

**UNIVERSIDAD MIGUEL HERNÁNDEZ DE ELCHE**

**FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y JURÍDICAS.**

**GRADO EN DERECHO**



**EL AGENTE ENCUBIERTO COMO TÉCNICA ESPECIAL DE  
INVESTIGACIÓN EN EL PROCESO PENAL.**

**TRABAJO DE FIN DE GRADO**

**CURSO 2015 - 2016**

**AUTOR: Elisa Seller Lamsfus.**

**TUTOR: Pedro Vicente Martínez Cánovas.**



# Índice.

<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>1</b>
<b>BLOQUE 1. Descripción de la figura del Agente Encubierto. Rasgos fundamentales.</b>	<b>3</b>
1.1 Descripción figura agente encubierto. ....	3
1.2 Técnicas de infiltración como modo de investigación de delitos.....	4
1.3 Caracteres del agente encubierto.....	5
1.4 Funciones y prohibiciones del agente encubierto. ....	7
1.5 Concepto organización delictiva. ....	8
<b>BLOQUE 2.El ámbito jurídico del agente encubierto. ....</b>	<b>13</b>
2.1 Presupuestos jurídicos de la actuación encubierta. ....	13
2.2. Órganos habilitados para autorizar la actuación encubierta; El Órgano Judicial y el Ministerio Fiscal. ....	14
2.2.1. El Órgano Judicial. ....	14
2.2.2. El Ministerio Fiscal. ....	17
2.3 Adopción de la infiltración policial; La autorización para la actuación encubierta.....	19
2.4. Duración y prórroga de la infiltración policial. ....	21
2.5. Garantías constitucionales del Agente Encubierto. ....	23
2.5.1. LO 19/1994 de 23 de diciembre, de Protección a Testigos y Peritos en causas criminales. ....	23
2.5.2. Vulneración de los derechos fundamentales en la infiltración.....	24
<b>BLOQUE 3. El Agente Encubierto, el Agente Provocador y el Delito Provocado.....</b>	<b>31</b>
3.1 Aspectos delimitadores del Agente Encubierto y el Agente Provocador. ....	32
3.2. La responsabilidad criminal del Agente Encubierto. ....	34
3.3.La prueba provocada.....	36
3.4 El tratamiento del delito provocado y la provocación policial en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y Tribunal Europeo de Derechos Humanos. ....	38
<b>BLOQUE 4. El Agente Encubierto Informático.....</b>	<b>43</b>
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>47</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>50</b>
<b>JURISPRUDENCIA.....</b>	<b>52</b>



# INTRODUCCIÓN.

El proceso penal cuenta con dos fases fundamentales, la investigación del hecho delictivo, donde tiene lugar la actuación encubierta del agente y a continuación la segunda fase, el juicio oral.

Mi estudio se centrará en la fase de investigación, en concreto, en una nueva técnica de investigación de carácter extraordinario que realiza el Agente Encubierto. Esta fase, resulta imprescindible en el proceso penal, pues su finalidad es descubrir las circunstancias del hecho delictivo y la identidad de los autores del delito. La obtención de la información de estos extremos, una vez analizada y valorada por un Juez de Instrucción competente, podrán aportarse en el juicio oral como pruebas de cargo que justifiquen el dictado de una sentencia de condena.

El objetivo de este trabajo será la de aportar información sobre esta nueva técnica de investigación cuya elección ha sido la novedad que representa este nuevo método para investigar y prevenir delitos por parte de un Agente Encubierto que actúa bajo una identidad supuesta dentro de una organización criminal.

El empleo de esta figura ha supuesto una ventaja por parte del Estado en la lucha contra el crimen organizado puesto que cada vez son más las nuevas formas de delincuencia organizada que requieren de una investigación más precisa y eficaz que sólo la actuación encubierta puede garantizar. Otro factor que está influyendo en las redes criminales es el uso de las nuevas tecnologías, que han facilitado la expansión de sus actuaciones ilegales, acaparando otras organizaciones criminales para actuar de manera cooperada expandiéndose con mayor facilidad y eludiendo la acción de la justicia.

Estos avances criminales provocaron la necesidad de incluir en nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal medidas extraordinarias de investigación, y una de ellas es la del Agente Encubierto, art. 282. Bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que fue introducida por la LO 5/1999 de 13 de enero.

El estudio de este modo de investigación se extiende por un lado, en la finalidad de incorporar esta figura del Agente Encubierto en un proceso penal garantista buscando el equilibrio que versa entre la actuación sancionadora por parte del Estado y en el respeto a los derechos fundamentales del sujeto o sujetos sometidos a la investigación encubierta.

De este modo, toda actuación encubierta deberá partir de una autorización judicial que habilite a un miembro de la Policía Judicial a actuar bajo una identidad supuesta para infiltrarse en una organización criminal. Esta autorización también será solicitada cuando la investigación vaya a afectar a algún derecho fundamental del

investigado, siempre que la actuación que pone en peligro los derechos fundamentales sea proporcional a los fines perseguidos con la investigación encubierta.

Por otro lado, realizaremos un análisis comparativo del “Agente Provocador” y el “Delito Provocado” ya que en ocasiones se confunden con la figura del Agente Encubierto, cuya actuación en la infiltración va destinada únicamente a recabar información de la organización criminal para someter a justicia a los sujetos que ya han decidido cometer un delito o lo están cometiendo. Mientras que el “Delito Provocado” es el resultado de la inducción y provocación por parte del agente a que el investigado cometa el delito cuando no estaba predispuesto a realizarlo.

Con todo ello analizaremos a continuación, la responsabilidad criminal del Agente Encubierto cuando infringe algún derecho del investigado, la validez de las pruebas derivadas de la investigación, si se infringen o no las garantías constitucionales de los sujetos y el tratamiento jurisprudencial por parte del TS Y TEDH del delito provocado.

Finalmente, nos centraremos en el Agente Encubierto Informático, cuya regulación es una novedad en nuestra legislación. La necesidad de regular esta figura fue fruto de los avances tecnológicos que permitían a los “ciberdelincuentes” actuar respaldados por una personalidad falsa en la red cometiendo delitos en Internet especialmente aquellos relativos con el acoso sexual, pornografía infantil y bullying.



# BLOQUE 1. Descripción figura Agente Encubierto. Rasgos fundamentales.

## 1.1 Descripción figura del Agente Encubierto.

El agente encubierto es un funcionario policial, altamente cualificado que, con previa autorización judicial y siempre que preste su total consentimiento, se infiltra en una organización criminal con el fin de investigar sobre la comisión de delitos. Este agente, identifica a los partícipes del crimen organizado e informa sobre todas aquellas actuaciones relevantes que se lleven a cabo, reuniendo elementos necesarios de convicción para proceder a su descubrimiento.

Para el magistrado **Soto Nieto**, *el agente infiltrado es un sujeto “[...] ordinariamente integrado en la fuerza pública, que, con el designio de llegar a descubrir una conducta delictiva en marcha o desarrollo, lleva a término un despliegue actuacional que, sorprendiendo al abordado infractor, saca a la luz su comportamiento incriminable”<sup>1</sup>.*

En España, el Agente Encubierto puede ser cualquier miembro de la Policía Nacional, de la Guardia Civil o agentes de policías autonómicas si tienen competencias como Policía Judicial.

Artículo 282 LECrim establece:

*La Policía Judicial tiene por objeto y será obligación de todos los que la componen, averiguar los delitos públicos que se cometieren en su territorio o demarcación; practicar, según sus atribuciones, las diligencias necesarias para comprobarlos y descubrir a los delincuentes, y recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición de la autoridad judicial. Cuando las víctimas entren en contacto con la Policía Judicial, cumplirá con los deberes de información que prevé la legislación vigente [...]*

El Agente Encubierto, ya encontraba amparo jurisprudencial en nuestro país antes que su previsión legal, la cual data en la **LO 5/1999, 13 de enero que fue la que introdujo el art. 282 bis LECrim.**

El Tribunal Supremo, en su *Sentencia 1570/1984, de 15 de noviembre* sostuvo;

[...] *que las fuerzas policiales, tienen entre otras funciones, la de prevenir el delito ejercitando una misión de profilaxis social, y la de descubrir su preparación, siendo uno de los procedimientos de investigación utilizados al efecto, el de infiltración, de incógnito y sin revelar su identidad ni su condición pública, en las huestes delictivas o en el medio ambiente, con el fin de conocer sus planes, abortarlos, de descubrir a los autores de hechos punibles y procurar su detención.*<sup>2</sup>

## **1.2 Técnicas de infiltración como modo de investigación de delitos.**

Con carácter general, las actividades infiltradas cuyo objetivo común es realizar una investigación ya sea delictiva o no, a fin de poner de manifiesto cuestiones controvertidas, requiere de un medio que le sirva de motivación para llevar a cabo esta operación.

Este medio consiste en la satisfacción de intereses de carácter privado o público que llevan al agente desarrollar su actividad.

Gómez De Liaño, plantea la infiltración policial en base a un esquema. Éstese enmarca en cuatro técnicas de investigación en función del tipo de interés que se busque satisfacer; infiltraciones públicas, las semipúblicas, las semiprivadas y las privadas<sup>3</sup>.

a) Las *infiltraciones públicas*, son aquellas llevadas a cabo a iniciativa del Estado, es decir, por el interés público, para la investigación y prevención de un delito. Esta investigación la desarrolla normalmente un funcionario policial.

Dentro de este tipo de infiltración, se distinguen dos tipos de la misma que son; Infiltración de corta duración y de larga duración.

a.1) Por un lado, las de *corta duración*, operaciones más conocidas por parte de la Jurisprudencia con el nombre de “Agente Provocador” que tendremos ocasión de analizarlo posteriormente.

En este sentido, la policía oculta su identidad y muestra su voluntad de manera engañosa de participar en un delito para poder obtener información sobre la actividad delictiva realizada y castigar a los partícipes.

---

<sup>2</sup> García San Martín, Juez sustituto, Profesor de Consecuencias Jurídicas del Delito y Doctor en Derecho, “*Los límites entre el agente encubierto y el agente provocador en la persecución de los delitos de tráfico ilícito de drogas.*”, LA LEY, Portal de Revistas, 2014, p.2

<sup>3</sup> Gómez De Liaño, citado en Zafra Espinosa, Rocío, *El Policía Infiltrado. Los presupuestos jurídicos en el proceso penal español.* Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 64

Zafra Espinosa<sup>4</sup>, hace alusión dentro de este ámbito, a las operaciones llevadas a cabo por policías en un estadio de fútbol para garantizar la seguridad en él y evitar conflictos.

a.2) Por otro lado, las de *larga duración*, que es la técnica de investigación policial en la que se centra el trabajo.

Esta técnica destaca por la investigación criminal ejecutada por agentes encubiertos en el ámbito de la criminalidad organizada.

Su finalidad principal es la de dismantelar esta organización bajo una identidad supuesta, que requiere de una autorización judicial, para prevenir de manera efectiva la comisión de un delito.

b)Respecto a las *infiltraciones semipúblicas*, son aquellas llevadas a cabo por particulares bajo el control y supervisión del poder público, cuya finalidad es obtener información susceptible de punibilidad. Nos referimos a la figura del arrepentido.

En este caso, el móvil que lleva a este particular llevar a cabo esta infiltración es la obtención de una recompensa, económica o procesal, ya que, se trata de personas que pertenecen a un determinado ambiente criminal que a petición del poder público llevan a cabo la investigación en colaboración con la Autoridad Penal.

c)Las *infiltraciones semiprivadas*, son aquellas en las que interviene tanto el interés público como el privado, puesto que es la propia voluntad de la persona la que le lleva a involucrarse e investigar algún hecho delictivo cuya repercusión afecta al interés público y constituye un ilícito penal.

Es el caso de los detectives privados infiltrados en ambientes social-empresarial, los periodistas, o bien la figura del padre coraje, que realiza algún descubrimiento de relevancia pública y la iniciativa de investigación ha sido fruto de motivos personales.

d)Por último, la infiltración operada en el ámbito personal y familiar, los *detectives privados*, cuya recompensa es única y exclusivamente para su beneficio.

### **1.3 Caracteres del agente encubierto.**

La actuación encubierta tiene como base fundamental ganarse la confianza del grupo infiltrado, es decir, que el agente encubierto sea capaz de adentrarse en el grupo criminal y conseguir convertirse en una persona cercana los miembros. Una vez ganada esta confianza, el objetivo es realizar todas aquellas labores que sean oportunas y necesarias para el cumplimiento efectivo de la misión.

---

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 64

Para alcanzar esta confianza es preciso poner en marcha un mecanismo de actuaciones y capacidades que sólo un agente plenamente cualificado puede alcanzar. Estas capacidades van desde la habilidad de mentir y ser creíble, a la capacidad de reacción, confianza en uno mismo y picardía, pasando por el don de gentes y evitar ser conflictivo.

A ello se suman aquellas actuaciones cotidianas que resultan necesarias para adentrarse en el entorno criminal como son: llevar todos los documentos del personaje que está interpretando, vestir o comportarse tal y como se hace en el ambiente en el que lleva a cabo la investigación.

Las misiones encubiertas son arriesgadas y peligrosas y están destinadas a poner coto de forma eficaz al crimen organizado.

Por todo ello, el agente encubierto se somete y se adapta, durante un tiempo prolongado, a unas condiciones de vida que le hacen asociarse con la peor clase social del crimen organizado convirtiéndose en una persona de su confianza. Así mismo, debe familiarizarse con los jefes y demás partícipes de este tipo de delitos, para poder conseguir elementos de convicción y desmantelar la red criminal.

Por lo tanto, es necesario ser un buen actor, tener mucha confianza en uno mismo y en todos aquellos sujetos que intervendrán en caso de que su vida esté en peligro. También es preciso estar capacitado, tanto física como psicológicamente, para poder actuar de forma independiente y aprender a vivir sin llegar a cruzarse al bando del crimen.

Hay que distinguir el agente encubierto del *agente provocador*. Este segundo, tiene como objetivo la inducción dolosa a la comisión del delito, lo que se conoce como “entrapment”. El “entrapment” se produce cuando el oficial induce a los presuntos criminales a cometer un delito, delito que sin su intervención no habría tenido lugar. Como consecuencia de ello, la defensa de los acusados podría cuestionar dicha inducción en el procedimiento con vistas a exonerar de responsabilidad criminal a sus defendidos, así pues, el agente encubierto deberá evitar por todos los medios realizar un “entrapment”.

*La característica esencial del agente encubierto es ocultar su calidad de agente infiltrándose en un grupo organizado criminal para investigar y prevenir un delito.*

Por el contrario, el agente provocador crea en el sujeto investigado la voluntad de que cometa el delito con el fin de someterlo a justicia.

Esto no llega a suceder cuando el agente encubierto se involucra, ya que su comportamiento en la investigación requiere que se mantenga dentro de los principios de un Estado de Derecho, aprovechando todas las facilidades que le otorga el acusado, quien ya está predispuesto a cometer el delito.

Sin embargo, el agente encubierto, en última instancia y cuando las circunstancias lo hagan necesario, está legitimado para realizar actos que podrían ser considerados delictivos, pero están amparados por la ley porque tienen como finalidad descubrir la red criminal. Por tanto, quedaría exento de responsabilidad ante tal situación.

Sin olvidar que el Agente Encubierto no debe sobrepasar los límites que lo separan del Agente Provocador porque tal y como establece el *art.282 bis, 5* “*Si el agente encubierto provoca un delito, no quedará amparado por la exención de responsabilidad criminal que la norma establece.*”

## **1.4 Funciones y prohibiciones del agente encubierto.**

Según el *Manual de Técnicas Especiales de Investigación, Agente Encubierto y Entrega Vigilada*<sup>5</sup>, las *funciones fundamentales* que lleva a cabo el Agente Encubierto son las siguientes:

- a) Infiltrarse y/o introducirse en la actividad criminal sujeta a la investigación.
- b) Obtener información y/o elementos de convicción para el caso.
- c) Identificación e individualización de personas, cosas, bienes y lugares.
- d) Informar al Juez y Fiscal periódicamente sobre los hechos y actuaciones que se realicen dentro de la organización criminal.
- e) Realizar otras labores que sean necesarias para el cumplimiento efectivo de la misión.

Este manual también hace referencia a un dato relevante relativo a *las prohibiciones del Agente Encubierto* en el desarrollo de sus actuaciones en la investigación entre las que se destacan:

- a) Provocar la comisión del ilícito, puesto que como hemos afirmado, estaríamos ante la figura del Agente Provocador.
- b) Realizar actos distintos a los específicamente encomendados o con exceso de desproporcionalidad ya que, debe ajustarse a los principios de un Estado de Derecho.
- c) Infiltrarse en la organización criminal de manera que afecte a su percepción objetiva de la misión.
- d) Gastar dinero y utilizar los bienes y valores proporcionados para la misión encubierta en otros fines e intereses que no hayan sido establecidos para cumplir la misión.

---

<sup>5</sup> Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, “*Manual de Técnicas especiales de investigación y Entrega Vigilada.*”p.16

## 1.5 Concepto organización delictiva.

La sociedad cambia y con ella los diferentes tipos de delincuencia avanzan y adquieren nuevos medios y formas de delinquir que dan lugar a que sea necesaria la existencia de técnicas especiales de investigación para frenar, controlar y prevenir las actividades ilícitas y someter a justicia a los delincuentes.

El problema de la delincuencia organizada es reconocido en el ámbito internacional. En la Convención de las Naciones Unidas en 1988, se adoptaron medidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes en el ámbito internacional.

No obstante, no se otorgó una regulación exacta respecto el contenido y significado del fenómeno de “delincuencia organizada” en el ámbito de la Unión Europea.

Fue en 1998 en la Acción Común de 21 de diciembre referida a la Tipificación Penal de la 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 independencia de que esos delitos constituyan un fin en sí mismos o un medio para obtener beneficios patrimoniales[...]*<sup>6</sup>

En relación a ello, en España se llevaron a cabo mejoras legislativas como la LO 8/1992 de 23 de diciembre que incorporó la Entrega vigilada, así como el “Agente Encubierto” introducido por la LO 5/1999 de 5 de enero.

Mediante la LO 5/1999 de 5 de enero, se incluyó nuestra norma procesal en el art.282. Bis, en concreto 282. Bis 4 que define lo que se entiende por *delincuencia organizada*:

*“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 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.*

---

<sup>6</sup>Anaya Marcos, María del Carmen, Trabajo de Fin de Grado *Agente Encubierto*, Universidad de Salamanca, Junio de 2015. p.14

- 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.*

El art.282. Bis 4 LECrim, enumera una exhaustiva lista respecto aquellos delitos considerados dentro del “crimen organizado” pero no nos especifica las características concretas que describen la delincuencia organizada y por tanto, nos concede una definición un tanto obsoleta.

Esto da lugar a que con las nuevas técnicas de delincuencia, así como de los avances tecnológicos, aparezcan nuevos delitos susceptibles de investigación y que no están incluidos en este precepto. Es el caso de los delitos cometidos por bandas organizadas en Internet.

Para la investigación de este tipo de “delitos informáticos” se reguló la L.O. 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica («B.O.E.» 6 octubre). Vigencia: 6 diciembre 2015.<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup><http://noticias.juridicas.com/> Art. 282 BIS Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Esta ley introdujo el número 6 del precepto 282 Bis, en el que el Juez puede autorizar a la Policía Judicial la investigación de bandas organizadas cuyo ámbito de actuación se sitúa en canales cerrados de comunicación.

Cuando hablamos de Agente Encubierto, nos referimos a un único sujeto que actúa en aras de investigar una organización criminal en territorio nacional concreto.

El problema surge cuando estas organizaciones criminales actúan en varios estados, por lo que tienen mayor facilidad para llevar a cabo su actuación criminal evitando ser descubiertos y consiguiendo sus objetivos en más de un territorio.

Esta situación dio lugar a la necesidad de que se creara un Cuerpo de policía en el ámbito europeo e internacional, cuya función primordial es la del intercambio de información entre todos los países, para frenar los ataques provenientes de una organización criminal y que éstos se expandan o puedan realizarse en varios estados.

Se trata de la Oficina de la Policía Europea, EUROPOL y en el ámbito internacional, la INTERPOL.

### ***La EUROPOL;***

Su sede se encuentra en La Haya (Países Bajos). Está dirigida por un director y la componen tres departamentos; el de información y tecnología, el criminal, como la unidad de crimen organizado, drogas o terrorismo, entre otros y el de administración.

Cada Estado designará un órgano de contacto con la Europol, Unidad Nacional Europol, y enviará a un Oficial de Enlace, para que represente sus intereses<sup>8</sup>.

Fue creada con el fin de facilitar la cooperación entre los Estados Miembros en la búsqueda e intercambio de información relativa a las bandas de delincuentes, mejorando la cooperación entre las autoridades judiciales y policiales europeas.

No obstante, no se les atribuye funciones ejecutivas, es decir, no puede intervenir en redes de comunicación, ni efectuar seguimientos o espionajes sino que su labor se concreta en la búsqueda y análisis de información que aportan los estados miembros y la cooperación entre ellos para evitar crímenes.

La Doctora en Derecho Zafra Espinosa<sup>9</sup> afirma en su manual que en el 2004, se atribuyeron funciones operativas, aunque con limitaciones, a la EUROPOL como; Actividades de investigación en equipos y la solicitud a los Estados de realizar investigaciones en casos concretos.

---

<sup>8</sup> <http://www.intelpage.info/web/europol.htm>

<sup>9</sup> Zafra Espinosa, Rocío, *El Policía Infiltrado. Los presupuestos jurídicos en el proceso penal español*, op.Cit., p. 253.

Podríamos considerar que estas medidas resultan muy útiles en tanto que, cada vez son más graves los problemas que afectan a nivel internacional y a los que hay que hacer frente con mayor rapidez, por lo que aunque no se le atribuyan funciones de carácter operativo es conveniente que puedan intervenir y participar en casos extremos cuando se considere necesario.

A ello se le une, la ventaja del ejercicio de cooperación entre los agentes de diferentes países, lo que agilizaría el proceso optimizando resultados y ayudando a combatir contra el crimen organizado.

La EUROPOL, realiza dos tipos de informes; Los llamados “*análisis de tendencias*” y los de “*evaluación de la amenaza*”<sup>10</sup>.

Los primeros, están basados en acontecimientos ocurridos en nuestra sociedad que, aparentemente, pueden continuar en el presente.

Por tanto, se hace una evaluación anual de la situación existente basada en la experiencia del pasado, para apreciar la tendencia que se sigue hacia el futuro. Es el caso de los actos terroristas de ETA, que a pesar de que anunciara el cese a la violencia, la EUROPOL afirmó;

*ETA sigue reclutando nuevos miembros y recabando información sobre nuevos objetivos [...] tampoco se descarta que algunos grupos escindidos puedan retomar la actividad [...]*<sup>11</sup>

Por otro lado, el “*informe evaluación-amenaza*”, que se realiza cuando se estima oportuno en tanto a los riesgos y capacidad de acción de grupos terroristas. Establece medidas de seguridad y análisis de riesgos para evitar por todos los medios posibles atentados.

## ***La INTERPOL;***

Es una organización policial internacional, formada por 182 países miembros, entre ellos España. La Secretaria General se sitúa en Lyon, Francia, y funciona durante los 365 días del año las 24 horas. Cuenta con siete oficinas repartidas por todo el mundo con las respectivas sedes en Bruselas y Nueva York.

Se trata de la cooperación mundial entre los Estados para evitar el crimen, especialmente, el organizado, a nivel internacional.

Es decir, facilita el acceso a los policías de todo el mundo, a servicios e instrumentos para llevar a cabo sus funciones, ofreciéndoles información y base de datos con fines policiales.

---

<sup>10</sup><http://www.intelpage.info/web/europol.htm>

<sup>11</sup><http://cadenaser.com> el 25/04/2012 a las 19:29 CET .

Actúa siempre en el marco de los ordenamientos jurídicos nacionales, el respeto de la Declaración de los Derechos Humanos y a su propio Estatuto, el cual prohíbe “toda actividad o intervención en cuestiones o asuntos de carácter político, militar, religioso o racial”.

Su campo de actuación se sitúa en homicidios, secuestros, trata de personas, infracciones con armas, explosivos y el terrorismo.

No obstante, el terrorismo es el campo de actuación prioritario de la INTERPOL, especialmente el referente al grupo terrorista DAESH, porque además de tratarse de un problema mundial, afecta a la seguridad de todos los países y constituye un peligro para la vida de todos los ciudadanos.

En esta materia, la INTERPOL, presta su colaboración a los países miembros en la investigación e identificación de presuntos terroristas, aporta información sobre organizaciones terroristas y medios de apoyo para hacerle frente.

El Secretario General de la INTERPOL, Jurgen Stock, en su intervención en la Cumbre sobre Seguridad Nuclear de 2016<sup>12</sup>, manifestó su inquietud por la posible amenaza de atentados nucleares detectada tras las investigaciones llevadas a cabo como consecuencia de los atentados, especialmente el atentado de Bruselas cometido el pasado 22 de marzo.

Los informes realizados tras este atentado, revelan la posibilidad de que determinados terroristas partícipes en este ataque hayan estado en contacto o vigilando a trabajadores de la Central Nuclear.

La amenaza del *terrorismo nuclear* está cada vez más presente y para combatirla, el Secretario General Stock, destacó la importancia que tiene la colaboración global como pieza clave para evitar estos ataques, así como el intercambio eficaz de información, puesto que cualquier descuido o fisura puede ser aprovechado por terroristas para introducirse en un país concreto de manera ilegal, conseguir armas de destrucción masiva o materiales radiactivos que afecten a la vida e integridad de los ciudadanos.

El programa de INTERPOL sobre terrorismo QBRNE (materiales químicos, biológicos, radioactivos, nucleares y explosivos), cuenta con una plataforma de información a la que tienen acceso todos los Estados y por medio de la cual, pueden obtener todo tipo de datos relativos a investigaciones, seguimientos de determinados individuos, tráfico de materiales nucleares.<sup>13</sup>

---

<sup>12</sup><http://www.interpol.int/es/Centro-de-prensa/Noticias/2016/N2016-041>

<sup>13</sup> La operación *FailSafe* de INTERPOL, constituye una ayuda en el tráfico de materiales nucleares para los organismos que se dedican a la investigación de sujetos sospechosos del tráfico ilícito de este tipo de elementos. Cuenta con un sistema de notificaciones verdes que alertan que una determinada persona es sospechosa o está involucrada en algún crimen de tráfico ilícito nuclear y por ello, constituye una amenaza para la seguridad pública.

## **BLOQUE 2. El ámbito jurídico del Agente Encubierto.**

### **2.1 Presupuestos jurídicos de la actuación encubierta.**

En el ámbito del proceso penal la fase encubierta se enmarca en la fase de instrucción del procedimiento.

La doctora en derecho Zafra Espinosa<sup>14</sup>, realiza una distinción entre aquellos Estados a los que se encomienda la dirección de la Fase de Instrucción al Ministerio Fiscal y aquellos Estados a los que la Fase de Instrucción está atribuida al Órgano Judicial.

Este último caso es al que corresponde a España junto con Francia y Bélgica, mientras que Alemania, Portugal e Italia el fiscal es el que dirige la Investigación Penal.

La reforma operada en nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal adquiere matices de estos modelos procesales europeos. La doctrina mayoritaria mantiene que el Sistema Procesal Español tiene que atribuir al fiscal, como órgano público que es, la dirección y el poder de la investigación obteniendo elementos probatorios para practicarlos en el Juicio Oral.

Nuestro ordenamiento jurídico español es el único que legitima para autorizar la infiltración policial a dos órganos: El Juez de Instrucción y el Ministerio Fiscal.

Artículo 282.Bis 1 LECrim:

*[...] 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 investigación, a actuar bajo identidad supuesta [...] 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 [...]*

Por ello, tanto el Órgano Judicial competente como el Ministerio Fiscal tienen competencia para autorizar al funcionario la infiltración en una organización criminal.

---

<sup>14</sup> Zafra Espinosa, Rocío, *El Policía Infiltrado. Los presupuestos jurídicos en el proceso penal español*, op.Cit., p. 323.

En materia de procedimiento abreviado y procedimiento de menores, el fiscal, es quien tiene el control de la Fase de Investigación y en aquellos casos en los que su actuación requiera la limitación de Derechos Fundamentales, acude al órgano judicial para que éste lo autorice.

Es decir, cuando la actuación encubierta conlleve la *restricción de algún derecho fundamental*, casos como; intervención de las comunicaciones, registros domiciliarios e informáticos o instalaciones de cámaras ocultas y grabaciones, el Ministerio Público tendría que obtener una autorización judicial por parte del Juez competente para proceder a la actuación encubierta.

Así lo establece el art. 282. Bis 3 LECrim. *Cuando las actuaciones de investigación puedan afectar a los derechos fundamentales, el agente encubierto deberá solicitar del órgano judicial competente las autorizaciones que, al respecto, establezca la Constitución y la Ley, así como cumplir las demás previsiones legales aplicables.*

## **2.2.Órganos habilitados para autorizar la actuación encubierta; El Órgano Judicial y el Ministerio Fiscal.**

### **2.2.1. El Órgano Judicial.**

La actuación encubierta requiere la utilización del engaño por parte del Estado para la infiltración efectiva en la organización criminal y su posible incidencia en el marco de los derechos fundamentales, cuyo respeto constituye el límite principal al que se somete el agente encubierto.

Esta técnica de engaño para la investigación de delitos ha sido objeto de análisis abordado tanto por la Doctrina como la Jurisprudencia:

*[...] habiendo sido admitida la licitud de la infiltración policial -con anterioridad incluso a la LO. 5/99 de 13.1 que reguló en nuestro ordenamiento, por primera vez, art. 282 bis, la actuación de los agentes encubiertos- por el TC. S. 21.2.83 EDJ1983/11 y por la Sala Segunda Tribunal Supremo, como medio para descubrir actividades criminales en curso, considerando que estos comportamientos de los agentes se encuentran dentro de los límites que la Constitución (art. 126) la Ley Orgánica Poder Judicial (art. 443); la LECrim . (arts. 282 yss.)*

*Y la LO. 2/86 de 13.3 (art. 11) les imponen en el ejercicio de las funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente, por cuanto las fuerzas policiales para el cumplimiento de sus funciones cuentan con el procedimiento*

*de la infiltración, actuando de incógnito y sin revelar su identidad, ni su condición pública, en organizaciones delictivas, con el fin de conocer sus planes [...]*

En el supuesto de que se aprecie la necesidad de restringir un determinado derecho fundamental, ya sea por necesidad de realizar intervención en las comunicaciones, establecimiento de cámaras ocultas o grabaciones, el Fiscal o bien, el agente a cuyo cargo se encuentre la dirección de la operación encubierta, tienen la obligación de acudir al Juez de instrucción competente para que autorice la intervención del agente en el caso.

Por tanto, todas aquellas medidas limitativas de derechos fundamentales, quedan atribuidas a la Jurisdicción en virtud del principio de reserva Jurisdiccional.

El Juez de Instrucción competente, dictará *Resolución motivada* por la que se autorice la intervención del agente. Esta resolución motivada deberá reflejar los actos que vayan a afectar a los derechos fundamentales, la necesidad de la intervención para prevenir el delito y será otorgada únicamente a agentes de la Policía Judicial.

Previamente, el Jefe de la Unidad de Policía Judicial a la que pertenezca el agente, deberá de haber formulado una solicitud al Ministerio del Interior, para que otorgue la identidad supuesta al agente mediante la cual actuará durante un período de seis meses, prorrogables por el mismo tiempo.

A continuación, la solicitud formulada por la policía judicial, expresará *la voluntad de infiltrar* a un agente en una organización criminal y se remitirá al órgano judicial, que valorará las circunstancias y necesidad de proceder a esta intervención y en el caso de que esta necesidad esté justificada, dictará resolución motivada autorizando la actuación encubierta.

Ahora bien, aunque dicha solicitud parta de la Policía Judicial, se reserva al Órgano Judicial competente la facultad de reconocer o ratificar esta decisión.

El *Órgano Judicial* no sólo tiene que valorar si la actuación encubierta incide sobre los Derechos Fundamentales de quien va ser investigado sino que también, tiene que apreciar otro tipo de circunstancias como: la existencia de una banda organizada, que se hayan realizado diligencias de investigación previas para el esclarecimiento de los hechos, así como proporcionalidad, necesidad e idoneidad en la adopción de la medida.

El artículo 282.Bis 1 exige [...] *el Juez de Instrucción o el Fiscal pueden autorizar a funcionarios de policía judicial a actuar bajo una identidad supuesta llegando incluso a poder adquirir y transportar los efectos e instrumentos del delito o a diferir la incautación de los mismos, todo ello siempre y cuando las investigaciones afecten a actividades propias de la delincuencia organizada.*

La existencia de una *banda organizada* constituye la base central de la investigación.

Entendiendo por esta, art 282.4 “*asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada conductas susceptibles de tipificarse en alguno de los delitos que a continuación relacionan.*”

El fundamento de la utilización del Agente Encubierto, es la lucha contra el crimen organizado, por lo que es necesaria la existencia de esta banda organizada para que el Juez competente autorice al agente a ejecutar su operación encubierta.

No obstante, tienen que existir indicios suficientes para sospechar que un determinado grupo de sujetos es partícipe de un crimen organizado, ¿Cómo pueden estar seguros el Juez de Instrucción competente o el Ministerio Fiscal para proceder a la autorización de su investigación?

Un funcionario policial, se encarga de realizar tareas de investigación antes de adquirir la condición del artículo 282 bis. La actuación de este funcionario policial podría ser considerada ilegal, debido a que no cuenta con una autorización judicial por cuanto actúa bajo su propia identidad.

La STS 25 junio de 2007 afirmó:

*“...el que un funcionario policial lleve a cabo tareas de investigación antes de llegar a tener el carácter que regula el art. 282 bis no implica que no pueda servir válidamente como testigo respecto a lo visto y oído en tiempo anterior. Lo que diferenciará uno y otro tiempo es que la exención de responsabilidad penal, que regula el número 5 de dicho artículo, para actividades dotadas de proporcionalidad con la finalidad de la investigación y que no constituyan provocación al delito, no será aplicable al período previo.*

*Y añadía dicha resolución que el comportamiento de los “agentes encubiertos” sería, como queda dicho, irregular, incluso quizá hasta sancionable, pero en modo alguno priva de valor a las diligencias de investigación y acreditación de los hechos enjuiciados en este procedimiento “*

Por ello, los requisitos esenciales previos a la operación encubierta es que, se hayan realizado previamente diligencias de investigación para el esclarecimiento de los hechos y para concretar el objeto y la finalidad de la investigación.

Las Resoluciones que autoricen la actuación encubierta han de gozar de motivación suficiente, por lo que se ha exponer, no sólo las circunstancias que

conlleven a sospechar la existencia de una *banda organizada* con fines delictivos sino que también todos los razonamientos que aconsejan la infiltración del agente.

Con respecto a los *requisitos fundamentales* a tener en cuenta por el Juez a la hora de dictar la resolución; la proporcionalidad, la especialidad y la excepcionalidad o idoneidad de la medida.

Por un lado, tiene que tratarse de un delito grave que conlleve a una privación de libertad. Pero no basta con valorar la *gravedad* del caso concreto, sino que también tiene que apreciar si el delito concreto tiene trascendencia social.

En cuanto a la *especialidad*, al tratarse de una técnica especial de investigación, tiene que fundarse en la identificación concreta de sujetos y la investigación de un delito plenamente identificado y en el que existan indicios suficientes de que se están llevando a cabo conductas delictivas por parte de una organización criminal.

Por otro lado, *la excepcionalidad o idoneidad en la medida* por cuanto que la adopción de esta medida por parte del Juez tiene que darse cuando se presente una necesidad insoslayable para hacer frente a una organización criminal o bien, en última instancia y excepcionalmente, cuando los medios comunes de investigación no resulten suficientes para alcanzar el fin perseguido y atendiendo a las medidas menos gravosas para los derechos fundamentales del investigado.

A estos efectos, la resolución debe de contener *la duración de la investigación* así como la *obligación de informar al Juez* en todo momento sobre la investigación. Es decir, toda la información obtenida por el Agente Encubierto debe ser puesta en conocimiento de quien lo autorizó, en la mayor brevedad de tiempo posible. Será aportada en su integridad al órgano judicial para que la valore.

A su vez, contendrá las circunstancias que han llevado a la necesidad de que el Juez autorice la investigación encubierta. Por tanto, su resolución podrá ser susceptible de control por la vía de recurso.

### **2.2.2. El Ministerio Fiscal.**

*Cuellar Serrano*, establece que el Ministerio Fiscal si no incumple los presupuestos establecidos en la CE, está legitimado para llevar a cabo diligencias de investigación que puedan afectar a los derechos fundamentales, para los que la Constitución no prevé una autorización judicial.

La potestad para adoptar la infiltración policial, le viene dada al Ministerio Fiscal por el art. 5.2 *introducido por la Ley 50/1981, 30 diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.*<sup>15</sup>

El art. 5.2 del EOMF establece que el Fiscal:

*Para el esclarecimiento de los hechos denunciados o que aparezcan en los atestados de los que conozca, puede llevar a cabo u ordenar aquellas diligencias para las que esté legitimado según la Ley de Enjuiciamiento Criminal, las cuales no podrán suponer la adopción de medidas cautelares o limitativas de derechos. No obstante, podrá ordenar el Fiscal la detención preventiva.*

El art. 282 bis 1 LECrim establece [...] *el Juez de Instrucción competente o el Ministerio Fiscal dando cuenta inmediata al Juez, podrán autorizar a funcionarios de la Policía Judicial, al Ministerio Fiscal para adoptar la medida y que ésta no tenga carácter judicial[...]*

Ahora bien, el Ministerio Fiscal no puede obtener la delegación expresa, puesto que el Juez tiene que conocer los motivos por los que se procede a esta intervención en base al control judicial.

Es decir, la intervención judicial posterior es necesaria por no quebrantar la garantía judicial de los derechos fundamentales y el Ministerio Fiscal una vez adopte la decisión, tiene la obligación de comunicársela al Juez de Instrucción competente.

Esta medida adoptada por el Ministerio Fiscal, supone una excepción al principio de Jurisdiccionalidad Exclusiva del Juez competente, cuando el agente se dispone a infiltrarse en la organización criminal pero todavía no ha llegado a infringir ningún derecho fundamental de los sujetos a los que investiga.

En clara correspondencia con los derechos fundamentales, Cuellar Serrano, pone como ejemplo el derecho fundamental a la “Inviolabilidad de domicilio”art. 553 LECrim, en el que las autoridades policiales están facultadas para entrar al domicilio del sujeto “sin necesidad de autorización judicial cuando los sujetos sean sorprendidos en flagrante delito o bien, exista una orden de prisión”

En la infiltración encubierta cabe distinguir dos momentos desde los que se puede analizar la necesidad o no, de la autorización judicial que son<sup>16</sup>; uno previo, que supone el acercamiento del agente a los sujetos que van a ser investigados, donde la posibilidad de que se afecte un derecho fundamental es casi nula. Y otro posterior que tiene lugar cuando el agente encubierto se infiltra en la organización criminal para recabar información bajo una identidad supuesta. En este último caso, las posibilidades

---

<sup>15</sup> Noticias Jurídicas.

<sup>16</sup> Zafra Espinosa de los Monteros, Rocío, “El Policía Infiltrado, los presupuestos jurídicos en el proceso penal español” *op. Cit.*, 332.

de que pueda verse afectado algún derecho fundamental es más seguro y por tanto, se requiere la autorización judicial.

En todo caso, cuando el Ministerio Fiscal decida actuar de inmediato prescindiendo de la autorización judicial, tiene que *comunicar* esta decisión al órgano judicial competente, en tanto que puede llevar a cabo todas las actuaciones que resulten necesarias para el esclarecimiento de los hechos.

### **2.3 Adopción de la infiltración policial; La autorización para la actuación encubierta.**

Es necesario que para la solicitud de la autorización, se tengan indicios claros y razones objetivas que permitan afirmar que un determinado sujeto está cometiendo un delito o bien, lo haya cometido.

Existe una *autorización de carácter administrativo* por la que se concede la “*identidad supuesta*” al agente y que es entregada por el Ministerio del Interior y otra *autorización judicial*, que como hemos explicado anteriormente, la entrega el órgano competente para autorizar la “*infiltración policial*”.

El art. 282.Bis 1 LECrim. *Afirma;*

[...] *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 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”*

*El art. 282.1 bis párrafo 2º y 3º LECrim. “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. El caso concreto.*

Resulta evidente pues, que para la investigación de un determinado crimen, no basta con la simple creencia o sospecha de que pueda existir un delito o que un

determinado sujeto pueda tratarse de un delincuente. La relación existente entre la persona investigada y el delito se manifiesta en una serie de indicios fundados que a su vez, requieren significación suficientemente objetiva para considerar sobre una base real la existencia de la comisión de un delito.

Estos criterios, se reiteran en la STS de 13 mayo de 2009 en la que se destaca la importancia que tiene “*la necesidad de exteriorizar los datos o hechos objetivos*” para que puedan considerarse indicios racionales de la existencia de un delito y la relación entre el sujeto o sujetos investigados con el mismo.

*En referencia al TEDH, estas sospechas “deben anclarse en datos fácticos o indicios que permitan suponer que alguien intenta o está cometiendo una infracción grave.”*

Cuando el fiscal o el instructor, aprecien que concurren circunstancias necesarias por las que se pueda proceder a la adopción de la autorización, deberán acudir al *Ministerio del Interior para solicitarle una “identidad supuesta”* al agente y que éste pueda actuar durante todo el proceso penal bajo una cobertura legal. Esta “identidad supuesta” es imprescindible para que el agente pueda infiltrarse en la organización criminal.

Ahora bien, esta autorización inicial, se entiende que se adopta en el momento en el que el agente va a ponerse en contacto con los investigados y tiene que realizar una conducta engañosa para coger confianza con ellos y posteriormente, infiltrarse en el grupo criminal.

La LECrim establece que la resolución que autorice la medida deberá ser motivada y en ella consignar la identidad real y la supuesta del agente encubierto<sup>17</sup>. El art. 282 Bis LECrim impone que la resolución tiene que estar motivada, por lo tanto la autorización que habilite la infiltración policial adoptará forma de auto debidamente motivado.

En relación con el *contenido del auto* que permita la infiltración policial se destacan los siguientes;<sup>18</sup>

- a) Expresión del delito o delitos de los que se sospecha y que son susceptibles de investigación dado que existen indicios racionales de la comisión o posible comisión del delito.
- b) Identidad, rasgos característicos de los sujetos que van a ser objeto de investigación.
- c) Duración de la investigación policial, ya que puede ser menor al plazo de 6 meses que dispone el art. 282 bis LECrim. Ahora bien, en el caso de que haya

---

<sup>17</sup>Rifá Soler, citado en Zafra Espinosa, Rocío, El Policía Infiltrado. *Los presupuestos jurídicos en el proceso penal* español. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 162.

<sup>18</sup>*Ibid.*, p.339.

necesidad de que la investigación continúe una vez finalizado el plazo, el art 282 bis. prevé la prórroga por el mismo periodo de tiempo de 6 meses.

- d) Clarificar cuales son las actuaciones que va a llevar a cabo el agente encubierto.
- e) La identidad supuesta bajo la cual actuará el agente encubierto, sin nombrar la identidad verdadera del agente.
- f) Establecer los medios o vías de comunicación a los que el agente encubierto tiene que ajustarse para transmitir la información durante la investigación.

Por lo tanto, cada autorización otorgada, ya sea por el Juez de Instrucción competente o el Fiscal, deberá contener y especificar los límites y contornos de actuación a los que debe ajustarse el agente encubierto.

Se trata del reconocimiento *del Principio básico de Seguridad Jurídica*<sup>19</sup>, donde se pretende evitar que una Resolución por la que se autoriza al agente a la infiltración policial, sirva como una “*carta en blanco*” para que el agente actúe libremente y sin límites en su actuación. La Resolución por la que se autorice la actuación encubierta tiene que concretar las exigencias objetivas de un Estado de Derecho.

## **2.4. Duración y prórroga de la infiltración policial.**

El art. 282 bis LECrim, no establece un plazo de duración concreto de la investigación encubierta, en tanto debemos tener en cuenta que la infiltración policial requiere de un tiempo de maduración para que el agente pueda averiguar y conseguir la información necesaria del objeto de investigación.

Es el Juez de Instrucción el que en la Resolución, de acuerdo con las circunstancias sujetas a investigación manifestadas por la policía, establece un período de duración de la actuación encubierta.

El carácter extraordinario y secreto de la infiltración policial, da lugar a que en el proceso penal en el que se va a llevar a cabo la medida se declare “*Secreto de sumario*”<sup>20</sup>, para garantizar el éxito de la investigación y la seguridad del agente encubierto en la organización criminal.

---

<sup>19</sup> Cardoso Pereira, Flavio, Programa de Doctorado “Estado de Derecho y Buen Gobierno”, Tesis Doctoral “*Agente Encubierto y Proceso Penal Garantista; Límites y Desafíos.*”, Universidad de Salamanca, 2012. P.395

<sup>20</sup> Zafra Espinosa de los Monteros, Rocío, “*El Policía Infiltrado, los presupuestos jurídicos en el proceso penal español*” op. Cit., 357.

Art. 302 LECrim[...] *No obstante, si el delito fuere público, podrá el Juez de Instrucción, a propuesta del Ministerio Fiscal, de cualquiera de las partes personadas o de oficio, declararlo, mediante auto, total o parcialmente secreto para todas las partes personadas, por tiempo no superior a un mes cuando resulte necesario [...]*

En este sentido debemos tener en cuenta que la infiltración policial requiere su tiempo, en tanto que supone un primer momento de toma de contacto con la organización criminal y otro posterior, que tiene lugar cuando el agente se infiltra en la misma. Por lo que todo este transcurso de tiempo no es una medida que pueda establecerse en el mes previsto para el sumario. Así pues, en aquellos casos en lo que no se pueda ajustar la infiltración policial al plazo de un mes de sumario, se irá prorrogando hasta que la investigación finalice.

El Tribunal Constitucional afirma que *“El plazo de un mes podrá prorrogarse siempre que persistan los motivos que determinaron la declaración de secreto.”*<sup>21</sup>

En cuanto a las prórrogas de la infiltración policial, el art. 282 Bis 1 LECrim establece que; *“La identidad supuesta será otorgada por el Ministerio del Interior por el plazo de seis meses prorrogables por períodos de igual duración [...]*”

El plazo de 6 meses prorrogables constituye *un límite máximo* en el que se puede prolongar la investigación. En cualquier caso, una vez haya finalizado el primer plazo por el que se autorizó la infiltración, el órgano competente será el que decidirá si los resultados obtenidos son suficientes o no.

Si se requiere más información de la organización criminal se concederá una nueva autorización por la que se prolongará la infiltración policial durante un período de tiempo. Esta prórroga no tiene que durar 6 meses obligatorios, sino que el órgano competente autorizará por el tiempo que estime conveniente para que el agente pueda recabar nueva información y siempre que sea necesaria para garantizar el éxito de la operación.

En el caso de que el órgano judicial rechace la ampliación de tiempo para la investigación porque considere que la operación ha de darse por concluida, se levantará el secreto de sumario y se tendrá la investigación encubierta por finalizada.<sup>22</sup>

---

<sup>21</sup>*Ibid.*, p. 357.

<sup>22</sup>*Ibid.*, p. 367.

## **2.5 Garantías constitucionales del Agente Encubierto.**

### **2.5.1. LO 19/1994 de 23 de diciembre, de Protección a Testigos y Peritos en causas criminales.**

En delitos como los cometidos por bandas armadas, tráfico de drogas o terrorismo se produce en determinados casos una resistencia por parte del testigo a prestar declaración por causa de un legítimo miedo a las posibles consecuencias que se puedan ocasionar.

Frente a este tipo de casos, el Estado debe actuar para proteger el derecho a la vida e integridad física del testigo.

La LO 19/1994 de 23 de diciembre (BOE 24/12/1994), se establecen medidas de protección a quienes en calidad de testigos intervienen en procesos penales, siempre que el Tribunal aprecie racionalmente un peligro grave para su persona, libertad, bienes o familia. Prevé que los Jueces y Tribunales puedan acordar una serie de medidas necesarias tendentes a su protección, de acuerdo con las directrices del derecho comparado y con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.<sup>23</sup>

Esta ley también es de aplicación a la actuación de Agente Encubierto el art. 282.Bis 2 LECrim que establece que:

*Los funcionarios de la Policía Judicial que hubieran actuado en una investigación con identidad falsa [...] podrán mantener dicha identidad cuando testifiquen en el proceso que pudiera derivarse de los hechos en que hubieran intervenido y siempre que así se acuerde mediante resolución judicial motivada, siéndole también de aplicación lo previsto en la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre.*

El agente encubierto puede entonces declarar desde la ocultación, manteniendo su anonimato. En este sentido podemos mencionar la jurisprudencia del TEDH<sup>24</sup>, 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.*

---

<sup>23</sup>Burgos Ladrón de Guevara, Juan, "La protección del testigo víctima en la lo 19/1994 de 23 de diciembre del proceso penal español y la directiva 2012/29/ue del parlamento europeo y del consejo de 25 de octubre de 2012", *Revista General de Derecho Procesal*, N.º 31, 2013 "p.6

<sup>24</sup>Anaya Marcos, María del Carmen, Trabajo de Fin de Grado "Agente Encubierto", Universidad de Salamanca, Junio de 2015. p. 40

## 2.5.2. Vulneración de los derechos fundamentales en la infiltración.

Un aspecto que representa una especial singularidad en la figura del agente encubierto es el relativo a la *vulneración de los derechos fundamentales* que su ejercicio puede conllevar, y en ocasiones sin perjuicio de la obligación de solicitar autorización judicial para la investigación de casos en los que la actuación encubierta pueda afectar a derechos fundamentales de los investigados.

El art. 282.3 bis LECrim. " *Cuando las actuaciones de investigación puedan afectar a los derechos fundamentales, el agente encubierto deberá solicitar del órgano judicial competente las autorizaciones que, al respecto, establezca la Constitución y la Ley, así como cumplir las demás previsiones legales aplicables.* "

No obstante, existen supuestos en los que el Agente Encubierto ejecuta la operación policial sin una habilitación legal, casos en los que la doctrina, no siempre coincidente, se plantea la cuestión sobre si esta actuación infringe derechos fundamentales de los sujetos investigados.

### a. Inviolabilidad del domicilio.

Uno de los derechos fundamentales que puede verse afectado directamente por la actuación encubierta es "*Inviolabilidad del domicilio.*"

*Art.18.2 CE «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».*

Por ello, en el seno del proceso, el contenido del derecho a la inviolabilidad del domicilio se refleja en la imposibilidad de entrar en un domicilio sin el consentimiento del titular o resolución habilitante para ello.

Al respecto, una cuestión controvertida de este derecho fundamental es cuando el Agente Encubierto accede al domicilio del sujeto investigado al aceptar una *invitación* de éste por motivo de la relación de confianza existente entre ambos, y que debido al momento y las condiciones de tiempo y lugar, el agente no puede solicitar la autorización judicial.

Esta entrada al domicilio es considerada una infracción al derecho fundamental a la "*inviolabilidad del domicilio*" dado que no se cumple la previsión del art. 282.Bis 3 LECrim.

Lo lógico es afirmar que tanto la entrada al domicilio como las pruebas que derivan de ella son nulas ya que, el consentimiento está viciado porque ha sido fruto del engaño del que se ha servido el agente encubierto para ganarse la confianza del investigado y poder conseguir información de éste.

Sin embargo, esta entrada al domicilio tiene amparo judicial y está admitida por la ley por su finalidad proporcional y valorada por un Juez de Instrucción. Esta finalidad es la de buscar información que como ya sabemos, es la actuación principal por la que el agente se infiltra en una banda organizada para su investigación.

De acuerdo con la afirmación de *Perals Calleja*<sup>25</sup> en relación con la entrada al domicilio del agente encubierto “[...] *en ese momento lo que el agente está realizando no es una prueba preconstituida de entrada y registro, sino que está ejecutando las labores propias de su infiltración que recordemos, tiene una finalidad proporcional y legítima [...]*”

*Por ello, esta entrada a domicilio se considera legítima y como consecuencia, todo lo realizado en el interior del domicilio podrá llevarse al juicio como prueba mediante las declaraciones testificales del agente en el acto del juicio oral”*

A su vez, *Zafra Espinosa*<sup>26</sup> afirma “[...] *la falta de previsión hace que consideremos improbable la solicitud de resolución judicial, pues ello solo podría levantar sospechas de los integrantes de la organización, lo que redundaría en la seguridad del agente encubierto.*”

No obstante, considero que el consentimiento para el acceso al domicilio del sujeto que es el objeto de la investigación deviene del engaño por parte del agente, porque esta relación de amistad es el objetivo primordial de la actuación encubierta. La relación de confianza entre el sujeto y el agente encubierto es el primer paso para que la investigación surta efecto, con lo cual es el medio del que se sirve el agente para conseguir un acercamiento.

Podríamos considerar que el consentimiento prestado por parte del investigado está viciado ya que, de saber la función real del agente, no lo hubiese permitido la entrada a su domicilio por lo que habría *ausencia de consentimiento*, y como consecuencia, la nulidad de todo lo actuado y de las pruebas obtenidas de conformidad con lo que establece el art. 11.1 LOPJ *En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales.*

En este caso, se cometería una infracción al derecho fundamental de la “inviolabilidad del domicilio”, art. 18.2CE, porque ni existe un consentimiento expreso

---

<sup>25</sup>, Perals Calleja, José, Fiscal, “Técnicas de investigación del crimen organizado: el agente encubierto, confidente, regulación en España, validez de la prueba en el extranjero, problemas prácticos de la heterogénea regulación de la materia”, *Cuadernos Digitales de Formación*, 2010 p. 6

<sup>26</sup>Zafra Espinosa de los Monteros, Rocío, *El Policía Infiltrado, los presupuestos jurídicos en el proceso penal español* op. Cit., p.98

real, ni la simple invitación al domicilio implica o justifica la existencia de un delito flagrante.

Al hilo de lo expuesto, la STS 1546/2016<sup>27</sup> establece:

*La habilitación jurisdiccional devendrá ineludible cuando se conforma un escenario de confianza y singularmente cuando se desencadena una operación delictiva en la que se ve involucrado el agente.*

Por lo que el agente al haberse ganado la confianza del investigado, "escenario de confianza", hasta el punto de que este le invitara a su domicilio, tendría que haber solicitado previamente la habilitación legal para su acceso y por tanto el desarrollo legal y efectivo de sus funciones de investigación en el interior del domicilio.

b. Secreto de las comunicaciones; derecho a la intimidad, a no declarar contra sí mismo y no declararse culpable.

Otro de los derechos fundamentales que puede verse afectado por la actuación encubierta es el derecho fundamental "*Secreto de las comunicaciones*", extendiéndose a las interceptaciones; telefónicas, electrónicas, oral mediante las grabaciones de escucha por aparatos transportados o colocados el lugar estratégico por el agente.

El art.18.3 CE establece que «*Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial*»

Ahora bien, lo que realmente infringe el agente en su actuación no es el derecho al secreto de las comunicaciones en sí, ya que para ello, el agente ha de solicitar obligatoriamente una autorización expresa, sino los derechos que consecuentemente se ven afectados tras esta interceptación; *derecho a la intimidad y el derecho a no declarar contra sí mismo y no declararse culpable*<sup>28</sup>.

El *derecho a la intimidad*, puede ceder ante otros derechos fundamentales, en concreto, este derecho pertenece a la esfera de la libertad y defensa del sujeto.

La interceptación de cualquier medio de comunicación ya supone en sí, la violación al derecho a la intimidad, donde el bien jurídico que se pretende proteger es la vida privada y el libre desarrollo de la personalidad del sujeto.

---

<sup>27</sup> <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>

<sup>28</sup> García San Martín, Jerónimo, Doctor en Derecho, Juez sustituto y Profesor de consecuencias jurídicas del delito. "Límites entre el Agente Encubierto, el Agente Provocador en la persecución de los delitos de tráfico de droga "La Ley Penal, nº107. Sección Práctica Penal, editorial La Ley, publicado en Portal de Revistas, Wolters Kluwer.. p.7

Cuando hablamos de garantías constitucionales, nos referimos a que la actuación encubierta, es una actividad prolongada en el tiempo, de larga duración, por lo que necesariamente conlleva a ciertas restricciones del derecho a la intimidad, que no son pretendidas por el agente encubierto pero resultan inevitables para el desarrollo efectivo de la infiltración.

Es cierto, que la esfera de la vida privada, la intimidad del investigado, no tiene por qué ser invadida por el agente. La mayor o menor incidencia en la intimidad de la persona con quien mantiene contacto, dependerá del grado de confianza que llegue a alcanzar con el sujeto. Así pues, si el agente se centra en mantener contacto y realizar negocios que lleven a evidenciar la comisión de un delito sin salirse del ámbito de la organización criminal, podría no interferir en esta esfera privada del sujeto.

Sin embargo, nada impide que llegado a un punto de la investigación, el agente tenga que adentrarse en la vida privada del sujeto, actuación que quedaría plenamente justificada por el fin que pretende conseguir, riesgo que asumible por un Estado de Derecho y siempre que exista proporcionalidad en la medida, por lo que tal afectación quedará justificada por la *originaria autorización judicial*.

Sin embargo, *el derecho a no declarar contra sí mismo y no declararse culpable* sí que podrá verse afectado en tanto si el infiltrado graba conversaciones incriminatorias del sujeto investigado. En este caso, este tipo de actuación no es consecuencia inmediata de la entrada del agente en la organización criminal. La intervención de comunicación o uso de algún medio que inexorablemente implique la incriminación del o los investigados, conlleva al estricto cumplimiento por parte del agente de la *necesaria autorización judicial*.

Dentro del ámbito de no declarar contra sí mismo y no declararse culpable, encontramos dos situaciones que pueden afectar al *derecho fundamental de defensa* del investigado que son;

A) En el supuesto de que el agente mantenga “diálogo o conversación “ bajo su identidad supuesta con algún sujeto de la organización o algún familiar que evidencien la comisión del delito.

El infiltrado podrá utilizar la información obtenida en base a conversaciones mantenidas con los sujetos, pero siempre que dicha información haya sido obtenida de manera espontánea por la situación en la que se haya encontrado, si bien, está información no podrá ser utilizada como medio de prueba cuando haya sido obtenida de manera capciosa, provocada o bajo coacción. Será la labor del Juez competente valorar y diferenciar los modos bajos los cuales se ha obtenido dicha información.<sup>29</sup>

---

<sup>29</sup>Anaya Marcos, Maria del Carmen, Trabajo de Fin de Grado “*Agente Encubierto*”, Universidad de Salamanca, Junio de 2015. p. 35

B) Casos en los que la “grabación” realizada por el infiltrado sea considerada como prueba en el acto del juicio oral, donde el agente podrá acudir como testigo para relatar aquello que presenció o escuchó en un momento determinado de la investigación.

Es una de las actuaciones más típicas del agente encubierto, en principio este acto es admisible en tanto precisa de una autorización judicial previa, por lo que dicha actuación está amparada por la Ley y a su vez, se garantiza el derecho de defensa y de un proceso debido para el investigado en virtud del art. 24.2 CE. Así pues, en estos casos es preciso que la actuación del infiltrado vaya acompañada de un control judicial anterior e individualizado para el caso concreto.

Mención especial merece la STS 3117/ 2016 de 10 marzo, en la que los recurrentes plantean la nulidad de las intervenciones telefónicas.

*“Consideran la falta de motivación del auto inicial de 3 de abril de 2012, de intervención telefónica, al haberse infringido el principio de necesidad y por tratarse de una medida prospectiva y desproporcionada que se basó en meras sospechas. El oficio policial, con base en el cual se dicta el auto, aportó datos inciertos e insuficientemente corroborados”*

*“Asimismo, afirman que tanto ellos como uno de los compradores no se reconocen como interlocutores de las llamadas. Entienden finalmente que la conexión de antijuridicidad determina que toda la prueba posterior, como las vigilancias y las entradas y registros, ha resultado contaminada por la originariamente ilícita.*

Como recuerda el Tribunal Supremo en su Sentencia de 25 de octubre de 2002<sup>30</sup> los indicios sobre los que ha de fundarse la autorización que habilite la intervención telefónica no tienen por qué ser del todo objetivos, ya que precisamente se trata de profundizar en una investigación de la que no se tiene suficiente información como para considerar con total certeza la sospecha de la comisión de un delito.

*“[...] han de ser superadas las meras hipótesis subjetivas o la simple plasmación de la suposición de la existencia de un delito o de la intervención en él de una determinada persona, pues en ese caso la integridad de la esfera de intimidad protegida por un derecho fundamental dependería exclusivamente de la voluntad del investigador [...]”*

Resulta lógico que en un momento inicial de la investigación se tengan indicios que conlleven a sospechar de un determinado grupo de sujetos.

Para que estos indicios sean lo suficientemente objetivos y determinantes en la investigación, se requiere dar un paso adelante en la infiltración. Este avance puede consistir en intervenir en sus conversaciones telefónicas, con previa autorización

---

<sup>30</sup> Mencionada en la STS 3117/2016 de 10 de marzo, p.2

judicial, siempre que su solicitud esté basada en indicios claros que sirvan de apoyo al órgano judicial para considerar razonable la sospecha de la comisión de un delito.

Por su parte, el *Tribunal Constitucional* coincide en lo que respecta en la exclusión hipótesis subjetivas y a las meras suposiciones. Afirma que estos indicios tienen que ser lo más objetivos posibles susceptibles de ser valorados desde una doble perspectiva: Accesibles por terceros para que puedan estar bajo la supervisión judicial y proporcionar una base real de las circunstancias que se dan en el caso concreto sobre las que se puedan tener sospecha de la comisión o posible comisión de un delito.

*Han de excluirse las investigaciones meramente prospectivas<sup>31</sup>, pues el secreto de las comunicaciones no puede ser desvelado para satisfacer la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos o para despejar las sospechas sin base objetiva que surjan de los encargados de la investigación, ya que de otro modo se desvanecería la garantía constitucional ( SSTC 49/1999 ; 166/1999 ; y 171/1999 ).*

*La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 8 de febrero de 1996 -asunto JOHN MURRAY<sup>32</sup>*

*Se trata de una deducción lógica en virtud de la técnica de la prueba indiciaria: si existen fondos cuantiosos de origen desconocido; si las personas que los poseen en condiciones poco ordinarias, requeridas para dar razón de su origen, no aciertan a dar explicaciones verosímiles de su adquisición [...] de aplicar un razonamiento a los datos objetivos y obtener unas conclusiones que cualquiera puede extraer.*

Diferente cuestión es la interceptación de comunicaciones orales en las que uno de los interlocutores es el policía infiltrado.

La información obtenida podrá ser utilizada como indicio para una nueva diligencia de investigación o bien, como fundamento de una sentencia condenatoria. Este engaño subyace en la autorización inicial, por tanto cuenta con un respaldo legal que impide ser considerado como una infracción al derecho fundamental de defensa del investigado.

En relación a ello, la *STS de 1 marzo de 1996* estableció

*Una grabación subrepticia de una conversación entre cuatro personas realizada por una de ellas sin advertírsele a los demás, no ataca a la intimidad ni al derecho al secreto de comunicaciones, ya que las manifestaciones realizadas representaban la manifestación de voluntad de los intervinientes que fueron objeto de grabación de manera desleal desde el punto de vista ético pero que no traspasan las fronteras que el ordenamiento jurídico establece para proteger el íntimo secreto*

*El secreto de las comunicaciones se vulnera cuando el sujeto que interviene, no está autorizado y llega a obtener la información mantenida por el resto de sujetos y no*

---

<sup>31</sup> *Ibid.*, p.2

<sup>32</sup> Invocada en la STS 466/2014 de 5 de febrero, p.9

*cuando uno de ellos se dedica a perpetuar por grabación lo que ha dicho el comunicante.*

En este sentido, aunque la grabación no haya sido autorizada por el emisor y aunque éste no sepa la verdadera identidad del receptor, no supone una violación al secreto de comunicaciones, ya que no ha sido interferido en base a lo dispuesto en el art. 18.3 CE, sino que se ha dirigido al sujeto que el emisor quería y quien estaba autorizado legalmente para llevar a cabo esa labor.

El riesgo a la vulneración de los derechos fundamentales de no declarar contra sí mismo y no declararse culpable existe cuando se plantea esta situación.

Sin embargo, si la única prueba en contra mantenida en el auto de instancia es esta grabación “autoinculpatoria” del emisor, estaríamos ante una ausencia de prueba, en base al art 11 LOPJ. Puesto que las pruebas habrían sido obtenidas vulnerando los derechos fundamentales del sujeto y por tanto se habría visto afectado su derecho fundamental a la presunción de inocencia.<sup>33</sup>



---

<sup>33</sup> García San Martín, Jerónimo, “Límites entre el Agente Encubierto, el Agente Provocador en la persecución de los delitos de tráfico de droga ”, *La Ley Penal*, nº107. Sección “Práctica Penal”, editorial La Ley, en Portal de Revistas, Wolters Kluwer, 2014.*Op. Cit* p.8

## **BLOQUE 3. El Agente Encubierto, el Agente Provocador y el Delito Provocado.**

La criminalidad organizada representa un grave problema social en la actualidad y por ello, requiere la adopción de técnicas especiales de investigación para combatir eficazmente este tipo de manifestación criminal.

La figura del agente encubierto o infiltrado, quien actúa bajo una identidad supuesta, tiene por finalidad infiltrarse en organizaciones criminales y hacer aflorar conductas delictivas, las que sin su intervención, resultarían difíciles de perseguir.

No obstante, debemos distinguir dos conceptos que tienden a confundirse, pero que son completamente distintos: *el agente provocador y el agente encubierto*.

Estas figuras están adquiriendo cada vez más relevancia por cuanto *su finalidad común es la de poner fin a la delincuencia organizada* y en concreto, aquellos delitos relacionados con el tráfico ilícito de drogas. Actualmente, estos delitos presentan una estructura más sofisticada y formas de ejecución de mayor complejidad, que requieren en aras de evitar una posible impunidad, formas de investigación y de persecución de los delincuentes lo suficientemente complejas para luchar contra la delincuencia organizada.

Como hemos venido afirmando, por “Agente Encubierto”, se entiende aquel funcionario o agente de la Policía Judicial que se infiltra en una organización criminal con la intención de recabar información y desarticularla.

La figura del “Agente Provocador” puede llegar a parecerse en determinados aspectos, como en el carácter personal e investigador al agente encubierto.

No obstante, no son pocas las ocasiones en las que se le atribuye la calificación de “Agente provocador” al Agente encubierto que se ha excedido en sus funciones y acaba provocando la comisión de un delito, actuación ilegal cuya consecuencia derivaría en el concepto propio de “*Delito provocado*”. Esta provocación consiste en que el agente encubierto induce a un sujeto a la comisión de un delito y éste lo acabe cometiendo, esto es el concepto de “Delito provocado”.

O bien, que el agente infiltrado provoque el acto ilícito, pero esta provocación sucede cuando el delincuente ya está resuelto a cometer el delito o incluso ha iniciado la propia ejecución del mismo, lo que es legalmente admisible a pesar de la confusa denominación de “Agente Provocador.”

En todo caso se hace necesario tener claro el concepto de “Delito provocado” a fin de distinguir la licitud o no de la actuación del agente sea este encubierto o provocador.

Siguiendo al penalista Peral's Calleja *“El denominado impropia'mente agente provocador se asemeja a la figura del agente encubierto en que se trata de un funcionario policial que se acerca a una organizaci3n [...] escondiendo su condici3n de funcionario p3blico y finge intervenir en el delito y de esta manera ”provoca” la consumaci3n del mismo. Se distingue de la figura del art.282 bis de la LECrim porque en este caso no se precisa de una previa autorizaci3n judicial, sino que se trata de un caso en el que el agente, al amparo del 282 bis y ss. LECrim, cumple su misi3n de averiguar el delito y descubrir al delincuente”.*

### **3.1 Aspectos delimitadores del Agente Encubierto y el Agente Provocador.**

En cuanto a los aspectos delimitadores fundamentales podr3amos afirmar que son los siguientes; Autorizaci3n Judicial y prop3sito en la investigaci3n.

El agente encubierto es una figura que est3 expresamente reservada a la Polic3a Judicial y act3a bajo una identidad supuesta, mientras que el agente provocador, no ha de ser necesariamente miembro de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Adem3s, no usa una identidad ficticia, sino que se dedica a actuar ocultando su condici3n de agente policial.

Para proceder a la investigaci3n, el agente encubierto requiere necesariamente de una autorizaci3n judicial consignando la identidad supuesta bajo la cual actuar3. Pero el agente provocador no precisa de ninguna identidad y por consiguiente no opera con previa autorizaci3n judicial.

Tambi3n es una diferencia clave para la distinci3n entre ambas figuras el prop3sito de la investigaci3n.

El agente encubierto tiene como finalidad infiltrarse en una banda organizada, recabando toda la informaci3n posible y poni3ndola en conocimiento en su integridad a la autoridad autorizante para evitar la comisi3n del delito.

El 3mbito de actuaci3n del agente provocador, no abarca grandes organizaciones criminales, sino grupos delictivos de menor dimensi3n como bandas callejeras. Su principal prop3sito de actuaci3n reside en detener al delincuente en el instante en el que pretende cometer el delito, participando en el “3ter criminis” e impidiendo el agotamiento del delito.

Por otro lado, el agente provocador, emplea medios enga3osos y finge intenciones irreales en la investigaci3n pero respecto una situaci3n delictiva

preexistente, es decir, descubre un ilícito que ya se ha iniciado y actúa cuando el delincuente decide cometer el delito.

Por tanto, se rechaza el delito provocado debido a que no existe ni tipicidad ni culpabilidad, porque toda la actuación del sujeto ha estado dirigida por el Estado a través de su agente.

Según la STS 1992/1993 *“Para la existencia del delito provocado es exigible que la provocación parta del agente provocador, de tal modo que se incite a cometer un delito a quien no tenía previamente tal propósito, surgiendo así en el agente todo el - iter criminis- desde la fase de ideación hasta la de ejecución.”*

En el mismo sentido la STS 575/2013, de 28 junio *“El Delito provocado aparece cuando la voluntad de delinquir surge en el sujeto, no por su propia y libre decisión, sino como consecuencia de la actividad de otra persona, generalmente un agente o un colaborador de los Cuerpos o Fuerzas de Seguridad, que, guiado por la intención de detener a los sospechosos o de facilitar su detención, provoca a través de su actuación engañosa la ejecución de una conducta delictiva que no había sido planeada ni decidida por aquél [...]”*

### **3.2. La Responsabilidad Criminal del Agente Encubierto.**

La infiltración policial está sujeta a límites infranqueables a los que ha de ajustarse el Agente Encubierto cuando actúa dentro de una organización criminal. Es posible que durante la investigación, el agente esté legitimado para llevar a cabo determinadas conductas que se exceden de su actuación legítima y que son plenamente sancionables por el Estado.

El art. 282. Bis 5 párr. 1º LECrim *“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 misma y no constituyan una provocación al delito.”*

Cabe destacar que la Ley de Enjuiciamiento Criminal, permite determinadas conductas y la comisión de ilícitos penales. No obstante, llevar a cabo estos ilícitos implica el ajuste necesario de la actuación a los principios de proporcionalidad y necesidad.

Por tanto, estará exento de responsabilidad criminal, el agente que haya llevado a cabo conductas que sean consecuencia necesaria de la investigación y a su vez, que sean proporcionales a la finalidad de la infiltración y no supongan una provocación por parte del agente a la comisión del delito.

No obstante, este precepto no significa que el agente esté autorizado para delinquir, sino, por el contrario, se refiere a que su actuación es necesaria para simular actuaciones delictivas de colaboración para engañar a la organización criminal y conseguir información<sup>34</sup>. Esta salvedad se realiza para garantizar la protección del agente y preservar su vida e integridad física.

La exención de responsabilidad, exige la concurrencia de cinco circunstancias: Policía Judicial autorizado, delitos del art. 282. Bis 4 LECrim, no se trate de un delito provocado, requisito de necesidad y proporcionalidad en la medida.

a) *El Agente Encubierto ha de tratarse de un funcionario de la Policía Judicial autorizado.* No sería de aplicación el art.282 Bis 5 a un miembro de la Policía Judicial que bajo las mismas circunstancias que el Agente Encubierto y actuando de la misma manera no se le hubiese otorgado la oportuna habilitación legal para actuar de manera ilícita y vulnerando algún derecho fundamental.

b) *Tiene que tratarse de la investigación de alguno de los delitos establecidos en el art. 282 Bis 4 LECrim.*

c) *No se trate de un delito provocado.* Nos encontramos ante una inducción al delito (art 28 CP) por parte del agente provocador que incita a perpetrar una concreta infracción criminal a aquel que no tenía de manera originaria tal propósito. Al respecto, se ha pronunciado la jurisprudencia en tanto que estos agentes han de ostentar la posición de coimputados o cómplices en relación con el delito provocado.

d) *Requisito de necesidad,* en tanto que la actuación ilícita del Agente Encubierto ha sido consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación. A falta de este requisito de necesidad, no se aplicará el criterio de exención de responsabilidad.

Para llegar a la conclusión sobre si esta actuación ilícita está exenta de responsabilidad criminal, se realizará una valoración desde un punto de vista *ex ante*, es decir, valorando objetivamente las circunstancias que se le presenten al Agente Encubierto en el caso concreto.

e) *La proporcionalidad* exigida ha de ser valorada en virtud de la finalidad que persigue la infiltración policial. Por ejemplo, si el agente mata por la espalda a un secuestrador de la organización en la que se ha infiltrado para liberar a 7 rehenes, no hay que examinar si la muerte se ha llevado a cabo como causa de justificación (legítima defensa) sino si es proporcionado matar para liberar a 7 rehenes bajo amenaza seria de muerte.<sup>35</sup>

En relación a la responsabilidad criminal la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pone de relieve la necesidad de que el órgano competente, distinto al que autorizó la actuación

---

<sup>34</sup>Anaya Marcos, María del Carmen, Trabajo de Fin de Grado “*Agente Encubierto*”, Universidad de Salamanca, Junio de 2015. p. 73

<sup>35</sup>López Barja de Quiroga, Jacobo. Vocal del Consejo General del Poder Judicial, Responsabilidad Penal, Proceso Penal “*El Agente Encubierto, LEY, 1999-2*”p.2

encubierta, requiera un informe del mismo por el que se otorgó la identidad supuesta al agente.

La adopción de este informe de carácter preceptivo es un requisito necesario para proceder penalmente contra el Agente Encubierto.

El art. 282. Bis 5 párr. 2º LECrim establece;

*Para poder proceder penalmente contra el mismo (Agente Encubierto) por las actuaciones realizadas a los fines de la investigación, el Juez competente para conocer la causa deberá, tan pronto tenga conocimiento de la actuación de algún agente encubierto en la misma, requerir informe relativo a tal circunstancia de quien hubiere autorizado la identidad supuesta, en atención al cual resolverá lo que a su criterio proceda.*

La determinación de la responsabilidad penal del Agente Encubierto se lleva a cabo en un doble proceso.

En primer lugar, el informe que emite el órgano inicial por el cual se concede la identidad supuesta, no decidirá sobre la necesidad o proporcionalidad en la actuación de agente, sino que sólo valorará los indicios y circunstancias en que se desarrolla la infiltración policial. Por otro lado, es competencia del Juez instructor del segundo proceso decidir si las acciones llevadas a cabo por el agente durante la infiltración están amparado o no por el art. 282.Bis 5 LECrim.

Por tanto, para depurar la responsabilidad penal o civil del agente, se abre un proceso penal diferente de aquel por el que se acordó la identidad supuesta. En base a este nuevo proceso, el Juez instructor competente deducirá del informe requerido todas las actuaciones de carácter ilícito realizadas por el agente examinando si concurren los requisitos de necesidad y proporcionalidad en la medida que se adoptó.

En el caso de que se trate de un proceso ordinario por delito, el juez de instrucción competente recabará el informe requerido del órgano judicial que autorizó la infiltración policial, y concluido el sumario por el que se investigan los hechos cometidos por el agente, el juez del segundo proceso remitirá el informe al Magistrado de la Audiencia Provincial para que decida sobre la apertura del juicio oral o bien, el sobreseimiento de la causa.

Si el Agente Encubierto ha cometido un delito con una pena privativa de libertad no superior a 9 años, se procederá a la apertura de las diligencias previas y el juez encargado de la investigación una vez haya remitido el informe del órgano que autoriza la medida, el que decidirá el sobreseimiento o no de la causa. En caso contrario, si el juez deduce del informe que concurren los requisitos que establece el art. 282.bis5, se

acordará el archivo de la causa, que será recurrible en base a lo que establece la LECrim.<sup>36</sup>

### 3.3 La prueba provocada.

La prueba obtenida y proporcionada por el Agente Encubierto tiene valor en el proceso penal correspondiente. Lógicamente, cuando estas pruebas son obtenidas de manera ilícita y vulnerando los derechos fundamentales del investigado, la prueba es ilegalmente obtenida y por tanto, no puede ser utilizada.

Lo mismo ocurre cuando el agente infiltrado no está exento de responsabilidad criminal en virtud del art. 282. Bis 5 párr.1 porque ha llevado a cabo una actuación ilícita y por ello, la prueba obtenida no es legal.

El problema surge cuando se ha obtenido la prueba realizando una actuación delictiva sin llegar a vulnerar los derechos fundamentales y el agente infiltrado se ha declarado exento de responsabilidad criminal en relación a ella.

Considérese el caso resuelto en la sentencia de 23 de enero de 2001<sup>37</sup>, en el que un agente encubierto simula ser un consumidor de sustancias estupefacientes y pregunta al investigado por la persona que le pueda ofrecer o facilitar la droga, regresando al poco tiempo el investigado con una papelina ofreciéndosela al agente logrando este último su detención.

La Sala justifica la condena afirmando:

*No existe provocación al delito, sino que se trata de un delito ya consumado antes de que el agente interviniera. Al hacerse este pasar por un cliente más preguntado quien vendía la droga, su actuación no ideó la idea criminal del acusado porque este no está integrado por la venta de la papelina al Agente sino por la previa posesión de la misma para transmitírsela a un tercero.*

*Por lo tanto, no hubo provocación del delito sino descubrimiento del delito ya consumado pues lo sucedido obliga a deducir que el acusado poseía la papelina de antemano para venderla.*

Con ello considero de acuerdo con Revero de Toro, que hubo exceso de valoración penal de los hechos por parte del Juez, puesto que el objeto único de valoración fue el relativo al último acto realizado por el agente infiltrado, no existiendo

---

<sup>36</sup>Zafra Espinosa de los Monteros, Rocío, "El Policía Infiltrado, los presupuestos jurídicos en el proceso penal español" op. Cit., p.426

<sup>37</sup> De Urbano Castrillo, Eduardo y Torres Morato, Miguel Ángel, "La prueba ilícita penal", Thomson Reuters Aranzadi, 6ª edición, Navarra 2012 citado por Revello de Toro Cabello, Juan en "La delimitación entre provocación policial y delito provocado" Universidad Internacional de Andalucía, 2013. p.29

antes de esta actuación actividades delictivas de mayores indicios. El hecho de que el investigado dispusiera de una papelina, no justifica que sea la única prueba de cargo sobre la preexistencia del delito sino que cabe la posibilidad de que el provocado pudiera obtener un beneficio económico a un tercero debido a que la zona en la que fue detenido era frecuentada por consumidores de droga y quisiera vender la papelina al agente por venderla más cara y por dedicarse a esta actividad ilícita previamente. Además de que no constaban antecedentes de este individuo de que se hubiera dedicado al tráfico de drogas.

Por ello, la prueba obtenida plantea problemas de licitud puesto que se afirma por el abogado Ruiz Antón;

“Los hechos objeto de valoración penal por el Juez son exclusivamente relativos al último acto provocado por los servicios policiales y no se extiende a anteriores actividades delictivas. Cuando ello suceda, en realidad estamos ante un delito provocado.”<sup>38</sup>

Por lo que esto sucederá cuando previamente a la actuación policial, los indicios existentes no sean más que los derivados de la provocación del agente y que además, está última actuación provocada no contribuyó en ningún momento a acreditar o justificar anteriores actividades criminales del sujeto.

Lo cierto es que sólo lo aportado por el agente provocador fue el objeto único y directo de valoración por parte del órgano jurisdiccional y puede reprocharse la falta de mayores datos fácticos y racionales precedentes del investigado como para poder considerarlo autor o participe de un delito.

Para un cumplimiento estricto del art. 282 LECrim en el ámbito de la investigación y en tanto una de las obligaciones principales de la Policía Judicial que es;

“[...] practicar las diligencias necesarias para comprobarlos y descubrir a los delincuentes, y recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito [...] poniéndolas a disposición de la Autoridad Judicial.”

Se requiere una mayor exigencia en los modos de investigación mediante conductas o medios más efectivos que no pongan de primeras en duda la honradez de una persona con la consecución de un “éxito policial” basado en una actuación provocada con la consecución del descubrimiento de un delito, quizás, demasiado temprano y arriesgado.

---

<sup>38</sup> Citado en Revello del Toro Cabello, Juan. *“La delimitación entre provocación policial y delito provocado”*, Universidad Internacional de Andalucía, 2013. p.22

### **3.4. El tratamiento del delito provocado y la provocación policial en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y Tribunal Europeo de Derechos Humanos.**

La figura del delito provocado está siendo objeto de atención no sólo por parte de la jurisprudencia, sino también por otros sectores jurídicos debido al uso y abuso que las fuerzas policiales vienen ejecutando como “agente provocador” con el fin de conseguir el reconocimiento frente al delito.

En ocasiones, la línea divisoria entre el Agente Encubierto y el Agente Provocador es de difícil distinción. No obstante, no toda actuación del Agente Provocador está prohibida, sino sólo aquella que crea un delito que antes de la intervención del agente no estaba planeada por su autor, es decir, cuando la resolución delictiva hasta ese momento era inexistente.<sup>39</sup>

*En relación a ello, el caso Prado Burgallo contra España (demanda nº 12218/09 de 10 de marzo).*

En el marco de una investigación judicial referido al tráfico de drogas, la policía española interceptó en aguas internacionales un barco de pesca llamado “*Tatiana*”, que atrató junto otro barco llamado “*Agios Constandinos*”, pilotado por un agente infiltrado de la policía española, que le traspasó un cargamento de cocaína.

Con previa autorización judicial, los agentes registraron el “*Tatiana*” e incautaron cuarenta bultos de cocaína y detuvieron a sus siete ocupantes.

*La demanda sostenía que la intervención de los agentes infiltrados había provocado la comisión del delito, pero la Audiencia Nacional consideró contrarias las alegaciones del demandante puesto que el comportamiento delictivo había sido anterior a la intervención de los agentes.*

En efecto, el TEDH señaló por su parte que el plan para transportar la droga

*[...] había sido previamente concebido y puesto en marcha por los autores del delito [...] cuando la organización criminal le propuso a uno de los agentes infiltrados comprar un barco para el transporte de la cocaína, ya estaba en posesión de la droga [...]*

---

<sup>39</sup> *Ibid.* p. 4

Por tanto, podemos afirmar que el comportamiento delictivo existía previamente a la intervención de los agentes infiltrados. Los agentes no crearon ningún tipo de voluntad en el demandante ni en el resto de ocupantes para cometer el delito, sino que el propósito de atentar contra la salud pública ya había nacido libremente en los sujetos de la organización criminal.

El agente infiltrado “se limitó a seguir las instrucciones dadas por las organizaciones criminales en cuanto a la travesía seguir [...]”

Por lo que en ningún momento desvió su actuación a que los sujetos procedieran a la comisión del delito, sino que se dedicaba a recibir y cumplir las instrucciones que le emitía la banda criminal y su vez, intercambiaba información con el resto de agentes para desarticular la trama.

Ya fue advertida por el Tribunal Supremo la necesidad de tener que indicar que no toda intervención de un agente en la averiguación del delito, en especial de tracto sucesivo (tráfico de drogas) encierra el supuesto de delito provocado, pues según el TS:

[...] *considerar dicha solución implicaba automáticamente la impunidad del provocado. Si se estima que estamos ante un delito provocado, porque el último eslabón era la consecuencia de la intervención policial que con su actuación daba ocasión a que se llevase a cabo el hecho, de antemano habría que excluir la posibilidad de exigir responsabilidad criminal al sujeto indicado*<sup>40</sup>

De modo que la doctrina realizó una distinción entre “delito provocado”, que es castigable, y el delito preexistente descubierto por iniciativa del agente policial que simula aceptar su participación en el delito a fin de que aflore la actividad criminal, como mecanismo para descubrir su comisión, que es impune.

En este sentido, el TEDH recuerda la jurisprudencia del Tribunal Supremo referida a la distinción entre “delito provocado” y “delito constatado”.

El *delito provocado*, como hemos venido afirmando, aparece cuando la voluntad de delinquir del sujeto surge, no por su propia y libre decisión, sino como consecuencia de la actividad de otra persona (STS 575/2013, de 28 de junio.)

Respecto al *delito constatado o comprobado*, el agente infiltrado no tiene intención de promover el delito sino que se limita a recabar información y pruebas de la práctica de una actividad ilegal ya cometida, sobre la que únicamente tiene sospechas. En el delito constatado o comprobado, la decisión del autor del delito es espontánea y nace de su libre voluntad.

---

<sup>40</sup>Ruiz Antón, Luis Felipe citado por Revello del Toro Cabello, Juan. “*La delimitación entre provocación policial y delito provocado*”, Universidad Internacional de Andalucía, 2013. p.8

En relación con el “delito provocado” y el “delito constatado comprobado” han surgido numerosas sentencias respecto su fundamento jurídico, es decir, cuando un agente encubierto se excede en su conducta de intervención provocando una influencia en el investigado hasta el punto de que este llegue a cometer el delito.

*STS 395/2014, de 13 de mayo* precisa igualmente:

*El delito provocado se integra por una actuación engañosa del agente policial que supone una apariencia de delito, ya que desde el inicio existe un control absoluto por parte de la policía. Supuesto distinto es la actividad del agente tendente a verificar la comprobación del delito. No puede pues confundirse el delito provocado instigado por el agente con el delito comprobado a cuya acreditación tiende la actividad policial [...]*<sup>41</sup>

De tal modo que la jurisprudencia afirma que, estaremos ante un delito provocado y con ello, ante un agente provocador, en el momento en que la actuación de este agente sea previa a los actos constitutivos de delito por parte de su autor o autores.

*La reciente STS 1546/2016, de 6 de abril, invoca la doctrina del delito provocado y su limitación práctica respecto del agente encubierto.*

La defensa alega a la doctrina del delito provocado entendiendo que la condena lesionaría el principio de interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos (art.9.3CE), así como los derechos a la presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva.

En relación con el *principio de interdicción de arbitrariedad*, la defensa argumenta que la actuación del agente encubierto en un principio, no estuvo amparada por la correspondiente autorización judicial:

*La habilitación jurisdiccional no llegó hasta la resolución de 10 de septiembre de 2013, siendo así que el agente ya había contactado con la organización mediante acercamientos que culminaron con la creación conjunta de una dirección de correo electrónico. El 4 de septiembre, en efecto, el agente policial se había ofrecido a colaborar en la extracción de maletas conteniendo estupefacientes desde el aeropuerto.*

Cabe la necesidad de destacar el momento exacto en el que el agente precisa de manera inexorable la autorización judicial para proceder a la investigación de la banda criminal.

---

<sup>41</sup>Arriero Espés, Sara “El delito provocado” “Última ratio, el blog de Sara Arriero Espés”. Todo a propósito de la sentencia del T.S., Sala II de 24 de abril de 2014, cuyo Ponente es el Excmo. Sr. Don Antonio del Moral García. 22 mayo de 2015 p.1

El art. 282 bis LECrim establece implícitamente las actuaciones que ineludiblemente reclaman esa autorización: *la utilización de identidad supuesta y la adquisición o transporte de los efectos del delito sin proceder a su incautación, lo que sería obligado si no mediase esa autorización judicial.*

Por lo que, ¿Tendría que haber estado respaldado el agente por una autorización judicial en el momento en que se puso en contacto con los delincuentes? Partimos de la base de que la autorización resulta imprescindible cuando se va a vulnerar algún derecho fundamental de los investigados. Es cierto que el simple acercamiento y contacto con aquellos radica en una posible injerencia a sus derechos fundamentales en tanto actúa con engaño o simulación para un primer contacto.

El derecho a la “*autodeterminación informativa*” puede ser el primer derecho afectado, pero no toda incidencia en ese derecho reclama inexorablemente habilitación judicial tal y como demuestran las simulaciones policiales investigadoras de corta duración.

*Pues bien, según entiende generalizadamente la doctrina y unánimemente la jurisprudencia, el acercamiento y el contacto con los sujetos de la banda organizada para ganarse la confianza, no son actos que precisen de una habilitación legal.*

Ahora bien, la autorización judicial resultó necesaria en el momento en el que se tuvieron suficientes indicios racionales de que se iba a realizar una operación delictiva, en concreto el 4 de septiembre, momento en el que se recaban los suficientes indicios para solicitar una habilitación fundada en los hechos que se pretenden investigar y para lo que se precisa la intervención de las comunicaciones.

Por tanto, el Tribunal Supremo no estima el motivo promovido por la defensa en tanto a la infracción del principio de interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos, argumentando que en el momento en que se disponía el agente a una primera toma de contacto para ganarse la confianza, así como para dialogar en lo relativo al correo electrónico para la realización del delito “*No se había traspasado el umbral de la investigación previa admisible.*” No era necesaria la habilitación legal para la actuación del agente porque no se infringe ningún derecho fundamental de los investigados.

En este sentido, cabe destacar que no toda intervención policial o provocación, si se considera engañosa, es causa de un delito provocado sino que, según el Abogado Juan Revello; *el descubrimiento de un hecho punible es causa de un “Delito Provocado” cuando la conducta del agente origina la voluntad delictiva en quien no albergaba decisión de cometer delito y el sujeto termina ejecutando el delito o el menos iniciándolo.*

Por lo que se puede afirmar que si la actuación de los servicios y cuerpos de seguridad va dirigida a provocar un delito que previamente estaba decidido, de manera libre y espontánea, por parte de su autor, la actuación por parte de los agentes será lícita y amparada por las obligaciones que la Ley impone a los miembros de la Policía.

La STEDH de 1 de marzo de 2011, Caso L alas contra Lituania, con cita de otra STEDH en el caso Ramanauskas contra Lituania, de 5 febrero de 2008, que expresan:

*Se considera que ha tenido lugar una incitación por parte de la policía cuando los agentes implicados (...) no se limitan a investigar actividades delictivas de una manera pasiva, sino que ejercen una influencia tal sobre el sujeto que le incitan a cometer un delito que, sin esa influencia, no se hubiera cometido, con el objeto de averiguar el delito, esto es, aportar pruebas y poder iniciar un proceso.*

La citada sentencia Ramanauskas contra Lituania, afirmaba "...el interés público no podría justiciar la utilización de datos obtenidos tras una provocación policial", pues tal forma de operar es susceptible de privar definitivamente al acusado de su derecho a un proceso equitativo.<sup>42</sup>

Por tanto, se debe rechazar el empleo del delito provocado como técnica de intervención de los poderes públicos para garantizar la seguridad de los ciudadanos en tanto se excede de los límites establecidos en el apartado 5 del art. 282. Bis LECrim y por su completa incompatibilidad con los principios informadores del ordenamiento jurídico propios de un Estado de Derecho.

Hay que evitar la sospecha de que cualquier individuo puede ser susceptible de cometer o estar cometiendo un delito y que para descubrirlo se emplea la figura del agente provocador, es decir, sino que la seguridad de un Estado de Derecho está en manos de alguien que lo defiende ajustándose a los límites y normas del su ordenamiento jurídico y no provocando delitos para luego reprenderlos.

---

<sup>42</sup> Arriero Espés, Sara "El delito provocado" "Última ratio el blog de Sara Arriero Espés". Todo a propósito de la sentencia del T.S., Sala II de 24 de abril de 2014, cuyo Ponente es el Excmo. Sr. Don Antonio del Moral García. 22 mayo de 2015 Op.Cit p.1

## Bloque 4. El Agente Encubierto Informático.

Según fuentes del Ministerio del Interior, el 95% de los “ciberdelitos” quedan impunes. Cada vez son más los contenidos de carácter delictivo que transitan por la red y que lo hacen en las zonas no detectables de Internet, conocidas como “Deep web”<sup>43</sup>.

Ello necesitaba de una regulación específica que permitiera la investigación de esta modalidad delictiva, siendo esencial la actuación policial mediante la figura del agente encubierto para el descubrimiento y persecución de los delitos cometidos en la red, en la que los presuntos delincuentes fácilmente pueden ocultar su personalidad.

La figura del Agente Encubierto Informático está regulada en los números 6 y 7 del art.282.Bis de la LECrim, que se introdujo formalmente con Ley Orgánica 13/2015 de 5 de octubre, *de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas*.

El primer precedente parlamentario de esta figura se remonta al año 2011, mediante una moción del grupo Popular que instaba al Gobierno la redacción de un proyecto de ley de modificación de la LECrim y del Código Penal para regular el agente encubierto informático, si bien ya había sido tratado por el Tribunal Supremo en varias resoluciones, entre las que destaca la S. de 3 de octubre de 2007 (STS 6202).

Aunque no era el único, el interés parlamentario de regular esta figura estaba dirigido a *la persecución del delito de pedofilia en las redes informáticas* y demás especialidades delictivas establecidas en los artículos 183 y siguientes del Código Penal, coordinadamente tipificados con esta figura tras reforma de la Ley Orgánica 1/ 2015 del CP.

No existen, pues, diferencias con lo que podríamos denominar *agente encubierto físico*, si bien cabe entender que el concepto de *identidad supuesta* deberá referirse más bien a *nicks* y apodos con los que se identifique el agente, que igualmente deberán o deberían ser autorizados por el Juez competente, así como los perfiles y foros ficticios generados por el agente, aunque indudablemente, estos nicks o apodos no son precisamente identidades supuestas.

A la redacción del artículo 282 Bis se añaden tras la reforma de la L.O 13/2015 los siguientes números:

---

<sup>43</sup> Europa Press, *Eco-diario.com*, “interior crea el agente encubierto 2.0 para combatir la impunidad en Internet”, 1 de noviembre de 2015.

*6. El juez de instrucción podrá autorizar a funcionarios de la Policía Judicial para actuar bajo identidad supuesta en comunicaciones mantenidas en canales cerrados de comunicación con el fin de esclarecer alguno de los delitos a los que se refiere el apartado 4 de este artículo o cualquier delito de los previstos en el artículo 588 ter a.*

*El agente encubierto informático, con autorización específica para ello, podrá intercambiar o enviar por sí mismo archivos ilícitos por razón de su contenido y analizar los resultados de los algoritmos aplicados para la identificación de dichos archivos ilícitos.*

*7. En el curso de una investigación llevada a cabo mediante agente encubierto, el juez competente podrá autorizar la obtención de imágenes y la grabación de las conversaciones que puedan mantenerse en los encuentros previstos entre el agente y el investigado, aun cuando se desarrollen en el interior de un domicilio.*

Creemos que en este aspecto la reforma ha sido insuficiente y debería haber sido más concreta respecto a la identidad supuesta del agente que tiene que actuar en la red, puesto que no concreta si la identidad supuesta otorgada por el Juez Instructor es la que el agente encubierto informático utiliza para la investigación criminal o bien, es la identidad de la que sirve para chatear y comunicarse con otros sujetos, lo que se conoce como el nick.

Por otro lado, existe el mandato legal de que este tipo de agente encubierto informático, al igual que el agente físico, ve limitada su actuación en la prevención de la delincuencia organizada- Art.282BIS.4º, por lo que quedaría excluida su figura de numerosa casuística delictiva precisamente porque el tipo de delito de pedofilia tiene una notable incidencia en presuntos “lobos solitarios” pedófilos.

Igualmente, a pesar de que el interés parlamentario para regular esta figura residía fundamentalmente en perseguir la pedofilia, no existe constancia expresa alguna en el apartado 4 del ya expresado del artículo 282.bis a los artículos 183, 183 BIS, 183 quater, 184, 185 y 186 del CP.

El interés legislativo tan minucioso de regular prácticas de investigación constitucionalmente aceptadas desde hace años, no encaja bien con estas ausencias normativas que hemos expuesto.

Por ejemplo, el Tribunal Supremo se tuvo que pronunciar en la Sentencia ya aludida de 3 de octubre de 2007, sobre la legitimidad de un agente informático encubierto que tuvo que actuar en su investigación con el *nick* “rata” hasta poder procesar a un sujeto por un delito del art.189.1 del CP, al que finalmente resultó condenado.

Aquella personalidad “rata” no provocó ni siquiera la reacción del procesado en referencia a una falsedad de identidad del agente y dirigió su defensa alegando la existencia de delito provocado por parte del agente infiltrado.

Esta misma sentencia tiene un interés relevante en cuanto a que efectúa una clara matización que creemos, tendrá trascendencia notable en referencia a los delitos informáticos y las organizaciones criminales. El Ministerio Fiscal justificó la actuación del agente encubierto informático a pesar de que el procesado actuaba sin formar parte de grupo de delincuencia organizada.

Si se parte de la evidencia de la presunción en casos de pedofilia en la red de que se actúa de forma coordinada y organizada mediante la emisión y recepción de archivos entre tres o más personas, o la simple participación de una de éstas en una plataforma de pornografía infantil con varios usuarios, siempre existirá la excusa legal de poder utilizar al agente encubierto, aunque finalmente no exista un grupo de delincuencia organizada: *basta con que resulte presumible la existencia de una organización delictiva- en estos casos, siempre existirá la posibilidad de ampararse en tal presunción- para poder valerse del agente encubierto en la red.*

Expresamente la reforma permite al agente a la remisión y recepción de archivos ilícitos, lo que dejará de ser fuente de defensa de los presuntos “ciberdelincuentes” al amparo del delito provocado. (Art. 282. Bis 6 párr.2 LECrim). En cuanto a la duración de estas investigaciones oscila, según el caso concreto, entre seis meses y dos años.

El intercambio de archivos de esta índole es la única manera de acceder por el agente a este tipo de plataformas. Nadie podrá acceder a ellos sin una demostración de “buena fe” consistente en la remisión de estos archivos, algo que no desconocía el legislador.

Del mismo modo, el agente infiltrado podrá grabar conversaciones así como fotografías y videos que mantenga con el sujeto que puedan tener lugar en el propio domicilio del investigado. Para todas estas medidas, también es necesario disponer de la previa habilitación legal del Juez Instructor competente.

La incautación de los ordenadores u otros dispositivos electrónicos de los investigados, la ley establece que “se realice el sellado o firma electrónica que valide la información volcada desde el sistema central”.

Con ello, se quiere garantizar que nadie acuse a los agentes de manipular estos dispositivos.<sup>44</sup>

Evita también el legislador cualquier conflicto relativo a la obtención de datos de interés en los domicilios de los presuntos delincuentes, lo que supone igualmente y en atención al tipo de delitos que se persiguen, una atenuación al constitucional derecho de inviolabilidad del domicilio que ha de claudicar ante otros bienes jurídicos exactamente

---

<sup>44</sup>. Goicoechea, Nieves “Los agentes encubiertos podrán usar archivos ilegales bajo orden judicial”, *Cadena Ser*, Madrid, 1 junio de 2015.

iguales en rango, o incluso más acreedores de protección, como pudieran ser los derechos de la infancia.

No obstante, Federico Bueno de la Mata<sup>45</sup>, Profesor de Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca, indica que la única novedad radica en el carácter informático del agente, pues ya desde la infiltración de “el lobo” en la organización terrorista E.T.A existe suficiente doctrina jurisprudencial que ampara la existencia del agente infiltrado para la persecución de determinados delitos. Añade el mismo profesor que a pesar de quedar cubierta esta laguna en cuanto al medio informático en el que se desarrollan estos delitos, no queda suficientemente claro cómo y de qué manera podrán ser utilizados por el agente los archivos ilícitos.



---

<sup>45</sup> <https://masterabogacia-umh-icae.edu.umh> *Agente informático. Reforma #LECrím.*” publicación la página de la Universidad Miguel Hernández de Elche , jueves 17 de diciembre de 2015

## Conclusiones.

Como resultado de nuestras investigaciones hemos alcanzado diversas conclusiones que debidamente presentamos a continuación:

*PRIMERA.*- El crecimiento de las nuevas formas de delincuencia organizada en nuestra sociedad ha dado lugar al establecimiento de medidas procesales que regulan la investigación encubierta. Estas medidas alcanzan a su vez, un equilibrio entre la efectividad sancionadora estatal y el respeto a las garantías y derechos fundamentales del sujeto o sujetos sometidos a la investigación. El sistema procesal penal español ha incorporado en su legislación por medio de la LO 5/1999 de 13 de enero el Agente Encubierto. Esta figura se encuentra regulada en el art.282 Bis de la LECrim como un medio de investigación extraordinario de delitos cometidos en el seno de una organización criminal.

*SEGUNDA.*- El avance de los nuevos métodos de criminalidad perteneciente al ámbito de la delincuencia organizada, art. 282. Bis 4 LECrim, como el terrorismo, blanqueo de capitales, el narcotráfico, así como los delitos cometidos en Internet, art. 282.bis 6y7 LECrim, hicieron necesario profundizar en la creación de nuevas prácticas de infiltración policial. En ellas, la figura del Agente Encubierto actúa como una técnica especial de investigación cuya finalidad principal es la de infiltrarse en grupos organizados, bajo una identidad supuesta, para conocer a fondo sus secretos y poder investigar y prevenir la comisión de un delito siempre que la gravedad de los hechos esté constatada y cuando el delito no podría haber sido interceptado de otra forma.

*TERCERA.*- El Agente Encubierto es un miembro de la Policía Judicial, que mediante técnicas de simulación y engaño, logra recabar información del grupo criminal infiltrado poniéndola de forma inmediata a disposición del Juez de Instrucción competente que autorizó su infiltración y en consecuencia, lograr el enjuiciamiento criminal de los sujetos investigados responsables. Esta actuación encubierta, se ejecutará conforme las reglas de un proceso penal garantista, es decir, el Agente Encubierto deberá ajustar su conducta al respeto de los principios de legalidad, especialidad, proporcionalidad y control judicial sobre el que se asientan las bases de un Estado de Derecho.

*CUARTA.*-En la actuación encubierta se protegen las garantías constitucionales, por lo que es primordial que en la infiltración policial, se respeten los derechos fundamentales de los sujetos investigados. Ahora bien, estas garantías de respeto a los derechos no es absoluta, puesto que hay casos en los que es necesario restringirlos para garantizar la plena eficacia de la investigación y para preservar la seguridad colectiva.

*QUINTA.*- La investigación encubierta siempre va a estar sujeta a control judicial, es decir, el Juez siempre tendrá la última palabra tanto al inicio de la infiltración policial como en el momento en que se celebre el juicio oral. Si bien es cierto, que la actuación del Agente Encubierto no será válida sino cuenta con la debida autorización judicial que le otorgue la identidad supuesta y le habilite para llevar a cabo actos que supongan una injerencia en los derechos fundamentales del sujeto o sujetos investigados. Esta protección por parte del Estado, no sólo surte efecto en los presuntos delincuentes investigados, sino que también se aplica al Agente Encubierto puesto que resulta lógico que el Estado tenga la obligación de proteger la vida e integridad física del agente cuando testifique en el proceso penal, manteniendo su identidad supuesta mediante resolución motivada. (LO 19/94, 23 de diciembre de Protección a Testigos y Peritos en causas criminales.)

*SEXTA.*- El Agente Encubierto, estará exento de responsabilidad criminal cuando realice actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, cuente con la debida autorización judicial y sus actuaciones sean proporcionales a los fines de de la investigación. Incurrirá en responsabilidad criminal, cuando no cumpla con las exigencias mencionadas y sobretodo, cuando sea el causante de la comisión del delito por parte del investigado. En nuestro ordenamiento jurídico es ilícita toda práctica ejecutada por el Agente Encubierto destinada a hacer nacer la voluntad en el sujeto investigado la comisión de un delito cuando este no estaba predisposto a cometerlo, esto es el concepto de “Delito Provocado.”

La clara distinción entre “Agente Encubierto” y “Agente Provocador”, reside en que es legalmente admisible en nuestra legislación que la provocación suceda cuando el investigado ya está predisposto a cometer el delito o bien, haya iniciado su ejecución. Lo que no es admisible es la provocación al delito por medio de la inducción ejecutada por el Agente Provocador.

*SÉPTIMA.*- En lo relativo a las pruebas obtenidas por el Agente Encubierto, tienen que ser admitidas en el proceso para que el Juez las valore. No obstante, si estas pruebas se han obtenido vulnerando algún derecho fundamental, no podrán ser valoradas. Si la prueba se ha obtenido sin infringir ningún derecho fundamental, habrá que atender a las circunstancias sobre si se trata de una prueba obtenida mediante una

provocación al delito o bien, la deducción de si el sujeto ya estaba decidido a cometer el delito. Por ello, la prueba obtenida por el Agente Encubierto normalmente plantea problemas en su valoración en tanto que no suele darse una distinción clara sobre la forma en la que se ha obtenido. Si el sujeto llevó a cabo un último acto como consecuencia de la provocación del agente, esta prueba habría sido obtenida ilícitamente y no podría ser valorada, pero si los hechos objeto de valoración se fundamentan en otros anteriores al último acto, podría considerarse que la prueba es válida porque garantiza la predisposición del sujeto investigado de querer cometer el delito.

*OCTAVA.*- La investigación encubierta se centra en exclusiva en los delitos pertenecientes al crimen organizado, art. 282. Bis 4 LECrim. Sin embargo, se ha optado por la regulación de la investigación encubierta de aquellos delitos que tengan lugar en Internet, ya que cada vez hay más delitos de carácter informático en el que el delincuente oculta su personalidad para cometer delitos en la red, art.282 Bis 6 y 7 LECrim, que requieren de la actuación encubierta para prevenirlos y castigarlos.

*NOVENA.*- Resulta lógico que en un Estado de Derecho existan ciertas discrepancias sobre la utilización de la figura del agente encubierto para el descubrimiento de delitos. Para garantizar la infiltración policial, el Agente Encubierto se sirve de medios de simulación y engaño para captar la confianza de los presuntos delincuentes y además, su actuación puede suponer una afectación a los derechos fundamentales de los sujetos investigados.

En mi opinión considero que nos encontramos ante una figura completamente lícita puesto que su actuación está sujeta a límites legales que permiten la investigación de delitos, cuya investigación y prevención resultaría imposible sin la intervención del agente. Si los métodos de criminalidad avanzan y cada vez resulta más fácil cometer delitos, pienso que es necesario que paralelamente avancen las nuevas formas de investigación y que estas cuenten con una regulación expresa y clara para justificar el empleo de esta figura y el respeto a las garantías constitucionales de los sujetos mediante el control judicial.

## Bibliografía.

Anaya Marcos, María del Carmen, Trabajo de Fin de Grado *Agente Encubierto*, Universidad de Salamanca, Junio de 2015.

Arriero Espés, Sara, *Última ratio* [Blog] , “ El delito provocado”.

Burgos Ladrón de Guevara, Juan, “La protección del testigo victima en la lo 19/1994 de 23 de diciembre del proceso penal español y la directiva 2012/29/ue del parlamento europeo y del consejo de 25 de octubre de 2012”, *Revista General de Derecho Procesal*, N°. 31, 2013.

Cardoso Pereira, Flavio, Programa de Doctorado “Estado de Derecho y Buen Gobierno”, Tesis Doctoral “*Agente Encubierto y Proceso Penal Garantista; Límites y Desafíos.*”, Universidad de Salamanca, 2012.

De Urbano Castrillo, Eduardo – Torres Morato, Miguel Ángel, “La prueba ilícita penal”, *Aranzadi*, Navarra, Thomson Reuters, 6ª edición, Navarra 2012.

Europa Press, *Eco-diario.com*, “interior crea el agente encubierto 2.0 para combatir la impunidad en Internet”, 1 de noviembre de 2015.

García San Martín, Jerónimo, “Límites entre el Agente Encubierto, el Agente Provocador en la persecución de los delitos de tráfico de droga ”, *La Ley Penal*, nº107. Sección “Práctica Penal”, editorial La Ley, en Portal de Revistas, Wolters Kluwer, 2014.

– “Los límites entre el agente encubierto y el agente provocador en la persecución de los delitos de tráfico ilícito de drogas.”, *La ley*, Portal de Revistas, 2014.

Goicoechea, Nieves “Los agentes encubiertos podrán usar archivos ilegales bajo orden judicial”, *Cadena Ser*, Madrid, 1 junio de 2015

Gómez De Liaño, citado en Zafra Espinosa, Rocío, *El Policía Infiltrado. Los presupuestos jurídicos en el proceso penal español* Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

López Barja de Quiroga, Jacobo. Vocal del Consejo General del Poder Judicial, Responsabilidad Penal, Proceso Penal “El Agente Encubierto, ley , 1999-2”

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *Manual de Técnicas especiales de investigación y Entrega Vigilada.*

Perals Calleja, José, Fiscal, “Técnicas de investigación del crimen organizado: el agente encubierto, confidente, regulación en España, validez de la prueba en el extranjero, problemas prácticos de la heterogénea regulación de la materia”, *Cuadernos Digitales de Formación*, 2010.

Revello del Toro Cabello, Juan, “La delimitación entre provocación policial y delito provocado”, Universidad Internacional de Andalucía, 2013, <http://hdl.handle.net>.

Zafra Espinosa, Rocío, *El Policía Infiltrado. Los presupuestos jurídicos en el proceso penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

## Páginas de internet

<http://cadenaser.com> el 25/04/2012 a las 19:29 CET .

<http://noticias.juridicas.com/> Art. 282 BIS Ley de Enjuiciamiento Criminal.

<http://www.intelpage.info/web/europol.htm>

<http://www.intelpage.info/web/europol.htm>

<http://www.interpol.int/es/Centro-de-prensa/Noticias/2016/N2016-041>

<http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>

<https://masterabogacia-umh-icae.edu.umh>.

# Jurisprudencia.

STC 11/1983, de 21 de febrero de 1983.

STEDH 8 de febrero de 1996 -asunto JOHN MURRAY.

STEDH de 1 de marzo de 2011, Caso L alas contra Lituania.

STEDH de 5 febrero de 2008, en el caso Ramanauska .

STS de 1 marzo de 1996.

STS 1546/2016.

STS 1546/2016 de 6 de abril.

STS 1570/1984, de 15 de noviembre de 1984.

STS 1992/1993.

STS 3117/ 2016 de 10 marzo de 2016.

STS 395/2014 de 13 de mayo.

STS 395/2014 de 13 de mayo.

STS 466/2014 de 5 de febrero.

STS 575/2013 de 28 junio.

STS de 13 mayo de 2009 .

STS de 23 de enero de 2011, Prado Burgallo contra España (demanda nº 12218/09 de 10 de marzo).