



Universidad de Valladolid

FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES, JURÍDICAS Y DE LA COMUNICACIÓN

GRADO EN DERECHO

TRABAJO DE FIN DE GRADO: EL AGENTE ENCUBIERTO

AUTORA: Clara Isabel Martín Luengo

TUTORA ACADÉMICA: María Luisa Escalada López

2024



Universidad de Valladolid

RESUMEN:

Se entiende por criminalidad el conjunto de todos los delitos cometidos en un lugar y tiempo.

La criminalidad organizada se regula en el Título XXII del CP “delitos contra el orden público”, en un nuevo capítulo VI denominado “de las organizaciones y grupos criminales”. Es con la LO 1/2015 de 30 de marzo cuando se lleva a cabo una modificación del artículo 570 bis CP y del concepto de grupo criminal del 570 ter CP .

En la persecución de estas organizaciones criminales cobra especial importancia la figura del agente encubierto, regulado en el artículo 282 bis LECrim. Es una figura que opera bajo una identidad supuesta para proteger su seguridad. Su objetivo principal es observar y recopilar información sobre actividades delictivas, estableciendo contactos dentro del grupo criminal y ganándose la confianza de los delincuentes, para poder así revelar la posible responsabilidad de los investigados y poder llevar a cabo un enjuiciamiento.

Para que un agente encubierto pueda actuar necesitará de una autorización judicial que le permita operar de forma justificada. Para ello el Juez de Instrucción deberá observar un juicio de proporcionalidad o razonabilidad de la medida que tome.

El límite al que siempre va a quedar sometido el AE es a la protección de las garantías constitucionales, es decir, está limitado por los derechos fundamentales de los investigados. Estos pueden ser infringidos solo mediante autorización judicial.

Es posible que en el ejercicio de las actuaciones, este realice determinados delitos como consecuencia necesaria de la investigación y quedará exento de responsabilidad siempre que haya sido autorizado judicialmente. Esto no quiere decir que quede exento de responsabilidades en todos los casos, es posible que pueda incurrir en responsabilidades penales, civiles o disciplinarias en determinadas ocasiones.

Por otro lado, es conveniente tener en cuenta que existen varias actuaciones realizadas por un policía que pueden tener la virtualidad de aproximarse a las del AE, pero que no se identifican con ellas, por lo que no tienen nada que ver realmente con la figura del AE, hay que evitar toda posible confusión derivada de ellas.

En relación a esto, ocurre algo parecido con el agente provocador. Es igual de importante no confundir al agente encubierto con el policía infiltrado, pues como ya he indicado anteriormente, el agente infiltrado, también conocido como “topo” es un policía que se introduce ocultando su condición en una organización criminal por encargo de un servicio policial o de inteligencia. La intervención de este, en cambio, no requiere de autorización judicial como sí ocurre con el AE.

Una de las características a tener en cuenta en la figura del AE, es que en juicio este puede declarar como cualquier otra persona, teniéndose en cuenta como prueba en el procedimiento.

Por último, señalar que existe la figura del agente encubierto informático, que sigue un procedimiento muy similar al del agente encubierto común pero en el ámbito de los ciberdelitos.

PALABRAS CLAVE

Agente encubierto, criminalidad organizada, técnicas de investigación, identidad ficticia, infiltración policial, confidente, agente provocador, autorización judicial, entrega vigilada.

ABSTRACT

Crime is understood as the set of all crimes committed in a place and time.

Organized crime is regulated in Title XXII of the CP “crimes against public order”, in a new chapter VI called “criminal organizations and groups”. It is with LO 1/2015 of March 30 that a modification of article 570 bis CP and the concept of criminal group of 570 ter CP is carried out.

In the persecution of these criminal organizations, the figure of the undercover agent, regulated in article 282 bis LECrim, takes on special importance. He is a figure who

operates under an assumed identity to protect his safety. Its main objective is to observe and collect information on criminal activities, establishing contacts within the criminal group and gaining the trust of criminals, in order to reveal the possible responsibility of those investigated and to carry out a prosecution.

For an undercover agent to act, he will need judicial authorization that allows him to operate in a justified manner. To do this, the Investigating Judge must observe a judgment of proportionality or reasonableness of the measure he takes.

The limit to which the EA will always be subject is the protection of constitutional guarantees, that is, it is limited by the fundamental rights of those investigated.

It is possible that in the course of the proceedings, he may commit certain crimes as a necessary consequence of the investigation and will be exempt from liability as long as he has been judicially authorized. This does not mean that he is exempt from responsibilities in all cases; it is possible that he may incur criminal, civil or disciplinary responsibilities on certain occasions.

On the other hand, it is convenient to keep in mind that there are several actions carried out by a police officer that may have the potential to approximate those of the AE, but that are not identified with them, so they have nothing really to do with the figure of the AE. AE, any possible confusion arising from them must be avoided.

In relation to this, something similar happens with the agent provocateur. It is equally important not to confuse the undercover agent with the undercover police officer, because as I have previously indicated, the undercover agent, also known as a “mole,” is a police officer who hides his or her status in a criminal organization on behalf of a police service or intelligence. The latter's intervention, however, does not require judicial authorization as does the EA.

One of the characteristics to take into account in the figure of the AE is that in court he can testify like any other person, being taken into account as evidence in the procedure.

Finally, note that there is the figure of the undercover computer agent who follows a procedure very similar to that of the common undercover agent but in the field of cybercrimes.

KEY WORDS

Undercover agent, organized crime, investigation techniques, fictitious identity, police infiltration, informant, agent provocateur, judicial authorization, controlled delivery.

ÍNDICE

I.INTRODUCCIÓN.....	7
II. CONCEPTO DE CRIMINALIDAD ORGANIZADA.	8
II.1. Diferencia entre organización y grupo criminal en el sistema español:.....	11
II.2. Clases, organización y características de organizaciones criminales:.....	13
III. CONCEPTO DEL AGENTE ENCUBIERTO.	16
III.1. Normativa del sistema español donde se regula la figura del agente encubierto.....	17
III.2. Definiciones del agente encubierto establecidas por jurisprudencia.	20
III.3. Perfil y sujetos legitimados.....	21
III.4. Requisitos y condiciones del agente encubierto (selección, consentimiento, medidas de protección, plazos...):.....	24
III. 5. Procedimiento y principios de actuación.....	25
III.5.1 Fase previa:.....	26
III.5.2 Autorización.....	29
III.5.3 Actuaciones:.....	32
III.5.4 Validez, ampliación y extinción de la autorización:.....	35
IV. DIFERENCIAS DEL AGENTE ENCUBIERTO CON OTRAS FIGURAS AFINES:.....	37
IV. 1 El agente provocador:.....	47
V. EL AGENTE ENCUBIERTO Y EL POLICÍA INFILTRADO.	48
VI. LA RESPONSABILIDAD DEL AGENTE ENCUBIERTO.	49
VI.1. Responsabilidad penal.....	50
VI.2. Responsabilidad civil.....	51
VI.3. Responsabilidad disciplinaria.	51
VII. LÍMITES DE ACTUACIÓN DEL AGENTE ENCUBIERTO.	52
VII.I. Prohibiciones.....	52
VII.2.-El agente provocador.	53
VIII. VALOR PROBATORIO DE LA INFORMACIÓN OBTENIDA POR EL AGENTE ENCUBIERTO.....	54

IX. BREVE REFERENCIA A LA OPERATIVIDAD EN EL ÁMBITO DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL	56
X. BREVE Y ESPECIAL REFERENCIA AL AGENTE ENCUBIERTO INFORMÁTICO	58
XI. CONCLUSIÓN:	59
XII. BIBLIOGRAFÍA.....	62
XIII. PÁGINAS DE INTERNET.	63
XIV. ARTÍCULOS DE REVISTA.....	63

ABREVIATURAS:

CP: Código Penal

Art. : artículo

LECrim: Ley de Enjuiciamiento Criminal

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

CE: Constitución Española

AE: Agente Encubierto

EV: Entrega Vigilada

GC: Guardia Civil

CNI: Centro Nacional de Inteligencia

AEI: Agente Encubierto Informático

CNP: Cuerpo Nacional de Policía

I.INTRODUCCIÓN.

La figura del agente encubierto es un tema de actualidad en el que este se caracteriza por la necesidad de llevar a cabo una investigación en una banda organizada. La lucha contra el crimen organizado se ve favorecida por las nuevas técnicas existentes para ello. La Ley de Enjuiciamiento Criminal, en concreto su artículo 282 bis, se encarga de exponer detalladamente lo relacionado con esta figura, desde todo lo que tiene que ver con su definición, el perfil idóneo de estos, la selección, los principios característicos, el procedimiento, las posibles actuaciones que pueden llevar a cabo hasta las posibles consecuencias de una actuación errónea por parte de ellos ante falta de autorización para proceder. Pero, ¿Hasta qué punto puede actuar y adentrarse el agente encubierto en la banda organizada? ¿Está sometido a algún límite? ¿Una declaración del agente encubierto puede llegar a poseer valor probatorio en un juicio? ¿Es lo mismo confidente que agente encubierto? ¿Cómo se da la cooperación internacional en este ámbito? Bien, pues todas estas cuestiones, junto a otras, serán resueltas a lo largo del trabajo a fin de aportar información sobre esta técnica de investigación.

Además este estudio busca resaltar el crucial trabajo policial y reflexionar sobre el papel vital que desempeñan los agentes encubiertos en la preservación del orden y la seguridad pública.

II. CONCEPTO DE CRIMINALIDAD ORGANIZADA.

La criminología tiene por objeto el estudio de las causas de comisión del delito y de la lucha contra este. Esta estudia también el delito como fenómeno colectivo en la vida de los pueblos¹.

El conjunto de todos los delitos cometidos en un lugar y un tiempo determinados hace nacer un nuevo objeto de conocimiento: la criminalidad, por lo que la criminología es una ciencia social que se ocupa del estudio de la criminalidad abordando temas como el delito, delincuente, o la política criminal, entre otros.

En el crimen organizado hay un elemento común de delincuencia como es el enriquecimiento o la búsqueda de bienes materiales con el simple propósito de colmar las necesidades del delincuente y un elemento exclusivo de la criminalidad organizada internacional, que va más allá de ese enriquecimiento o de la codicia, como es el intento de penetración política, social o económicamente con la finalidad de controlar esos poderes en los países en los que se asienta². Muchas de las actuaciones de este tipo de criminalidad organizada se enmarcaban en España en los años noventa dentro de los llamados delitos de cuello blanco, porque los sujetos activos estaban lejos de “mancharse las manos”. Con el tiempo esta concepción de ilícitos se diluye y desde 2005, estos delitos cometidos por este tipo de organizaciones se tipifican en sentido estricto. Como afirma SERRANO MAÍLLO: *“la postura de la doctrina criminológica mayoritaria ha sido más bien la de proponer otros conceptos en*

¹RODRIGUEZ DEVESA, J.M y SERRANO GÓMEZ, A. *Derecho Penal Español. Parte general*. Madrid: Dykinson 12^a. Edición, 1989, pág. 73.

² MUÑOZ, J. L. *Criminalidad organizada. Aspectos jurídicos y criminológicos*. Madrid: Dykinson, 2015, pág. 23.

sustitución de la categoría de delitos de cuello blanco que de ninguna manera se confundan con ellos, proponiéndose así el estudio de la criminalidad organizada”³.

En cuanto a la regulación de la criminalidad organizada, antes de la reforma del CP llevada a cabo por la LO 5/2010, se afrontaba desde una doble perspectiva: por un lado a través del delito de asociación ilícita de los artículos 515-521 CP. Por otro lado se contenían en nuestro CP una serie de subtipos agravados: delitos de corrupción de menores y prostitución, alteración de precios en concursos y subastas públicas, propiedad intelectual e industrial, blanqueo de capitales, tráfico ilegal de personas, tráfico de drogas, depósitos de armas y explosivos, terrorismo...etc.

Con la modificación aludida, se introduce en el Título XXII “Delitos contra el orden público”, un nuevo capítulo VI denominado “De las organizaciones y grupos criminales”, que contiene los arts. 570 bis, 570 ter y 570 quáter del CP.

Con la LO 1/2015 de 30 de marzo se lleva a cabo una modificación de la definición de organización criminal del artículo 570 bis CP y de grupo criminal del 570 ter CP, consecuencia de haberse eliminado las faltas.

El art. 570 bis.1 párrafo 2.º CP dice ahora: *“A los efectos de este Código se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos”.*

Y el art. 570 ter.1, párrafo final CP establece: *“A los efectos de este Código se entiende por grupo criminal la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos”*

Después de la reforma, algunos de los subtipos agravados son: el artículo 140 CP en relación con el delito de asesinato, el artículo 177 bis CP en relación con el delito de trata de seres humanos, el 187.2 CP en relación con el delito de prostitución, el artículo 189.2 CP para el delito de utilización de menores en espectáculos pornográficos, el artículo 197 quáter CP en relación al delito de descubrimiento y revelación de secretos, el artículo 235 CP en relación al delito de hurto, los artículos 271 y 276 CP referidos a los delitos contra la propiedad intelectual e industrial, el 302 CP prevé un subtipo agravado del delito de

³ SERRANO MAÍLLO, A. *Op. cit.*, Pag. 81.

blanqueo de capitales, el 305 CP para la defraudación a la Hacienda Pública, el 318 bis CP respecto al delito de tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, el 359 y el 360 CP aplicable a los delitos contra la salud pública, el 369 CP que presenta penas superiores en grado a las señaladas en el artículo anterior y multa del tanto al cuádruplo cuando concurren alguna algunas de las circunstancias que cita ⁴, el 386.4 CP en relación al delito de falsificación de moneda y el delito de falsificación de tarjetas de crédito y débito o cheques de viaje del artículo 399 bis.1, p.2º CP, el delito de daños, que establece una agravante por ejecutarse el delito en el marco de una organización criminal en el artículo 264.2, 1ª CP, etc.

Sobre el ámbito internacional hay tres indicadores mínimos de crimen organizado⁵:

El primero es la organización entendida como la unión de dos o más sujetos para lograr un objetivo común con un fin de lucro.

En segundo lugar conviene mencionar la comisión de delitos graves, pues todas las definiciones internacionales inciden en que el crimen organizado implica la comisión de delitos graves con una pena de más de cuatro años de prisión.

⁴ 1. Se impondrán las penas superiores en grado a las señaladas en el artículo anterior y multa del tanto al cuádruplo cuando concurren alguna de las siguientes circunstancias:

1.ª El culpable fuere autoridad, funcionario público, facultativo, trabajador social, docente o educador y obrase en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio.

2.ª El culpable participare en otras actividades organizadas o cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito.

3.ª Los hechos fueren realizados en establecimientos abiertos al público por los responsables o empleados de los mismos.

4.ª Las sustancias a que se refiere el artículo anterior se faciliten a menores de 18 años, a disminuidos psíquicos o a personas sometidas a tratamiento de deshabitación o rehabilitación.

5.ª Fuere de notoria importancia la cantidad de las citadas sustancias objeto de las conductas a que se refiere el artículo anterior.

6.ª Las referidas sustancias se adulteren, manipulen o mezclen entre sí o con otras, incrementando el posible daño a la salud.

7.ª Las conductas descritas en el artículo anterior tengan lugar en centros docentes, en centros, establecimientos o unidades militares, en establecimientos penitenciarios o en centros de deshabitación o rehabilitación, o en sus proximidades.

8.ª El culpable empleare violencia o exhibiere o hiciese uso de armas para cometer el hecho.

⁵ ALCARAZ BRETONES F. J. “La criminalidad organizada en nuestro Código Penal: tratamiento anterior y posterior a la LO 5/2010 y LO 1/2015”. *Diario La Ley*, nº 8613, Sección Doctrina, 25 de septiembre de 2015, Ref. D-348.

Por último está la finalidad programática, es decir, que la existencia de una organización supone la unión de personas para conseguir un fin común colectivo.

II.1. Diferencia entre organización y grupo criminal en el sistema español.

Tras la reforma por la LO 5/2010, se contemplan la organización criminal y el grupo criminal como figuras delictivas diferenciadas en los art. 570 bis y 570 ter. Ambas precisan la unión o agrupación de más de dos personas y la finalidad de cometer delitos, pero la organización criminal requiere además el carácter estable o su constitución y funcionamiento por tiempo indefinido, y que de manera concertada y coordinada se repartan las tareas o funciones entre sus miembros. El grupo criminal puede apreciarse aunque no concurra ninguno de estos dos requisitos o cuando concurra solo uno de ellos. Por tanto el grupo criminal requiere solamente la unión de más de dos personas y la finalidad de cometer concertadamente delitos.

Ambas agrupaciones tienen la similitud de perseguir un fin delictivo y estar constituidas por más de dos personas y sus diferencias se basan en la estructura y permanencia. Las organizaciones criminales son más complejas, tienen roles y jerarquías definidos y tienden a perdurar a lo largo del tiempo. Los grupos criminales pueden tener alguna de estas características o ninguna, lo importante es que se unen más de dos personas para cometer un delito.

El CP diferencia la organización del grupo criminal. La LO 5/2010 tipificó expresamente dos formas de organización delictiva: la organización y grupo criminal. Se trata de la incriminación de delitos plurisubjetivos en los que el sujeto colectivo está formado por la concurrencia de dos o más personas (art. 570 ter. 1, II), diferenciándose distintas clases de autores, en función de la responsabilidad asumida en el marco de la estructura criminal⁶.

La organización criminal, en términos penales, es una agrupación de más de dos personas con una estructura organizada y estable que se constituye para la comisión de delitos. Los miembros se reparten de manera formal las tareas ejecutivas. Este tipo de agrupaciones se caracteriza por la perdurabilidad en el tiempo de forma indefinida. Las penas establecidas

⁶ RUIZ, J. M. “Elementos diferenciadores entre organización y grupo criminal”. *Revista electrónica de Ciencia penal Y criminología*, pg 1-42, 2020.

en estos casos dependen del rol que ocupa cada miembro de la agrupación. Así, según indica el art. 570 bis CP, a los miembros que promovieren, constituyeren, organizaren, coordinaren o dirigieren se les aplicará una pena de cuatro a ocho años de prisión por los delitos graves y pena de tres a seis años de prisión en los demás casos. En cambio, a los miembros que participen de manera activa, formen parte de ella o cooperen económicamente o de cualquier otro modo se les aplicará una pena de dos a cinco años de prisión por los delitos graves y pena de uno a tres años de prisión por otros delitos.

No obstante, según el artículo 570 bis.3 CP, las penas se imponen en su mitad superior en los delitos contra la vida, la integridad de las personas, la libertad, la libertad e indemnidad sexuales o la trata de seres humanos. También en los casos en que la organización está formada por un número elevado de personas, dispone de armas o instrumentos peligrosos y de medios tecnológicos avanzados de comunicación o transporte que puedan facilitar la ejecución de los delitos. El apartado dos del artículo anteriormente mencionado cita que si concurren dos o más circunstancias⁷, se aplicarán las penas superiores en grado.

El grupo criminal es la unión de dos o más personas que se organizan de una manera más básica, con el objetivo de cometer delitos. Estos grupos no están caracterizados por los aspectos mencionados anteriormente en la descripción de las organizaciones criminales.

En estos casos, no hay una estructura organizativa como tal, las penas se aplican en función de la gravedad de los delitos cometidos. Así, según el artículo 570 ter CP, si se trata de delitos contra la vida, la integridad de las personas, la libertad, los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales o a trata de seres humanos se aplicarían la pena de prisión de dos a cuatro años para los delitos graves y pena de prisión de uno a tres años para el resto de delitos. Si se tratara de cualquier delito grave sería de aplicación una pena de prisión de seis meses a dos años. Y finalmente, en caso de comisión de uno o varios delitos menos graves se aplicaría una pena de prisión de tres meses a un año. Estas penas se impondrán en su

⁷ a) esté formada por un elevado número de personas.

b) disponga de armas o instrumentos peligrosos.

c) disponga de medios tecnológicos avanzados de comunicación o transporte que por sus características resulten especialmente aptos para facilitar la ejecución de los delitos o la impunidad de los culpables.

mitad superior en los mismos supuestos agravados previstos para las organizaciones criminales.

Cabe mencionar otras sanciones penales, tanto en el caso de organizaciones criminales como en los grupos criminales. Según lo dispuesto en el art. 570 quáter CP, el juez puede acordar su disolución. Además, prevé la posibilidad de imponer penas contempladas para las personas jurídicas en los artículos 33.7 y 129 CP. Asimismo, tiene la facultad de al autor la pena de inhabilitación especial para todas aquellas actividades económicas o negocios jurídicos relacionados con la actividad de la agrupación o con su actuación por un tiempo superior entre seis y veinte años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso. El art. 570 quáter CP también establece dos atenuantes para el delito de pertenencia a organización o grupo criminal. De esta manera, el juez podrá imponer al autor la pena inferior en uno o dos grados cuando abandona voluntariamente sus actividades delictivas o colabora activamente con las autoridades o sus agentes para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o evitar la perpetración de un delito que se intente cometer a través de dichas agrupaciones.

II.2. Clases, organización y características de organizaciones criminales.

Conviene comenzar haciendo referencia a la dificultad y complejidad que supone llegar a establecer todas las formas de crimen organizado. Debido a eso, la Unión Europea y el Consejo de Europa (1997) han tratado de establecer unos criterios comunes creando así los indicadores⁸ de crimen organizado.

Como indicadores obligatorios establecen la colaboración de dos o más personas, búsqueda de beneficios de poder, permanencia en el tiempo y sospecha de comisión de delitos graves. Dentro de los indicadores optativos se encuentran el reparto de las tareas específicas entre sus miembros, existencia de mecanismo y control y de disciplina interna, empleo de la corrupción política, actividad internacional, uso de la violencia e intimidación, empleo de estructuras comerciales y económicas y participación de blanqueo de capitales⁹.

⁸ JORDA SANZ, C. R.-E. “¿Cómo se organizan los grupos criminales según su actividad delictiva principal? Descripción desde una muestra española”. *Rev.crim.* 2013, vol 55 . *criminalidad*

España presenta una demanda de investigación sobre el fenómeno y parece que el legislador ha optado por una mezcla de criterios adaptada a partir del delito de terrorismo¹⁰. Así, de los tres elementos definitorios de las organizaciones terroristas: la proyección política, el ejercicio de intimidación masiva y una estructura emergente, permanente y diversificada, resulta que dentro del CP el único añadido que les distingue de las organizaciones criminales se recoge en el art. 573.1 CP. En este, además de reunir las características propias de las organizaciones criminales, indica que tengan por finalidad o por objeto subvertir el orden constitucional, o alterar gravemente la paz pública mediante la perpetración de cualquiera de los delitos previstos en la sección siguiente (delitos de terrorismo). Esto quiere decir que, aunque las organizaciones terroristas comparten características con las organizaciones criminales, lo que las distingue legalmente en España es su objetivo de subvertir el orden constitucional y alterar la paz pública a través de actos terroristas. Según el artículo anteriormente mencionado, además de las características generales de las organizaciones criminales, las terroristas deben cumplir con ciertas condiciones específicas para ser clasificadas como tales.

Desde el punto de vista operativo, las organizaciones criminales desarrollan diferentes actividades, dentro de las cuales existen algunas más comunes, tratándose por tanto de actividades principales más visibles como veremos a continuación.

En primer lugar las organizaciones dedicadas al tráfico de drogas, que ha sido la actividad delictiva principal durante 2010 y 2011. Según el Ministerio del Interior¹¹ no se trata de un tipo de organización sin más, sino que habría que prestarle atención a la clase concreta de droga con que se trafica para observar dentro de la actividad del AE, cual es la droga más habitual con la que trafican. Por tanto, la cocaína y el hachís han sido las más comunes, junto con el éxtasis en el 2010.

En segundo lugar, los robos con fuerza. Se trata de un delito que tiene presente la peligrosidad física con cierta faceta económica. El Ministerio del Interior también lo enmarca dentro de las actividades delictivas más comunes.

¹⁰ FERRÉ OLIVÉ, J. *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*. Huelva, 1999.

¹¹ JORDA SANZ, C. R.E. *Op. Cit.*

Sobre la organización delictiva, es curioso mencionar que hay un estudio llevado a cabo en el 2009 ¹² que afirma que la mitad de los grupos están formados por miembros de nacionalidades diferentes, además de la española. Según el Ministerio del Interior, en el año 2010, las organizaciones criminales presentaban un perfil en relación con la dinámica interna de grupos especializados en una sola actividad con conexiones internacionales.

En cuanto a los tipos de estructura sobre la que se puede organizar un grupo criminal se ha clasificado en seis tipos, según la tipología establecida por las Naciones Unidas (2002):

<i>Jerarquía estándar</i>	<i>Donde predomina una estructura jerárquica piramidal con un líder y una fuerte disciplina interna</i>
<i>Jerarquía regional</i>	<i>Donde se organiza en grupos que delinquen con cierta autonomía, aunque subordinados a una cúpula directiva.</i>
<i>Jerarquía en racimos</i>	<i>Donde hay grupos criminales que colaboran normalmente con un grupo central que actúa de nexo</i>
<i>En red</i>	<i>Donde un grupo reducido de personas que se asocian para la comisión de actividades delictivas, tienen en cuenta las habilidades, intereses o afinidades</i>
<i>Grupo central</i>	<i>conformado por un número reducido de miembros</i>
<i>Otras estructuras</i>	

Puede ocurrir que se encuentren grupos con actividades principales y caracterizadas por un solo tipo de estructura como los delitos de drogas y estafa que se organizan en red. También sucede que una misma actividad principal no puede ser clasificada según un tipo concreto de estructura y sus grupos se distribuyan en diversas categorías como los delitos dedicados al blanqueo de capitales que se estructuran tanto en el tipo de jerárquica regional (66%)como en racimos (33%). Y es posible que los grupos abarquen más de dos tipos de estructura como ocurre con los que trafican en vehículos que se organizan en red (50%), jerarquía estándar (25%) y jerarquía regional (25%).

¹² GÓMEZ-CESPEDES, A. “Conducting organized-crime research in Spain: An appraisal of the pros a cons. Research Conference on Organised Crime”, 2010.

La naturaleza de los vínculos de los integrantes de la organización es una variable que atiende a criterios concretos: vínculo familiar, étnico/cultural, comparten religión, han compartido prisión, trabajan juntos por internet sin necesidad de haberse conocido físicamente, en cuestión de habilidades, experiencias u otras capacidades.

La división de tareas sigue criterios en función del conocimiento experto, accesibilidad de recursos que faciliten la ejecución de las actividades ilegales, de los contactos con los que cuenten los miembros y que permitan el logro de los objetivos, de la experiencia, conocimiento o habilidad adquirida en una actividad¹³.

Los grupos suelen dedicarse a actividades principales y secundarias por ejemplo las organizaciones cuya actividad principal es la trata de personas con fines de explotación sexual se dedican simultáneamente al tráfico de cocaína (33%), de vehículos (33%), a los robos con fuerza (33%), la receptación (33%) y la estafa (33%), mientras que consideran como actividades secundarias el tráfico de hachís (33%) y el contrabando de material ilegal (33%). Por otra parte, es habitual que los grupos dedicados al contrabando también realicen actividades tales como amenazas y coacciones, y secuestros o detenciones ilegales.

En conclusión, las estructuras sobre las que se pueden organizar los grupos criminales se han clasificado en las seis anteriormente mencionadas. Según los datos de la muestra, no parece que correspondan a ningún tipo de actividad delictiva en concreto; es decir, la variable actividad principal no discrimina el tipo de estructura, salvo en los grupos dedicados al tráfico de hachís, donde predominan las estructuras de tipo jerárquica estándar y jerárquica regional.

Por último, cabe mencionar a las seis organizaciones criminales más violentas y peligrosas del mundo: la Yakuza, las Triadas, la mafia italiana, la mafia rusa, los cárteles de la droga de México y las pandillas centroamericanas como los Latin Kings y los Trinitarios.

III. CONCEPTO DEL AGENTE ENCUBIERTO.

Finalizada la mención precedente sobre la organización criminal y grupo criminal, que sirve para poner en situación y contexto el tema a tratar a continuación, se aborda el tema

¹³ GÓMEZ-CESPEDES, A. *Op. Cit.*

principal: el agente encubierto. La previa información sirve de base para comprender el marco en el que opera el agente encubierto, ya que esta figura se utiliza en el proceso penal español con el objetivo de permitir la persecución de aquellas redes de delincuencia. La figura consiste, esencialmente, en otorgar a un agente de policía una identidad supuesta, ocultando su verdadera condición, con el objetivo de que pueda establecer una relación de confianza con los miembros de una banda organizada, integrándose, como uno más, en el seno de la misma. La finalidad de esto es obtener toda la información posible que permita conocer las actividades ilícitas de la banda organizada, la identidad de sus miembros y todos los datos posibles y relevantes en relación al grupo delictivo.

Se puede observar que las características anteriormente mencionadas sobre la figura del AE se condensan en: investigación de la totalidad de las actividades ilícitas del grupo organizado donde se integra, la prolongación del tiempo y el uso del engaño para conseguir obtener la confianza de la que se prevale el agente, y con ellos la colaboración de los miembros de la organización criminal.

La figura del agente encubierto se encuentra en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, concretamente en los artículos que se describen en el siguiente epígrafe.

III.1. Normativa del sistema español donde se regula la figura del agente encubierto.

Conviene mencionar que la infiltración era una realidad antes de que se introdujera el art. 282 bis LECrim, pero se movía en una gran inseguridad jurídica sin pautas claras de actuación. Como expone la STS nº 216/2018, de 8 de mayo *“esta ausencia de regulación legal dificultaba enormemente la actuación de la investigación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, ya que, siendo éstas las que tienen que llevar a cabo las primeras diligencias de investigación que son remitidas más tarde al juez, era preciso que existiera una metodología clara a seguir. Esta circunstancia se toma especialmente relevante en materia de actuación policial en medidas de limitación de derechos fundamentales; por ejemplo, el agente encubierto (282 bis LECrim)”*. Antes no se regulaba, pero sí operaba.

Actualmente la figura del agente encubierto se encuentra en el art. 282 bis.1 y siguientes de la LECrim. Este en concreto establece: *“A los fines previstos en el artículo anterior y cuando se trate de investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada, el Juez de Instrucción*

competente o el Ministerio Fiscal dando cuenta inmediata al Juez, podrán autorizar a funcionarios de la Policía Judicial, mediante resolución fundada y teniendo en cuenta su necesidad a los fines de la 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 periodos 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?.

Este artículo establece además algunos puntos como la obligación legal de que 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. Esta resolución será reservada y deberá conservarse fuera de las actuaciones por seguridad.

Además indica que la información que haya obtenido el agente encubierto deberá ser puesta a la mayor brevedad posible en conocimiento de quien autorizó la investigación. Y esta deberá aportarse al proceso en su integridad y se valorará en conciencia por el órgano judicial competente.

Según el apartado dos, ningún funcionario de la policía judicial podrá ser obligado a actuar como agente encubierto.

En el punto número tres hace referencia a los momentos en que las actuaciones de investigación puedan afectar a los derechos fundamentales. En tal caso, el agente encubierto deberá solicitar del órgano judicial competente las autorizaciones que establezcan la Constitución y la Ley.

El agente encubierto sirve de instrumento para obtener elementos probatorios contra las personas que se hallen involucradas en la comisión de alguno de los delitos mencionados en el art. 282.4 bis LECrim:

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.
- 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.

Según el punto cinco, el agente encubierto estará exento de responsabilidad criminal por las 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.

Pero puede suceder que se proceda penalmente contra el mismo por las actuaciones realizadas a los fines de la investigación, en cuyo caso el juez debe requerir informe de quien hubiera autorizado la identidad supuesta resolviendo lo que a su criterio proceda.

En el apartado seis se expone que el juez puede autorizar a funcionarios de la Policía Judicial para actuar bajo identidad supuesta en comunicaciones mantenidas en canales cerrados de comunicación para esclarecer algún delito del apartado 4 de este artículo o cualquier delito de los previstos en el artículo 588 ter a).

De igual modo, el precepto alude al agente encubierto informático, quién, con la autorización específica podrá intercambiar o enviar por si mismo archivos ilícitos por razón de su contenido y analizar los resultados de los algoritmos aplicados para la identificación de dichos archivos ilícitos.

Para la investigación llevada a cabo por el agente encubierto, el juez competente podrá autorizar la obtención de imágenes y grabación de las conversaciones que puedan mantenerse en los encuentros previstos entre el agente y el investigado, incluso cuando se desarrollen en el interior de un domicilio (artículo 282 bis.7 LECrim).

Este artículo, en el apartado séptimo, nos aporta información sobre las actividades que puede llevar a cabo el AE. Este puede ser autorizado para realizar algunas de estas actuaciones: adquisición de objetos, efectos o instrumentos del delito, demorar o diferir la incautación de dichos objetos hasta el momento en que sea necesario, transportar esos efectos, instrumentos u objetos y participar en el tráfico jurídico y social bajo identidad supuesta. Además se habilita al agente para que lleve a cabo conductas delictivas, que quedarán impunes si se cumplen las condiciones oportunas para ello.

III.2. Definiciones del agente encubierto establecidas por jurisprudencia.

El artículo 282 LECrim aporta de cierta manera una definición de AE como se observó en los epígrafes anteriores, pero nuestra jurisprudencia recoge con mayor precisión el concepto de agente encubierto de forma complementaria:

La STS nº 140/2019 del 13 de marzo indica que *“el policía infiltrado es un concepto legal previsto en el propio art. 282 bis LECrim, en el que el término agente se toma de una de sus acepciones, la de agente policial y en la que el adjetivo encubierto hace referencia a la ocultación de la identidad, condición e intenciones como policía”*.

La STS nº 104/2011 de 1 de marzo expone como *“tiene sus antecedentes en el Derecho alemán”, utilizándose el término “undercover” o agente encubierto “para designar a los funcionarios de policía que actúan en la clandestinidad, con identidad supuesta y con la finalidad de reprimir o prevenir el delito”*. Dicho agente actúa de forma pasiva sujeto a la ley y con el control del juez para investigar delitos propios de la delincuencia organizada y de difícil averiguación cuando han fracasado otros métodos o sean insuficientes y permite obtener información sobre su *modus operandi*, así como obtener pruebas sobre la ejecución de hechos delictivos.

III.3. Perfil y sujetos legitimados.

Es fundamental tener en cuenta que cualquier miembro de la policía judicial no está formado para considerarse sujeto idóneo y poder actuar como agente encubierto. Hay que remitirse al art. 282 bis.2 LECrim, donde hace referencia a que estos no están obligados a actuar como tales y donde se observa un monopolio judicial de la figura de AE, ya que solo el juez puede introducir infiltrados que pertenezcan a ese grupo¹⁴. Cualquier particular queda fuera del régimen jurídico. Ellos son totalmente libres para aceptar de forma voluntaria. No es exigible imperativamente a un Policía que pierda su identidad, interactuando o conviviendo en entornos criminales.

A este respecto conviene precisar que en nuestro sistema legal coexisten dos modelos de policía judicial. Una concepción amplia que integra todo aquel policía que coopera o auxilia a un órgano judicial o al Ministerio Fiscal¹⁵, y una concepción más estricta¹⁶, que solo

¹⁴ Exposición de motivos apartado XLVII: *“En cualquier caso, la esencia de la institución del agente encubierto sigue siendo la misma. Se trata de la infiltración de funcionarios de policía, bajo identidad supuesta. De ningún modo podrá atribuirse esta condición a los particulares que actúen como confidentes policiales”*

¹⁵ Previsto en el artículo 547 LOPJ *“la función de la Policía Judicial comprende el auxilio a los juzgados y tribunales y al Ministerio Fiscal en la averiguación de los delitos y en el descubrimiento y aseguramiento de los delincuentes. Esta función competirá, cuando fueren requeridos para prestarla, a todos los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, tanto si dependen del Gobierno central como de las comunidades autónomas o de los entes locales, dentro del ámbito de sus respectivas competencias”*.

incluiría a quienes formen parte de las Unidades Orgánicas de Policía Judicial sujetas a los principios de especialidad, estabilidad y permanencia dependiente funcionalmente de manera exclusiva de jueces y tribunales y del Ministerio Fiscal¹⁷.

La policía Autonómica puede ser Policía Judicial y así lo prevé la normativa autonómica, pero DEL POZO PÉREZ¹⁸ los excluye en la investigación internacional que se menciona a continuación, ya que no son funcionarios policiales a efectos del Convenio de Schengen.

La descripción legal de Policía Judicial, como criterio determinante para adquirir la condición de AE, carece a día de hoy de utilidad. En la práctica, el mero hecho de ser Policía Judicial no es suficiente para llevar a cabo con éxito una infiltración. La amplitud de conocimientos en los ámbitos de la criminología, psicología, del derecho penal y procesal para saber hasta dónde se puede llegar y eludir caer en el delito provocado, requiere unidades policiales especializadas. En nuestro país han alcanzado un gran protagonismo las unidades especiales de agentes encubiertos, que no solo forman a los agentes encubiertos de campo, sino que gestionan todo el complejo de la infiltración, protegiendo la identidad de la gente y manteniendo relaciones con el juzgado, la Fiscalía y la Unidad policial investigadora.

El CNP y Guardia Civil cuentan con su respectiva unidad especial de agentes encubiertos (UAE). La adscripción a estas unidades es muy flexible, no siendo extraño que cuente con agentes de otras unidades cuando se precise un específico conocimiento pericial que se vaya a emplear en la infiltración¹⁹.

La cuestión de idoneidad se puede resolver de la siguiente manera:

Por un lado, están legitimado para actuar como agentes encubiertos: los miembros de la Policía Nacional, los miembros de la Guardia Civil, y los agentes de policías autonómicas si

¹⁶ El grupo Parlamentario Popular propuso sin éxito como enmienda nº 19 suprimir la referencia “funcionarios de la Policía Judicial” y sustituirla por la de “funcionarios de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad” al entender que la referencia a la Policía Judicial era restrictiva, por cuanto interpretada literalmente únicamente haría referencia a aquellos funcionarios policiales adscritos a las Unidades Orgánicas de Policía Judicial y no a otros funcionarios de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, que también podrán desempeñar idénticas misiones que los integrados en aquellas unidades. A este respecto VID. BOCD, VI Legislatura, 6 de marzo de 1998, nº 89-6, Serie B: Propositiones de ley.

¹⁷ Esta concepción se funda en el art. 548 LOPJ.1. “Se establecerán unidades de Policía Judicial que dependerán funcionalmente de las autoridades judiciales y del Ministerio Fiscal en el desempeño de todas las actuaciones que aquéllas les encomienden.”

¹⁸ DEL POZO PÉREZ, M. *El agente encubierto como medio de investigación de la delincuencia organizada en la ley de enjuiciamiento criminal española*. Criterio jurídico, nº 6, 2006, pp 283.

¹⁹ F.CADENAS J. “El control judicial: la diferencia entre un agente encubierto y un policía infiltrado”. *Neutral*, 16 marzo de 2023.

tienen competencias como Policía Judicial, resultando excluidos en las investigaciones de carácter internacional. Por otro lado, no están legitimados para ello los agentes de servicios de inteligencia del Estado, los agentes de la policía local o municipal ni los agentes del servicio de vigilancia aduanera²⁰.

La realidad es que en España se conocen pocos datos acerca del perfil que debe tener el agente infiltrado, pero se comprende documentación que recoge esa información obtenida de la experiencia del FBI Estadounidense y del Reino Unido. Así DEL POZO PÉREZ²¹ menciona las cualidades que deben poseer:

-Autonomía personal para la toma de decisiones adelantándose a las situaciones, incluida habilidad para enfrentarse a problemas y resolverlos.

-Eficiencia, eficacia y competencia.

-Capacidad para adaptarse al medio.

-Alta inteligencia, incluida la emocional.

-Debe ser equilibrado, calmado, que guarde el control.

-Debe tener capacidad de comunicación a todos los niveles: oral, gestual, lenguaje verbal y no verbal.

-Perfil de vendedor.

-Empatía, tener la capacidad de ponerse en el lugar del otro e interpretar las situaciones desde su punto de vista.

-Confianza en sí mismo con un alto grado de control interno.

-Dureza como equivalente a actitud poco sentimental, no tiene que ser necesariamente alguien frío, pero sí que no se deje llevar por sus sentimientos.

-Flexibilidad, en el sentido de ser tolerante con los valores culturales y morales de otros.

-Tolerancia a la crítica y a la frustración.

-Confidencialidad y discreción.

²⁰ F.CADENAS J. *Op. Cit.*

²¹ *Op.cit.*

-Capacidad de asumir riesgos sin llegar a ser temerario.

-Preferentemente soltero y sin hijos.

-Resistente al dolor y con aguante físico considerable.

-Debe ser una persona no significada, vulgar y corriente. Sin manías.

-Edad: entre 25 y 45 años, ya que si es demasiado joven corre el riesgo de que cometa errores por la necesidad de reafirmarse y demostrar su valía, y por el contrario, si es demasiado mayor se temen en exceso las pérdidas y el cambio es mucho más difícil de asumir, así como el adaptarse a él.

-Aspecto físico corriente.

-Culto. Se necesita un nivel cultural medio-alto.

Todos estos rasgos son los que en principio se consideran el modelo de parámetros a evaluar por los psicólogos encargados de participar en la selección del futuro agente, pero si varían en algún caso, no pueden servir para invalidar *a priori* a una persona para ejercer como infiltrado, ya que esta situación podría ser lesiva de derechos fundamentales consagrados en la CE.

III.4.Requisitos y condiciones del agente encubierto (selección, consentimiento, medidas de protección, plazos...).

El art. 282 bis LECrim refleja la voluntariedad de actuación de los funcionarios como agentes encubiertos. Estos pueden prestar el consentimiento mediante elaboración de un documento que contendrá voluntad libre y expresa de asumir la misión de AE y su conocimiento sobre los riesgos que implica.

En cuanto a las medidas de protección, según indica el artículo mencionado anteriormente, el AE puede actuar bajo la identidad supuesta, comprobar la actuación del delincuente y colaborar con este adquiriendo y transportando objetos, efectos o instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos. Además, en anteriores epígrafes, se ha mencionado que el AE está exento de responsabilidad criminal por las actuaciones que pueda llevar con el fin de colaborar en las investigaciones. El precepto indica también que el agente podrá

mantener dicha identidad cuando testifique en el proceso que pudiera derivarse de los hechos en que hubiera intervenido y siempre que así acuerde mediante resolución judicial motivada. Les resulta aplicable lo dispuesto en la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre de protección a testigos y peritos en causas criminales.

En lo relativo a la duración, el agente tiene concedida la identidad por el Ministerio del Interior por plazos de seis meses, que pueden ser prorrogados por periodos iguales de tiempo. La información y pruebas que hayan obtenido estos conforme avance la investigación deberán ser puestas de forma inmediata a disposición judicial o del fiscal que les concedió la autorización para actuar de ese modo (artículo 282 bis.1 LECrim). Durante ese período, queda legítimamente habilitado el agente para participar en todo lo relacionado con la investigación concreta y a participar en el tráfico jurídico y social bajo tal identidad.

III. 5. Procedimiento y principios de actuación.

A continuación, se analiza el desarrollo detallado y preciso sobre el procedimiento y principios de actuación existentes en la infiltración de un AE²².

Para empezar haré mención de los principios de actuación que giran en torno al procedimiento de actuación del agente encubierto, que son los siguientes:

-El principio de legalidad, que implica que todas las actuaciones que lleve a cabo el AE deben estar justificadas por su tipificación expresa en ley de forma previa. En este caso, se regula en el art. 282 bis LECrim.

-El principio de especialidad. Este indica que no son válidas las autorizaciones genéricas, sino que debe de tratarse de delitos concretos que se encuentren dentro del art. 282 bis LECrim. Además, impide la presencia de AE de forma permanente e indefinida en el tiempo, ya que solo se adoptarán medidas cuando se pruebe la sospecha cierta de que está cometiendo o se va a cometer un delito recogido en el artículo anteriormente mencionado y por un periodo de 6 meses prorrogables por periodos de igual duración.

-El principio de subsidiariedad. La subsidiariedad hace referencia a que el uso de la figura del AE solo procede cuando se hayan agotado todos los métodos posibles de investigación

²² NICUESA LAFONT, L. *El agente policial encubierto*. Valencia: tirant lo Blanch, 2022, pp. 105-230

menos lesivos de derechos y garantías, o el uso de estos fuera imposible. Es decir, solo se puede utilizar para el descubrimiento de supuestos delictivos de naturaleza sumamente grave.

-El principio de proporcionalidad. El AE solo puede actuar en casos de extrema gravedad, cuya investigación no sea posible de otro modo, como puede ser, por ejemplo, en casos de terrorismo o narcotráfico²³.

-El principio de intervención y control judicial. Este tiene que ver con la autorización, pues es necesaria la intervención judicial para que las actuaciones que se lleven a cabo por el agente encubierto tengan valor probatorio. Este control va dirigido a la protección y tutela de los derechos del investigado al desconocer éste la actividad que se está llevando a cabo.

Algunos de los derechos fundamentales de los investigados que pueden verse afectados y limitados en el procedimiento de actuación del AE son el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE), el derecho a la protección de datos (art. 18.2 y 4 CE), el derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE), el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), el derecho a la defensa y a la presunción de inocencia (art. 24 CE), el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable (art. 24.2 CE)²⁴.

II.5.1. Fase previa.

El procedimiento comienza con una fase previa, pues la policía necesita un conocimiento de acerca de una actividad criminal, que puede llegar a través de varias vías:

-Por medio de un confidente: la mayoría de infiltraciones surgen por avisos de confidentes sobre la existencia de una red criminal. Como explica SACRISTÁN PARÍS²⁵, en investigaciones de tráfico de estupefacientes o cualquier otro tipo de investigación del crimen organizado la mayor parte de las veces resulta imposible de llevar a cabo sin un informador, es decir, confidente.

²³ CARDOSO PEREIRA, F. *Agente encubierto y proceso penal garantista: límites y desafíos*. Salamanca, Tesis doctoral, 2012 pág. 295.

²⁴ SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Susana. “El agente encubierto como diligencia de investigación penal”. *Revista General del Derecho Procesal, Dialnet*. ISSN-E 1696-9642, N° 62, 2024.

²⁵ SACRISTÁN PARÍS, F. *La cultura de la inteligencia. La inteligencia en la lucha contra las nuevas amenazas: la delincuencia organizada transnacional*, Instituto Universitario de Investigación sobre Seguridad interior, 2011, pág. 14.

El confidente es una persona muy próxima a la banda que conoce un dato o necesidad de la misma y se lo comunica a la policía. Esta técnica es admisible. La STS nº 975/2007 del 15 de noviembre refleja *“exclusivamente se ha solicitado la colaboración del denunciante, para que, bajo control judicial, realice una indicación al tenido por jefe de la organización y se sugiera la intervención de un tercero, que será precisamente el agente encubierto...Luego, si la ley permite tal superchería, con objeto de desarticular la investigación, no podemos comprender que impida cualquier otro modo imaginativo para lograr la introducción que, por cierto, será el aspecto más complicado de toda esa operativa policial”*.

Este se puede definir como aquel individuo perteneciente a un grupo criminal, que decide acudir ante las autoridades penales dispuesto a confesar sus propios crímenes y colaborar con la justicia mediante el suministro de información. Esto permitirá individualizar los hechos delictivos del grupo y a sus integrantes, Se trata de una infiltración sobrevenida, controlada por el poder público²⁶.

-Por medio de agencias policiales extranjeras: aquí entra en juego la cooperación internacional que ha acompañado a la globalización de la criminalidad. Destaca la agencia policial extranjera DEA²⁷, norteamericana. Dichas agencias alertan sobre la presencia de la organización, sus necesidades, aportan al AE y piden a España que promueva su designación²⁸.

-Infiltraciones en frío: es la acción de un policía que, sin una investigación o fuente de conocimiento concreta, se despliega ocultando su condición en un entorno criminal para interactuar con el mismo, esperando pacientemente a que en algún momento le hagan una propuesta delictiva. Básicamente consiste en que el agente, que de momento no es encubierto, vaya labrando poco a poco una cobertura que consiga minar la desconfianza del grupo que previamente no estará casi definido. Lo natural es que este proceso dure años, pues suele ser una operación compleja que requiere paciencia para el posible futuro éxito.

El agente tendrá que generar una vida totalmente paralela, incluso dejando de lado la verdadera. Para ganar una mayor credibilidad, su presencia en el entorno donde se tiene que infiltrar debe ser casi permanente. La larga duración de la infiltración y la permanencia

²⁶ GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, M. Criminalidad organizada, p. 150

²⁷ Droug Enforcement Administration.

²⁸ NICUESA LAFONT, L. *Op.cit*, pág 150

del agente en un entorno hostil obligan a la realización de un gran despliegue operativo para garantizar su seguridad.

Después se realiza lo que se llama contactos previos policía-investigado. Estos están legalmente permitidos, por lo que se habilita a la Policía a investigar delitos. Se entiende como un mecanismo de comunicación agente-sospechoso. Para que una infiltración tenga éxito es evidente que debe haber una corriente inicial de confianza entre el AE y el investigado. El mismo art. 282 bis LECrim señala que la autorización debe concederse a investigaciones policiales ya en marcha. Estas investigaciones previas son necesarias para contrastar los datos obtenidos y evitar la precipitación, acudiendo al Juez o Fiscal con datos insuficientes para que se conceda la autorización. Los contactos anteriores realmente equivalen a infiltraciones de corta duración por lo que no precisan de autorización judicial. En cambio, debe acudir a la autorización cuando se tiene una información precisa, el delito es inminente o haya que pedir la intercepción de las comunicaciones. El agente que participa en los contactos previos es un AE en sentido funcional.

El contacto previo entre el agente y el investigado es una actuación completamente correcta y permitida en un tiempo previo a la autorización²⁹. Ahora bien, quedan fuera de la cobertura jurídica del artículo 282 bis LECrim y de la aplicación de la eximente de responsabilidad penal. De todas formas es claro que el hecho de que un funcionario policial lleve a cabo tareas de investigación antes de llegar a tener el carácter que regula el art. 282 bis LECrim, no implica que no pueda servir válidamente como testigo y ser oído en tiempo anterior. Lo que diferencia un tiempo de otro es que la exención de responsabilidad penal no será aplicable al periodo previo³⁰.

²⁹ No puede exigirse la autorización si en la fecha de los hechos no existía una previsión legal al respecto. La STS nº 1114/2002 de 12 de junio, indica “*es cierto, como señala el recurrente, que en la fecha de los hechos no existía una previsión legal de las actuaciones del llamado agente encubierto. Pero eso no significa que su actuación haya de considerarse fuera de la ley y así lo había entendido la jurisprudencia de esta Sala (STS 5 de junio de 1999), que afirmó que la falta de autorización judicial o del Ministerio Fiscal en el empleo de agentes encubiertos no impide valorar como pruebas sus declaraciones. Se trata de una actuación de la Policía Judicial en cumplimiento de las funciones que el ordenamiento le impone en relación a la averiguación de los delitos y al descubrimiento y aseguramiento de los delincuentes (art. 126 CE) que será lícita si no se conviene en una provocación al delito y no afecta de otra forma a derechos a derechos fundamentales, lo cual no consta que se haya producido en la investigación de los hechos objeto de la presente causa, tal como se ha puesto de manifiesto en los anteriores Fundamentos de Derecho*”.

³⁰ STS nº 575/2013, de 28 de junio.

Sobre la solicitud policial de infiltración, la ley no establece el contenido de esta. Jurisprudencialmente se ha acotado con detalle tanto lo que la solicitud debe contener, como aquello que tiene que silenciar³¹. La policía no tiene que especificar en su petición de infiltración la concreta fuente por la que ha conocido la existencia de la organización criminal y el servicio que precisa.

En algunos ordenamientos, la norma prevé expresamente el contenido de la solicitud policial. Por ejemplo, en Brasil³² la petición del Fiscal o la Policía al Juez “*contendrá la demostración de la necesidad de la medida, el alcance de las tareas de los agentes y, cuando sea posible, los nombres o apellidos de las personas investigadas y el lugar de la infiltración*”.

III.5.2. Autorización.

El art. 282 bis LECrim atribuye la competencia al Juez de Instrucción o Ministerio Fiscal (en su caso, dando cuenta inmediatamente al juez de instrucción) para otorgar la autorización que condiciona el inicio de una infiltración para llevar a cabo una investigación.

El Juez de Instrucción se encargará de autorizar la infiltración del agente y de controlar su actividad, ya que esta restringe derechos fundamentales como puede ser el derecho a la intimidad. Para autorizar el uso de la investigación encubierta, el órgano jurisdiccional instructor competente debe llevar a cabo un juicio de proporcionalidad o razonabilidad de la medida. De tal manera que antes de adoptar la resolución correspondiente tiene que valorar las siguientes circunstancias³³:

-En primer lugar, la existencia de indicios suficientes, es decir, que dicha banda este llevando a cabo infracciones delictivas recogidas en el art. 282 bis LECrim. Debe existir un grado de imputación bastante de la comisión del hecho delictivo verificándose por el

³¹ El Anteproyecto de la LECrim del año 2020 preveía (art. 502) que la solicitud del Fiscal al Juez para que se designe un agente infiltrado deberá aportar indicios fundados de la existencia de una organización criminal y de la pertenencia y colaboración de la persona investigada con la misma. Asimismo, la solicitud habrá de justificar suficientemente la necesidad de practicar la infiltración. Se harán constar los medios de investigación utilizados hasta ese momento y la necesidad de continuarla de forma encubierta para alcanzar los fines que se pretenden.

³² Art. 11 Ley 12850.

³³ DEL POZO PÉREZ, M. *El agente encubierto como medio de investigación de la delincuencia organizada en la ley de enjuiciamiento criminal española*. Criterio jurídico, n° 6, 2006, pp. 292-295.

órgano jurisdiccional la existencia de datos objetivos determinados. Es claro que la aportación de los datos relativos a esos indicios es labor de la Policía, es decir, es necesaria una labor previa de la Policía, y deberá presentar esta información al Juez junto a la solicitud de la investigación encubierta.

-La segunda circunstancia a tener en cuenta es la idoneidad de la medida. Es necesario que el órgano jurisdiccional determine que la introducción en la banda organizada de un funcionario de policía de manera encubierta va a ser apta para obtener datos relevantes para la investigación de la red, ósea, que la medida adoptada vaya a contribuir al buen fin del desarrollo de la investigación y permita averiguar todos los extremos relacionados con la organización.

-En tercer lugar, la necesidad o subsidiariedad de la medida. Esto hace referencia a que el fin de la investigación y la obtención de datos de la red criminal no se pueden adquirir en ningún caso por otro medio que resulte menos gravoso, restrictivo o lesivo para los derechos fundamentales implicados.

-En cuarto lugar, la gravedad de la conducta investigada. Esto va más allá de la mera valoración por el Juez de la cuantía de la pena señalada en la tipificación del hecho delictivo. La mayor parte de los delitos del art. 282 bis LECrim son de gravedad, pero el Juez debe valorar no solo eso, sino si la conducta resulta grave de por sí. El Juez debe estudiar el ámbito geográfico de actuación de la organización, si es transnacional, si utiliza la corrupción, o la extorsión para eludir la acción de la justicia, determinar si es violenta, si se blanquean capitales y también podrá valorar otras cuestiones que considere oportunas.

-En último lugar, hay que resaltar la motivación. Es evidente que todos estos factores de las líneas anteriores deben recogerse de forma detallada y fundamentada. El mismo art. 282 bis LECrim indica que la autorización de la medida se llevará a cabo mediante “resolución fundada y teniendo en cuenta su necesidad a los fines de investigación”. Esta resolución debe determinar con claridad el contenido de la autorización, detallar las circunstancias, el tipo delictivo. La motivación será suficiente si refleja la proporcionalidad de la intervención del AE. Como indica la STS nº 250/2017, de 5 de abril *“por lo demás y, como se ha remarcado, basta la lectura del auto cuestionado para apercibirse de que está suficientemente motivado, exponiendo la proporcionalidad de la medida al tratarse de un transporte transnacional de la droga”*.

El Ministerio Fiscal, en cambio, solo puede autorizar la intervención del Agente encubierto si existen razones de extraordinaria urgencia que hagan imposible acudir al Juez de

Instrucción, y tiene, seguidamente, la obligación de comunicárselo al Juez. Una vez ha dado cuenta de ello al Juez, debe cesar en su investigación por aplicación del art. 773.2 LECrim que le obliga a “...cesar en sus diligencias, en todo caso, tan pronto como tenga conocimiento de la existencia de un procedimiento judicial sobre los mismos hechos, y remitir todo lo actuado al Juzgado que esté conociendo el asunto” o puede continuar tramitando las diligencias y proseguir con la supervisión de la infiltración. La circular 2/2022, de 20 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado, sobre la actividad extraprocesal del Ministerio Fiscal en el ámbito de la investigación penal entiende que no deben cerrarse las diligencias necesariamente y que el fiscal puede seguir investigando³⁴. La dación en cuenta no implica la necesidad de acordar la inmediata judicialización del expediente. La Circular hace referencia a que, aunque el fiscal debe cesar con la judicialización del asunto, las diligencias que practique no son nulas ante la falta de previsión legal.

El Fiscal autorizará la infiltración en el marco investigador en que tiene el poder exclusivo de dirección como son las diligencias preprocesales de investigación, que son previas a cualquier investigación judicial y el Juez lo hará dentro de una instrucción judicial. Como señala la STS nº 503/2021 de 10 junio, el Fiscal, en el marco del art. 5 del Estatuto Orgánico tiene “la posibilidad de llevar a cabo las diligencias de investigación para las que esté autorizado según la LECrim, entre las cuales se incluye la habilitación de agentes encubiertos, por lo que no cabe acoger la falta de competencia alegada”. GASCÓN INCHAUSTI³⁵ concluye que esta autorización sólo será posible si no se trata de una investigación de la que ya esté conociendo un juez. Matiza que las diligencias preprocesales tienen que estar abiertas de forma anterior a la solicitud ya que si no hay investigación oficial en marcha a cargo del Fiscal o del Juez, no tiene sentido que la Policía Judicial acuda al Fiscal. La autorización del empleo de la identidad ficticia permite la infiltración y esta es un engaño que afecta de forma mínima a la intimidad³⁶. La STS nº 173/2018 del 11 de abril señala como en sí

³⁴ Se modifica el Criterio de la Circular 4/2010 sobre las funciones del Fiscal en la investigación patrimonial en el ámbito procesal penal que interpretaba que inexorablemente debía ponerse fin a las diligencias de Fiscalía y judicializar el tema “También el Fiscal podrá autorizar la técnica del agente encubierto,...En su virtud, en estos supuestos habrá de procederse a la inmediata judicialización del expediente, en tanto en apartado primero de este precepto exige del Fiscal que cuando autorice tal técnica de investigación dé cuenta inmediata al Juez”.

³⁵ GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. *Infiltración policial y agente encubierto*, Granada: Comares, 2001, pp. 199-201.

³⁶ Como señala RIZO GÓMEZ, Belén: “El agente encubierto como herramienta...” aunque potencialmente pueda estar afectada la intimidad ya que...puede suponer la entrada en parcelas íntimas de las persona, tales como relaciones afectivas, sexualidad, enfermedades, adicciones”. Esto sería en las operaciones de larga duración que, como hemos visto, son inéditas en nuestro país. En

misma la autorización es “*una afectación leve de la intimidad, radicando la exigencia legal de permiso en la posibles injerencias en derechos fundamentales amparadas en un engaño o simulación (derechos a no declararse culpable, a no declarar contra sí mismo; intimidad; inviolabilidad del domicilio)*”.

III.5.2.1. Forma, contenido de la autorización.

La forma de la autorización judicial será mediante auto si proviene del Juez de Instrucción o mediante decreto si proviene del Ministerio Fiscal. Tiene forma de auto también la resolución del Juez confirmando o revocando la autorización de la medida por el Fiscal. Existen otras medidas de autorización que pueden adoptarse en supuestos excepcionales:

Una de ellas es estableciendo vías mediante las que el infiltrado debe cumplir su deber de información. En caso de que la integridad física de este corra peligro, podrá designar un segundo agente que sea el encargado de transmitir al juez la información obtenida.

Otra forma se consigue fijando períodos para trasladar la información que se vaya obteniendo, sin perjuicio de comunicar de forma inmediata aquella que sea relevante para la investigación.

La última posibilidad consiste en acotar el tiempo de la infiltración, siendo asequible prórroga en función de los resultados obtenidos.

La notificación de la resolución autorizante al AE debe llevarse a cabo por medios fehacientes que descarten cualquier riesgo para la integridad física del agente encubierto.

III.5.3 Actuaciones.

Una vez se ha concedido la autorización, el agente encubierto queda ya legitimado para sus primeras labores de infiltración³⁷. Sobre las actuaciones que este puede llevar a cabo, el art. 282 bis LECrim establece que bajo identidad supuesta podrá “*adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos quedando legítimamente habilitados para actuar en todo lo relacionado con la investigación concreta y a participar en el tráfico jurídico y social*

una o varias reuniones en las que se va a tratar la venta de droga es difícil que se descienda a esos niveles de confianza.

³⁷ NICUESA LAFONT, L. *El agente policial encubierto*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2022, pp. 165-170.

bajo tal identidad?. De ello se infiere que la actuación del agente encubierto está claramente sometida al principio de legalidad.

El agente encubierto está facultado para varias actuaciones. Según MARTA DEL POZO PÉREZ³⁸, esto hace pensar que todo agente encubierto en su identidad oculta debe incluir nombre falso, dirección, teléfono, cuenta bancaria, historial penal, para poder actuar con la máxima libertad y seguridad. Recordemos los presupuestos de proporcionalidad, necesidad y racionalidad que se deben de tener en cuenta en el procedimiento de actuación. Es también importante el principio de control jurisdiccional³⁹, es necesaria la intervención judicial para que las actuaciones llevadas a cabo por el AE puedan adquirir valor probatoria. Este control va dirigido a la protección y tutela de los derechos del investigado al desconocer éste la actividad que se está llevando a cabo.

Puede entenderse que existen varios límites a la actuación del AE como en el caso de las actuaciones que afecten a los derechos fundamentales, ya que aquí se necesitará una intervención judicial que autorice la medida de acuerdo a la exigencia legal. En este mismo sentido, está prohibida la provocación al delito; otro límite es la valoración de la existencia de la proporcionalidad o no con la finalidad de la investigación en las actuaciones.

La autorización tampoco es una habilitación legal en blanco que permita todas las actuaciones por parte del AE. Por ejemplo, si el agente considera útil para la investigación intervenir un teléfono, o entrar y registrar determinado domicilio ha de ponerlo en conocimiento del órgano jurisdiccional instructor competente que le autorizó a infiltrarse, para que valore las circunstancias concurrentes y otorgue un auto autorizando la entrada, registro o escucha telefónica⁴⁰. Si el AE no siguiera este trámite y actuara sin tenerlo en cuenta, los resultados que obtuviera son inválidos ya que se trataría de pruebas obtenidas vulnerando derechos fundamentales.

Es probable que surjan algunas dudas como ¿Qué pasa si un miembro de la organización invita a su domicilio particular, en el marco de la confianza que les une, al agente encubierto? ¿Puede entenderse que opera el consentimiento que de acuerdo a la LECrim habilita para realizar una entrada y registro, de manera legal, sin auto que lo autorice? DEL

³⁸. *Op.cit*, pág 297.

³⁹ CARDOSO PEREIRA, Flávio, *Agente encubierto y proceso penal garantista: límites y desafíos*, pp. 296-298.

⁴⁰ DEL POZO PÉREZ, M. *Op.cit*, pág 299.

POZO PÉREZ⁴¹ resuelve que es evidente que el agente no puede negarse a entrar en dicha casa porque tiene que fomentar la relación de confianza para conseguir la finalidad de la investigación. Además, rechazar la invitación resultaría sospechoso. Este engaño de acceder a su casa con esa identidad falsa siendo realmente funcionario de Policía, no puede entenderse amparado por el auto inicial que autoriza la infiltración, ya que esa resolución judicial no legitima la restricción del derecho a la inviolabilidad del domicilio. Hay otros autores que creen que estas entradas domiciliarias por investigación han de reputarse inconstitucionales y que el agente incurre en responsabilidad penal.

Otra de los interrogantes que surge es qué ocurre cuando un funcionario de Policía mantiene una conversación con otro miembro de la banda. ¿Es posible que se usen los datos que se obtengan en ella? No existe dificultad alguna en que el agente encubierto utilice los datos obtenidos en una conversación o diálogo entre su persona y otro miembro de la organización delictiva siempre que esta se haga con plena libertad y que sea una situación producida de forma espontánea, porque aunque se siga tratando de un engaño por la identidad falsa del Policía, esta medida se prevé por la legalidad vigente y cumple con las exigencias de proporcionalidad, razonabilidad y necesidad. Lo difícil es determinar cuando se da una conversación espontánea y de modo natural, excluyente de cualquier atisbo de provocación, incitación, etc.

El agente está facultado para grabar una conversación propia⁴², es una actuación lícita, permitida, pues podrá registrar en audio y video todo lo que vea, observe y escuche. Todo el material resultante de aquello puede ser usado como prueba documental en juicio oral, para corroborar y justificar lo afirmado por el agente infiltrado.

Recordemos que, en caso de que el agente se percate en el seno de la investigación de que dichos individuos se dedican a otros tipos delictivos del art. 282 bis LECrim, debe ponerse en contacto con el órgano jurisdiccional lo más rápido posible explicando dicha situación, solicitando que si el juez lo considera oportuno amplíe el auto autorizante⁴³.

Las facultades más comunes del AE⁴⁴ son, por un lado, la entrega de sustancia estupefaciente, dinero y diferir la incautación de la droga y del dinero. Realmente la doctrina resalta que las posibilidades de actuación del AE son limitadas. Esta observación

⁴¹ *Op.cit*, pág 302.

⁴² SSTC 70/2002, de 3 de abril, 24/1996, de 11 de marzo y 114/1984, de 9 de noviembre.

⁴³ DELGADO MARTÍN, J. *Criminalidad*. Jm Bosch; n° 1 edición, 2001, pp. 69-70.

⁴⁴ NICUESA LAFONT, L. *El agente policial encubierto*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2022, pp. 165-170.

se hace en relación con otras legislaciones, en las cuales no solo realizan labores como la facultad mencionada anteriormente, sino otras muchas más como compras de prueba donde el dinero se lo queda la organización y por tanto solo hay constancia de la droga entregada. Esto ocurre en Suiza (si fuera necesario, podrán hacer compras preliminares o facilitar pruebas de su capacidad de pago)⁴⁵, en Noruega (se permite comprar pequeñas cantidades de narcóticos para mantener la credibilidad ante la organización criminal)⁴⁶ y Colombia (permite asimismo...si fuera necesario, adelantar transacciones)⁴⁷.

Por ejemplo, en Alemania, el agente infiltrado, durante su actividad, puede tomar parte en el tráfico jurídico bajo falsa identidad, o sea, realizar todo tipo de actos jurídicos, demandar y ser demandado en juicio, fundar sociedades, etc. En Portugal⁴⁸ el funcionario autorizado puede actuar bajo la identidad ficticia en el ejercicio de la concreta investigación, o genéricamente en todas las circunstancias del tráfico jurídico y social, aceptar, retener, guardar, transportar o entregar estupefacientes. En Italia⁴⁹, la ley permite al AE el uso temporal de bienes muebles e inmuebles y documentos de identidad.

La segunda principal facultad es operar en el tráfico jurídico bajo la falsa identidad. El AE podrá intervenir en toda clase de negocios jurídicos, exceptuados los de Derecho de Familia y el otorgamiento de testamento. Podrá comprar, vender, constituir sociedades.

III.5.6. Validez, ampliación y extinción de la autorización.

La actuación irregular del agente infiltrado por no pedir la autorización cuando debe hacerlo o excederse de sus términos es una conducta irregular pero no invalida su actuación siempre que no haya vulnerado derechos fundamentales⁵⁰.

Sobre las actuaciones nulas, se producen cuando el agente realiza una conducta que viole un derecho fundamental como entrar o registrar un domicilio, interactuar en canales

⁴⁵ Art. 293.3 CPC

⁴⁶ Fichas Belgas. Consejo General del Poder Judicial

⁴⁷ Art. 242 CPP

⁴⁸ Lei nº 101/2001, de 25 de agosto, acções encobertas.

⁴⁹ Art. 9.2 Ley nº 146 de 16 de marzo de 2006

⁵⁰ La doctrina judicial ha considerado que la omisión de la autorización supone un elevado riesgo de provocación y ha rechazado el valor probatorio de la información obtenida por el AE. Es el caso de la SAP de Barcelona, secc. 6, nº 950/2011, de 28 de octubre que expone como “la actuación del pretendido agente encubierto no podrá considerarse amparada por el contenido del art. 282 bis LECrim, pues no consta en las actuaciones la autorización allí prevista, con lo que, si la droga fue introducida en España por iniciativa de algún cuerpo policial u organismo oficial estaríamos ante un claro supuesto de delito provocado”.

cerrados de comunicación, o grabar encuentros sin la correspondiente autorización judicial. En estos casos se aplicará el art. 11 LOPJ que establece la nulidad de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales. La consecuencia es que el agente no podrá declarar como testigo y lo obtenido con la lesión de derechos fundamentales quedará sin efecto.

Si en el desempeño de su labor, el agente encubierto pretende extender el ámbito de su investigación (seis meses) porque adquiere indicios de grupo en el que se ha infiltrado comete otros delitos, además de aquellos para los que se concedió la autorización inicial, deberá solicitar o pedir a sus mandos policiales que lo hagan en su lugar, una extensión de la autorización. La concesión de esta extensión presupone que los nuevos delitos se incluyan en algún apartado del art. 282 bis 4 LECrim. Pero, ¿qué sucede si los nuevos delitos constatados por el infiltrado no son de los previstos legalmente? ¿No podría el agente obtener válidamente pruebas sobre delitos que no encajen dentro de la previsión legal? Se entiende que, según GASCÓN INCHAUSTI⁵¹ sí, siempre que se trate de delitos conexos con aquellos.

Estando en marcha una infiltración lícita debería aplicarse la doctrina del “hallazgo casual” a aquellos otros delitos conexos que por no haberse cometido organizadamente, o por no encajar en el catalogo legal no han podido ser de autorización expresa ni de extensión posterior. Las pruebas obtenidas por el agente encubierto respecto de los mismos podrían fundar válidamente una sentencia de condena tras el correspondiente juicio oral, incluso si por las razones que fueran se enjuiciaran separadamente de las conductas del art. 282 bis LECrim.

La autorización se extinguirá y quedará sin validez cuando se de alguno de los supuestos⁵²:

- a) Acordada por el Ministerio fiscal, no se da cuenta inmediata de ella al Juez de Instrucción, o a pesar de lo anterior, este lo revoca.
- b) Termina el plazo de duración inicial o de alguna de las prórrogas y ni la Policía ni el Fiscal solicitan de nuevo la prórroga (porque considere que haya fracasado, haya perdido el sentido)
- c) Pedida la prórroga, el Juez de Instrucción la deniega porque la infiltración no haya tenido ningún fruto significativo ni parece que se vaya a obtener, o porque se haya

⁵¹ GASCÓN INCHAUSTI, Fernando: *Infiltración policial y “agente encubierto*. Granada: editorial Comares, 2001, pp. 225-226.

⁵² GASCÓN INCHAUSTI, *Op. Cit.*

desvanecido la apariencia delictiva en que se fundó la autorización o se trata de delitos que no se comenten por organización ni encajan en el listado 282 bis 4 LECrim.

d) Antes de que llegue el momento de solicitar la prórroga, el Juez de Instrucción de oficio también puede cancelar expresamente la autorización cuando de la información que suministre el agente lo considere oportuno. Esta situación es extraña, pues no es previsible que maneje los conocimientos técnicos precisos para hacer valoraciones, pero no puede descartarse en la práctica que esto suceda.

e) Cuando el agente o los mandos policiales que supervisen su labor constaten que la medida no está aportando los frutos deseados o que la infiltración ha devenido imposible dentro de la organización. En tal caso el propio agente puede ponerle fin a su actuación o pueden ordenarle que lo haga sus mandos policiales.

f) Cuando se constata peligro para el agente encubierto. En tal caso, este podría abandonar su labor y sus mandos policiales podrían ordenarle que lo haga también. Esto es así porque la autorización para investigar no supone orden o mandato judicial para hacerlo. Por tanto si abandona no estaría infringiendo ningún deber. Podría ser que en casos de abandono injustificado se diera una sanción disciplinaria.

IV. DIFERENCIAS DEL AGENTE ENCUBIERTO CON OTRAS FIGURAS AFINES.

Existen varias actuaciones realizadas por un policía que tienen la virtualidad de aproximarse a las del AE, pero que no se identifican con ella. A simple vista, parece que se puede tratar del AE debido al parecido que reflejan las características de algunas de las figuras descritas a continuación. Pero estas son destinadas a otros fines que realmente no están conectados, más allá del simple parecido, con la figura del AE. La tipología de situaciones relacionadas entre sí es muy variada. A continuación nos referimos a alguna de ellas⁵³.

En primer lugar los agentes de paisano que ocultan su identidad policial. Se trata de agentes que actúan con terceros sin una identidad ficticia, pero limitándose a ocultar su identidad.

⁵³ NICUESA LAFONT, L. *Op.cit.* pp. 33-54

Se distinguen diferentes ámbitos de actuación de estos.

Un primer supuesto es el del agente de paisano que asume un rol de comprador en un trapicheo de droga u observa la transacción de compra-venta de droga.

Las SSTS n° 1140/2010 de 29 de diciembre (Tol 2017457) y n° 104/2011, de 1 de marzo (Tol 2065578) exponen como debe diferenciarse al AE del *“funcionario policial que de forma esporádica y aislada y ante un acto delictivo concreto oculta su condición policial para descubrir un delito ya cometido”*.

La interacción del policía oculto con el investigado es tan escasa y la identidad ficticia tan primitiva que no puede equipararse a un AE que debe ser autorizado específicamente. La cobertura legal de este agente está en las facultades de investigación ordinaria de los delitos que la LECrim atribuye a los policías en el art. 282.

No podría considerarse que sea un AE el agente de paisano que observa el intercambio de droga por dinero y practica la detención⁵⁴.

Otro tanto sucede cuando el policía simula ser cliente en establecimiento dedicado a la prostitución. Esta figura tampoco puede tratarse de un agente encubierto, por tanto, está fuera del art. 282 bis LECrim, el policía que en una labor de inteligencia se hace pasar por cliente de prostitución para detectar o confirmar la presencia de un delito de prostitución o trata de personas.

Otro supuesto es del policía que finge ser amigo del AE. Es posible que otro policía acompañe al infiltrado con un rol genérico de amigo o compañero de trabajo. En este caso no se considera que esa figura se trate de un agente encubierto. Ese compañero casi no interacciona con el investigado, solo para un acto muy puntual como es una reunión, por lo que queda extramuros del art. 282 bis LECrim.

Es el caso resuelto por la SAN, secc. 2ª, n° 31/2016, de 1 de junio (Tol 5758285) *“se hizo la reunión y se presentó a un agente que era un guardia cuya misión era proteger al agente encubierto porque era una unidad especial de intervención, y asegurar que la mercancía no se la pudieran quitar ni robar. Se presentó a estas personas como un compañero de trabajo. Él no hablaba, su papel era simplemente acompañar al agente encubierto”*.

⁵⁴ ATS n° 299/2017, de 26 de enero (Tol 5987928.)

Se puede mencionar otro supuesto de los pasajeros en medios de transporte o actos públicos que se despliegan en dispositivos de prevención del delito. Es una realidad conocida, pero que carece de regulación normativa. Al igual que en los agentes de paisano que se ocupan de trapicheo de droga por su escasa incidencia en el derecho de la intimidad de la persona, su actuación no precisa de autorización judicial.

Conviene destacar, en el ámbito del transporte terrestre a la Brigada Móvil. Conforme a la nota de prensa del CNP del año 2012 “*Los agentes de la Policía Nacional adscritos a la Brigada Móvil no se limitan al ferrocarril. Su actividad engloba el transporte terrestre, que incluye autobuses interurbanos, las líneas de metro y los autobuses urbanos, el transporte aéreo, el transporte marítimo incluida la seguridad en las estaciones, intercambiadores y puertos*”.

En la esfera del transporte aéreo, GÓMEZ HERNÁN⁵⁵ señala como en el año 2014 fue aprobado un protocolo de Enmienda al Convenio sobre las infracciones y otros actos cometidos a bordo de las aeronaves, conocido como Convenio de Tokio de 1963, que regula los oficiales de seguridad aérea que van de paisano en los vuelos (IFSOs-In flight security officer). Este Convenio establece que solo puedan actuar a solicitud del comandante de la aeronave, o sin tal autorización para tomar medidas preventivas razonables, a fin de proteger la seguridad de la aeronave o de las personas que se hallen dentro de la misma de un acto ilícito o de la comisión de infracciones graves. Es decir, ningún Estado contratante podrá ser obligado a aceptar que actúen en su territorio oficiales extranjeros de seguridad a bordo de aeronaves, salvo autorización expresa concertada en acuerdos bilaterales o multilaterales, ni tampoco a implementar a un programa de IFSOs en sus países en virtud de la ratificación de dicho instrumento⁵⁶.

En cuanto a los agentes dobles, se trata de una profesión que se ha perpetuado en el tiempo y ha estado presente en la historia de todas las sociedades humanas. En la Europa medieval, la multiplicidad de naciones y los enfrentamientos entre ellas hicieron imprescindible la presencia de los espías. Una curiosidad en relación a esta temática, es que,

⁵⁵ GÓMEZ HERNÁN, A. “¿Agentes encubiertos de policía a bordos de las aeronaves en vuelos internacionales?”, *Diario Los Andes*, 7 de junio de 2014, edición electrónica.

⁵⁶ Siguiendo al autor hubo dos tesis contrapuestas “En este escenario, los Estados Unidos de Norteamérica, acompañados por Australia y la Asociación Internacional para el Transporte Aéreo, propiciaron una incorporación plena de la figura de aquellos oficiales, con amplias facultades para actuar e incluso para mantener el orden a bordo de una aeronave con independencia de la autoridad del comandante. Por otra parte, algunos países latinoamericanos y africanos se manifestaron firmemente en contra de la incorporación de esta figura en el Protocolo ya que consideraron imposible aceptar oficiales de seguridad armada para atender o reprimir actos de indisciplina, conductas menores a bordo o delitos comunes. Dichos países, consideraron que no podía permitirse la creación de otra autoridad paralela a la del comandante a bordo de una aeronave”.

antiguamente, se pensaba que, de todos los espías, el más útil era el agente captado⁵⁷. Con esto hacían referencia a un espía enemigo descubierto y obligado a trabajar como agente doble. En la mayoría de los casos el agente encubierto era eliminado, pero a veces se daba el caso de que pasara al servicio del príncipe que lo había capturado. Así pasó, por ejemplo, con Thomas Turberville, apresado por los franceses en 1924 y obligado a servirles en la corte de Eduardo I de Inglaterra, ya que sus hijos fueron retenidos como rehenes en Francia. Al año siguiente Turberville fue desenmascarado, juzgado y ejecutado públicamente en Londres.

A día de hoy, el agente doble, se define como un funcionario de Policía que una estructura criminal cree que ha corrompido, pero que informa a sus superiores de todo lo que ocurre. Así, en el caso resuelto por la STS nº 103/2003, de 28 de enero (Tol 265682), la red criminal, aprovechando la difícil situación económica y personal de un agente del Cuerpo Nacional de Policía se dirige a este para que, como Policía Nacional, transporte droga en su coche y supere los controles fronterizos de Melilla y del puerto de Almería. El agente comunica a sus superiores la oferta y obtiene un auto de entrega vigilada, manteniendo comunicaciones con los miembros de la red para cerrar los detalles de la operación.

Para observar la diferencia con el AE, la sentencia destaca que este se dirige a la organización y en el agente doble el camino es el inverso, es la red quien propone el delito al agente. El AE tiene la finalidad de investigar delitos propios de delincuencia organizada, se integra en una red clandestina, en cambio, el agente doble es buscado en su condición de tal para que facilite a los investigados el paso de la droga mediante precio, es decir, un intento de corrupción a agente policial. Actúa con identidad real y este sólo oculta que no ha aceptado la propuesta de la red y ha acudido a sus superiores.

Dicho agente “doble” se debe diferenciar del supuesto al que alude la STS nº 591/2018, de 26 de noviembre en que la red busca a un Guardia Civil que permite que una maleta con

⁵⁷ Juárez Valero, Eduardo. Historia, National Geographic. *Espías y agentes dobles: profesiones con origen en la Edad Media*. 19 de diciembre de 2023. Datos de consulta: día 6/03/2024, hora 12:48. de https://historia.nationalgeographic.com.es/a/espias-y-agentes-dobles-durante-edadmedia_19947#:~:text=Los%20agentes%20dobles,pr%C3%ADncipe%20que%20lo%20hab%C3%ADa%20capturado.

droga pase por el aeropuerto y la Unidad de Agentes encubiertos aporta un AE con el rol ficticio de ser un Guardia Civil destinado en dicho aeropuerto⁵⁸.

En este segundo supuesto sí resulta aplicable el régimen jurídico del art. 282 bis LECrim porque estamos ante un AE.

En cuanto a los agentes infiltrados con fines exclusivos de inteligencia policial, estos buscan obtener la radiografía de una organización criminal, pero con una finalidad de inteligencia policial y no, a diferencia del agente regulado en el art. 282 bis LECrim, para conseguir pruebas que hacer valer en juicio. Como señala la STS nº 171/2019, de 28 de marzo (Tol 7239204) *“la incorporación de este medio de investigación no significa que no se hubiera utilizado nunca anteriormente, con plena garantía de legalidad. No siempre las leyes colman vacíos, sino que vienen a sancionar, regulándolas adecuadamente, técnicas de investigación que ya contaban con un genérico soporte normativo, pero que es conveniente que tengan una adecuada regulación legal”*

Otro supuesto a destacar es la entrega vigilada del artículo 263 bis.2 LECrim. Este artículo establece que *“Se entenderá por circulación o entrega vigilada la técnica consistente en permitir que remesas ilícitas o sospechosas de drogas tóxicas, sustancias psicotrópicas u otras sustancias prohibidas, los equipos, materiales y sustancias a que se refiere el apartado anterior, las sustancias por las que se haya sustituido las anteriormente mencionadas, así como los bienes y ganancias procedentes de las actividades delictivas tipificadas en los artículos 301 a 304 y 368 a 373 del Código Penal, circulen por territorio español o salgan o entren en él sin interferencia obstativa de la autoridad o sus agentes y bajo su vigilancia, con el fin de descubrir o identificar a las personas involucradas en la comisión de algún delito relativo a dichas drogas, sustancias, equipos, materiales, bienes y ganancias, así como también prestar auxilio a autoridades extranjeras en esos mismos fines”*.

Según la STS nº 591/2018, de 26 de noviembre (Tol 940627) *“la entrega vigilada o controlada es una técnica policial consistente en permitir que remesas ilícitas o sospechosas de ser objeto de los delitos enumerados en el art. 263 bis circulen por el territorio español, o entren o salgan de él, bajo vigilancia, pero sin interferencia de la autoridad, con el fin de descubrir o identificar a las personas involucradas en la comisión del ilícito, así como también prestar auxilio a autoridades extranjeras en esos mismos fines.”*

⁵⁸ GÓMEZ RODRÍGUEZ, Serafín-Rafael: “la lucha policial contra la delincuencia organizada en España: Misión imposible”, Tesis doctoral, 2008, pág. 212 critica que “En los casos de los agentes policiales dobles que se prestan a aceptar los requerimientos criminales, tras la conformidad de los mandos policiales para que acepte ese peligrosísimo doble juego, los agentes trabajan en lamentables condiciones, al negar los jueces cualquier estatuto jurídico no contemplado normativamente. Por si fuera poco, la cobertura personal y familiar del agente queda en manos de la capacidad administrativa, al no estar regulada ninguna mejora de protección profesional y social”.

La entrega vigilada no requiere la autorización prevista en el art. 282 bis LECrim del Juez o Fiscal. El art. 263 bis LECrim permite su autorización por los responsables policiales. El Policía que lleva el envoltorio o la maleta con la droga ejecuta una técnica investigadora distinta y no es AE.

La STS nº 591/2018, de 26 de noviembre establece como diferencia que mientras en la entrega vigilada, la droga la controla la policía, en la infiltración del art. 282 bis LECrim no hay tal control porque la droga la lleva el investigado “...en este caso el hecho probado evidencia otra operativa cual la del viaje de Miguel Ángel llevando una maleta con droga, y es la que es intervenida. No se trata de una droga controlada por los agentes sino que es el portador de la droga el que viaja con ella estando facilitado en la creencia de la colaboración que al dispositivo les prestaba el agente encubierto,... No hay un control policial de la droga, sino que esta se lleva a cabo por su propio porteador que va con ella en el viaje y que es quien la recoge para proceder a su entrega a sus destinatarios previo pago de su precio...”. No obstante, se debe de tener en cuenta que el AE también tiene capacidad para transportar los efectos del delito sin tener que incautarlos⁵⁹.

Otra de las diferencias es que la entrega vigilada parte de la necesidad de identificar al destinatario de la maleta o del paquete postal que transporta la sustancia ilícita. El Policía encubierto conocerá normalmente a tal destinatario con el que ha mantenido contactos previos, pero puede ocurrir también que no lo conozca como ocurre en el supuesto contemplado la STS nº 104/2011, de 1 de marzo, que se menciona más adelante.

Entrega vigilada e infiltración pueden yuxtaponerse, pero no tienen necesariamente que darse las dos. Cada una actúa en sus marcos específicos⁶⁰.

La EV consiste en transportar y entregar los efectos del delito, deteniendo al destinatario mientras que la técnica del AE permite a este interactuar de forma más intensa con el investigado con una identidad ficticia plena pudiendo operar en el tráfico jurídico y social.

Un ejemplo en el que se combinan ambas técnicas lo ofrece la SAP de Madrid, secc. 7ª, nº 280/2020, de 17 de julio. El Fiscal autoriza la infiltración en un caso en que el agente infiltrado va a ayudar a la red a que entre droga por el aeropuerto. Posteriormente el juez de instrucción autoriza la EV, sustituyéndose la droga por una sustancia inocua.

En ocasiones lo que empieza como una EV acaba en una operación más compleja que hace necesario acudir a la identidad ficticia del art. 282 bis LECrim, ya que debe asumirse por el

⁵⁹ STS nº 277/2016, de 6 de abril.

⁶⁰ STS nº 591/2018, de 26 de noviembre

policía un rol determinado y una interacción con el investigado más intensa. Este es el caso que se describe en la STS nº 104/2011, de 1 de marzo. La Guardia Civil es informada de que un contenedor de gambas congeladas en el puerto de Barcelona contiene cocaína. Se solicita y concede por el Juez de Instrucción una autorización de entrega vigilada, con el fin de que, si algunas personas se interesaban por el despacho aduanero del contenedor, se llevara a cabo dicho despacho sin ningún tipo de problemas y se siguiera por la GC para poder proceder a la detención de todos los supuestos responsables. Después, la DEA norteamericana informa que la droga pertenece a una organización de narcotraficantes que están buscando a personas que saquen el contenedor del puerto⁶¹. La DEA propone que un miembro de la GC opere como AE haciéndose pasar ante la red como una persona con capacidad para poder sacar el contenedor del puerto y entregarlo a la red, introduciéndose así en el entramado de la organización en España. En consecuencia, la GC solicita una autorización de AE que le permitirá llevar a cabo más actuaciones que las de mero transportista.

Por tanto, la EV inicial se transforma en la técnica del art. 282 bis LECrim cuando se conoce que la organización precisa de un servicio como es extraer el contenedor y se decide que un agente de policía asume la identidad ficticia de alguien que puede prestarlo. Dicho agente interaccionara con los investigados para averiguar quiénes son, obtener la mayor información posible de ellos y asegurar su detención.

Según NICUESA LAFONT⁶² no es necesario simultanear las técnicas de AE y EV. El vínculo entre el art. 282 bis LECrim y el art. 263 LECrim no es de especialidad, sino que la primera engloba la segunda. La posibilidad de “diferir” la incautación de los efectos del delito que se prevé para el policía infiltrado en el art. 282 bis LECrim le habilita para hacer entregas vigiladas. Quien puede lo más, actuar como agente infiltrado con identidad ficticia, puede lo menos, llevar a cabo una EV. DELGADO MARTÍN⁶³ ve más opciones de actuación en el infiltrado ya que podría hacer circular droga ajena a la organización criminal que la policía haya incautado, mientras que la EV opera necesariamente sobre droga de la organización. Asimismo, los elementos materiales con los que se acciona en la EV son ilícitos, los del policía infiltrado pueden ser lícitos o ilícitos.

⁶¹ Lo intentaron con diferentes personas, pero no llegaron a un acuerdo sobre el precio.

⁶² *Op.cit.* pág. 44.

⁶³ DELGADO MARTÍN, Joaquín: *Medios encubiertos de investigación de la criminalidad organizada*, 2017, actualización de la segunda parte del libro “criminalidad organizada”, Edit. Bosch. 2001, pág. 34.

En este sentido, en la EV el policía que lleve el paquete con droga simula un rol ficticio muy primitivo o genérico como el de cartero.

Por otro lado, los agentes de inteligencia (de los servicios secretos) pueden desplegar operaciones de infiltración para obtener información. El art. 5.3 de la Ley 11/2002, de 6 de mayo reguladora del Centro Nacional de Inteligencia señala “*El Centro Nacional de Inteligencia podrá disponer y usar de medios y actividades bajo cobertura, pudiendo recabar de las autoridades legalmente encargadas de su expedición las identidades, matrículas y permisos reservados que resulten precisos y adecuados a las necesidades de sus misiones*”.

Parece asemejarse al AE que regula el artículo 282 bis LECrim, ya que el CNI para llevar a cabo esta actividad encubierta necesitará identidades, permisos o autorizaciones que permitan amparar administrativa y documentalmente esa cobertura, estableciéndose la obligatoriedad de colaboración por parte de la Administración. Se sobreentiende que dicha colaboración supone la obtención de una resolución administrativa favorable, sin necesidad de cumplir con los requisitos materiales ni procedimentales exigidos por el procedimiento administrativo correspondiente⁶⁴.

La diferencia principal es la falta de autorización judicial o fiscal y del control judicial posterior y que la finalidad de esta actividad de cobertura no es la obtención de prueba para un procedimiento, sino de información para proteger y promover los intereses políticos y económicos, industriales, comerciales y estratégicos de España.

Es fundamental la coordinación de estos agentes de los servicios de inteligencia y policiales. La SAN, secc. 1, nº 33/2017, de 11 de octubre (Tol 6415548) absuelve al acusado por entender que creía actuar como infiltrado del CNI. El acusado, de nacionalidad marroquí se ofreció como colaborador del CNI mediante un mensaje electrónico. Al tiempo recibió una oferta de dos personas que se presentaron como miembros de los servicios de inteligencia, que le propusieron que creara perfiles en la red para relacionarse y hacer amistades con la gente que estuviera radicalizada, o tuviera simpatía por el Estado islámico, para detectar a quienes estaban siendo reclutados. En el desarrollo de esta actividad contactó con un agente encubierto de la Policía Nacional que operaba en la red y que mostró su interés en

⁶⁴ EXPÓSITO LÓPEZ, Lourdes: “El agente encubierto. The undercover agent”. *Revista de Derecho UNED*, nº 17, 2005, pág. 262, señala como los agentes del CNI “pueden asumir rol de agentes secretos, siendo diferenciables de los agentes encubiertos en que no se encuentran amparados en el artículo 282 bis LECrim y además no ostentan la condición de autoridad. Tampoco tienen funciones de poder de Policía Judicial que les legitima para obtener elementos probatorios con el fin de aportarlos al proceso penal y acreditar los hechos investigados”.

viajar a Siria. La Sentencia concluye que el acusado facilitaba la información de las personas con las que contactaba a quién creía que era un agente de inteligencia, para que fueran investigados e identificados. Había suficientes elementos para afirmar que el acusado trataba de levantar un artificio e identificar a posibles candidatos a terroristas.

La Sentencia no afirma que fuera un agente por cuenta del CNI, pero no es desproporcionado considerar que en un escenario legal en que no se exige autorización judicial ni otro requisito, pero tampoco se prohíbe que, particulares encubiertos actúen por cuenta de los servicios de inteligencias bajo promesas y no haya una clara coordinación con otros cuerpos policiales.

También encontramos la actuación del confidente, que es una persona integrada o muy próxima al mundo del crimen. No existe previsión legal sobre su nombramiento, retribución, ni control judicial o administrativo.

La Fiscalía del Tribunal Supremo⁶⁵ define al confidente como *“una persona que por su modus vivendi se mueve en mundos próximos a determinadas formas de delincuencia y presta un servicio a la policía proporcionándole información. La ocultación es consustancial a esa figura para evitar represalias de los delatados y para preservar su valor como fuente de futuras informaciones relevantes”*. Si se trae a juicio con las garantías de la Ley de Protección de Testigo vale como prueba siendo indiferente tanto el móvil por el que quería colaborar con la Policía así como que lo hubiera hecho con anterioridad.

Esta figura está estrechamente ligada con la del AE porque el confidente es la persona que da cuenta de la policía de la existencia de una organización criminal que tiene una necesidad y busca a alguien que le preste un servicio y en ocasiones es el confidente quien avala al AE ante la red para que le proporcione tal servicio. Normalmente el confidente no declarará en juicio.

La STS nº 891/2006, de 22 de septiembre (Tol 998556) reprocha la atribución indiscriminada de la condición de AE a un confidente con el fin de obtener la nulidad del testimonio. No es admisible atribuir a los confidentes *“artificialmente, la condición legal de agente encubierto prevista en la norma, para después alegar el incumplimiento de los requisitos legales y, por esa vía, obtener la nulidad de los testimonios”*.

⁶⁵ ATS de 14 de septiembre de 2011 (Recurso de Revisión nº 2029/2011).

En los supuestos en que el confidente interviene como testigo protegido, tiene en común con el AE que judicialmente se oculta su identidad y se diferencia, como señala el ATS nº 45/2014 de 24 de abril en que *“es una figura con analogías en este caso a la del agente encubierto pero diferente pues no es un agente de la autoridad”*.

Un subtipo específico de confidente es el de funcionario público o particular a quien se le ofrece la posibilidad de cometer un delito, lo comunica a la policía y finge aceptar la comisión del delito bajo supervisión policial con aquel o aquellos que le han propuesto delinquir⁶⁶. Es una persona dirigida por la policía que actúa con sus propia identidad, únicamente finge que acepta la oferta criminal y oculta que actúa por indicación y control policial.

Con lo cual, La STS nº 338/2007, de 25 de abril (Tol 1079774) indica como estas personas se aproximan más al confidente que al AE.

La STS nº 891/2006, de 22 de septiembre (Tol 9985569) resalta que en estos casos estamos ante un particular y no ante un policía judicial, requisito imprescindible conforme al art. 282 bis LECrim. Para ser AE *“... no integran la fijar legal denominada agente encubierto regulada en el artículo 282 bis LECrim, porque no son miembros de los cuerpos y fuerzas de seguridad del estado, en funciones de policía judicial, y por tanto, ni actuaron ni pudieron actuar en esas funciones, que es el presupuesto esencial para poder utilizar la previsión legal...el testigo protegido que, a iniciativa propia, denunció unos hechos delictivos ya consumados y a partir de ahí colaboró con la policía judicial en la investigación de los mismos para confirmación y contraste, y para la identificación de los partícipes”*

La figura del arrepentido, que busca eximir o reducir la pena, se diferencia claramente del AE. Lo explica muy bien la STS nº 249/2004, de 26 de febrero (Tol 365519). Ambas técnicas obedecen a una necesidad común como es que *“...la investigación criminal puede encontrarse con serias dificultades pues el avance en la información queda seriamente dificultado por la opacidad de tales empresas criminales”, pero una cosa es la “introducción de un miembro de la policía en la asociación criminal, art. 282 bis” y otra potenciar “...el desmarque de los miembros facilitando información sensible con la posibilidad de un beneficio penal”*.

⁶⁶ GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, Marta: *El uso de dispositivos electrónicos de captación de comunicación en operaciones de infiltración policial*, obra colectiva *La nueva reforma del proceso penal*, edit. Tirant lo Blanch, 2018, p. 2010, define como infiltración semipública aquella en que el infiltrado es un particular que actúa por la aquiescencia de un poder público.

A esto se une que el arrepentido tiene su propia identidad.

Cabe mencionar también el detective infiltrado. Es frecuente que un colegio profesional o empresa, con el fin de detectar una práctica delictiva que perjudique sus intereses económicos y corporativos, contrate un detective que asuma un rol simulado con el fin de obtener pruebas de cargo⁶⁷. Un ejemplo de ello es cuando Microsoft encarga detectives que se hacen pasar por compradores de un ordenador para detectar si el vendedor les instala software “pirata”. No se trata de agentes encubiertos, pues no son policías judiciales.

El confidente también se considera una figura afín a la del AE, este ha sido analizado en la página 27.

Por último el periodista con cámara oculta. En este caso las diferencias son claras. Los periodistas no son agentes de la autoridad ni representan intereses del Estado. Su objetivo no es obtener pruebas al servicio de un proceso penal, sino obtener información en interés de elaborar un reportaje o una noticia dirigida al público.

IV. 1 El agente provocador:

El agente provocador merece una especial referencia en este apartado, pues este no es tanto una figura diferenciada del AE, es un mal obrar del policía infiltrado que invalida su actuación y descarta la presencia de un delito. El provocador busca crear un delito de la nada, convencer a una persona que no tenía una intención previa de cometer un delito, convencer a una persona que no tenía una intención previa de cometer un delito, persuadiéndole de diferentes formas para su comisión⁶⁸.

La STS n° 591/2018, de 26 de noviembre señala algunas diferencias entre el agente encubierto y un delito provocado. El provocador incita a delinquir con actos manifiestos y claros, mientras que el policía infiltrado no pretende la comisión del delito, el dolo del autor es previo a la designación del agente encubierto y la actuación policial será lícita mientras

⁶⁷ GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, Marta: p. 211 define como infiltración privada aquella en que el particular acomete una investigación para fines privados encargando, por ejemplo, a un detective la investigación sobre un asunto ligado a su esfera personal y familiar.

⁶⁸ MOLINA PÉREZ, T. “Técnicas de investigación del delito: el agente provocador, el agente infiltrado y figuras afines”. Anuario Jurídico y Económico Escurialense, XLI (2008) 183-196/ ISSN: 1133-3677

permita la evolución libre de la voluntad del sujeto y no suponga una inducción a cometer un delito.

Es curioso que el riesgo de lesión de derechos fundamentales es menor en la provocación que en la actuación ordinaria del AE. Señala la Sala como el agente provocador no se infiltra en la organización criminal, sino que tiene un contacto limitado con la misma o con algún delincuente. Es un engaño de intensidad más baja y la relación con los delincuentes más corta, así que el riesgo de vulneración de derechos fundamentales es mucho menor.

La finalidad de la actuación del agente provocador es detener al delincuente en el instante, impidiendo el agotamiento del delito, mientras que el AE recaba información para desarticular una organización criminal.

Además el agente provocador no usa una identidad ficticia, solo oculta su condición de agente de policía engañando a los delincuentes.

V. EL AGENTE ENCUBIERTO Y EL POLICÍA INFILTRADO.

El agente encubierto y el policía infiltrado son dos términos que con frecuencia se tienden a confundir o a entender como iguales. Pero se trata de dos figuras diferentes como se va a explicar a continuación. El cometido y regulación del policía infiltrado es muy diferente al trabajo de los agentes encubiertos, ya que estos son parte de una causa judicial y sí están controlados en todo momento.

El agente infiltrado, también conocido como “topo” es un policía que se introduce ocultando su condición y fingiendo en una organización criminal por encargo de un servicio policial o de inteligencia.

A continuación, un análisis de las diferencias entre ambas figuras:

Es importante mencionar que el policía infiltrado no necesita autorización judicial como ocurre con el AE, porque su tarea se basa solo en captar información y transmitirla. Todas las policías del mundo con competencias en la materia cuentan con agentes infiltrados. La labor de este no es practicar detenciones ni instruir diligencias, simplemente se mimetizan

en el hábitat para obtener información y transferirla para que otros profesionales la analicen y la conviertan en inteligencia útil. *“La policía tiene la potestad de captar, recibir y analizar cuantos datos tengan interés para el orden y la seguridad pública, y estudiar, planificar y ejecutar los métodos y técnicas de prevención de la delincuencia”⁶⁹*.

Por otro lado, según el artículo 282 bis LECrim que organiza el trabajo del agente encubierto, es un juez quien “autoriza a funcionarios de la Policía Judicial”, mediante resolución fundada y teniendo en cuenta su necesidad a los fines de investigación, a actuar bajo identidad supuesta. Es decir, el policía encubierto durante la investigación debe poner ante conocimiento del juez cada paso, pues trabaja bajo tutela judicial en cada momento. Se le permite diferir la incautación de determinadas sustancias o cometer ciertos delitos por el bien jurídico de la investigación que es siempre superior.

Otra de las características distintivas entre estas dos figuras es que el trabajo del policía infiltrado no tiene ninguna regulación específica. Es la Comisaría General de Información de la Policía Nacional quien decide si infiltrar al agente con el fin de recabar información de manera preventiva. Es así que estos no investigan un delito ni su actuación depende del visto bueno de un juez. Las actuaciones de la Comisaría General de Información que regulan las operaciones de policía infiltrado son de carácter reservado. El Real Decreto 873/2014, de 10 de octubre se encarga de desarrollar la estructura orgánica del Ministerio de Interior y tampoco aporta detalles adicionales al respecto. A falta de regulación legal y de tutela judicial, los límites del trabajo de los policías infiltrados es la Constitución, el límite sería la vulneración de los derechos recogidos en la Constitución.

VI. LA RESPONSABILIDAD DEL AGENTE ENCUBIERTO.

La primera razón por la cual se decidió regular legalmente la figura del AE fue otorgarle un estatuto de seguridad jurídica a través de una cláusula específica de inmunidad. La preocupación se refleja muy bien en la comparecencia de quien fue Fiscal Jefe de la Fiscalía Antidroga, ABAD FERNÁNDEZ⁷⁰, ante la Comisión de Justicia en el año 1996. Este fiscal se fundamentaba alegando que “si se infiltra un policía en una organización corre

⁶⁹ Artículo 11.1. h) de la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado

⁷⁰ Diario de sesiones, Comisión Mixta para el estudio del problema de las drogas, 1996, n° 22, año 1996, VI Legislatura, n° 22, pp. 331 y 333.

riesgos jurídicos de verse involucrado en un procedimiento penal, y es necesario, por tanto, que se regule la figura del infiltrado”. Decía que “no puede ser que una persona que asume el riesgo de infiltrarse en una organización, además del peligro físico que corre de ser asesinado por su conducta, corra también el riesgo de ser sentado en el banquillo y acusado de unos delitos, es una materia delicada y debe tratarse con cuidado”.

Es así que el artículo 282 bis.5 LECrim establece que *“El agente encubierto estará exento de responsabilidad criminal por aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, siempre que guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma y no constituyan una provocación del delito”*.

La doctrina reconoce la necesidad de exención porque de no existir es muy difícil que un funcionario policial asuma participar en tales investigaciones.

Se exigen dos elementos para aplicar la causa de justificación:

En primer lugar que sea consecuencia necesaria de la investigación (para proteger su identidad ficticia, ganarse su confianza, continuar la exploración).

En segundo lugar la proporcionalidad. Se valorará el acto ilícito cometido por el AE y los bienes jurídicos que resulten afectados y, por otro lado la gravedad de las actividades propias de la concreta organización criminal investigada.

La responsabilidad del AE no debe ser entendida como “una licencia absoluta para matar”. Hay algunos supuestos que no dan lugar a duda porque vienen regulados como comprar la droga y transportarla (art. 282 bis LECrim), pero hay otros actos que conllevan más dudas.

Las actividades tanto lícitas como ilícitas que realice el agente deben conllevar el respeto de los derechos fundamentales.

-VI.1.Responsabilidad penal.

La responsabilidad penal viene expresamente regulada en el art. 282.5 bis LECrim. Este precepto establece que el agente encubierto estará exento de responsabilidad criminal por aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, siempre que guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma y no

constituyan una provocación de delito. Se trata de una norma penal en la que se prevé una exención⁷¹.

Se deben examinar caso por caso para comprobar que tal actuación fue necesaria y proporcional para los fines de la investigación. Y además, hay que tener en cuenta el grado de infiltración. Es habitual que en este tipo de organizaciones criminales se lleven a cabo “pruebas de fidelidad”, o sea que el agente encubierto tenga que cometer ciertos delitos para demostrar su lealtad a la banda y de esta forma no levantar sospechas sobre su verdadera identidad y no ser descubierto.

-VI.2.- Responsabilidad civil.

Naciones Unidas señala que *“Los Estados también deberían reconocer que la inmunidad que se concede a los agentes debe contemplar la posible responsabilidad civil, además de penal a la que quizá se vea expuesto el agente”*⁷².

Distinguimos doble plano:

-responsabilidad civil por el delito cometido: hay que distinguir si el delito está justificado o no. Si no lo está, la acción civil procederá contra el agente y subsidiariamente contra el Estado.

-responsabilidad de las operaciones civiles o mercantiles realizadas por el AE. Cuando estos actos tengan el fin de lucrarse, el tercero perjudicado solo puede accionar contra la identidad ficticia ya que el AE puede ampararse en la Ley de Protección de Testigos.

GASCÓN INCHAUSTI⁷³ hace una distinción, además, entre la responsabilidad que tenga un origen contractual (no pagar el alquiler de la vivienda que ocupa o el hotel) de la extracontractual (provocar un accidente de tráfico o causar daños en la vivienda contigua).

VI.3. Responsabilidad disciplinaria.

⁷¹ GASCÓN INCHAUSTI, F, *Op.cit*, pág. 276

⁷² Manual de técnicas especiales de investigación. Prácticas óptimas y recomendaciones sobre los obstáculos jurídicos a las entregas vigiladas y las operaciones encubiertas. UNDOC, 2005.

⁷³ *Op.cit*.

Los agentes encubiertos son funcionarios de las FFCCSSS y por tanto, su régimen disciplinario se regula en la Ley Orgánica 2/1986 de 13 de marzo de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

Podemos entender esta responsabilidad como aquella vinculada a la constatación de una acción motivada por una ausencia de respecto a un orden jerárquico superior.

El agente que actúa sin la correspondiente autorización podría incurrir en una posible responsabilidad disciplinaria. Hay responsabilidad administrativa por la infracción de los deberes de su cargo como cuando se suspende la infiltración policial y el AE hace caso omiso a la orden y sigue actuando como tal.

VII. LÍMITES DE ACTUACIÓN DEL AGENTE ENCUBIERTO.

VII.I. Prohibiciones.

Todas las actuaciones del AE tienen ciertos límites.

Por un lado, en las actuaciones que afecten derechos fundamentales se requiere la intervención judicial autorizando la medida, de conformidad con la Constitución y la normativa legal aplicable (art. 282 bis. 3 LECrim). Los derechos fundamentales son aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos, y aunque tienen límites consagrados en la Constitución solo pueden ser restringidos cuando la medida sea necesaria e indispensable, especialmente en la búsqueda de resguardar y proteger otros derechos e intereses protegidos por la tutela constitucional. La restricción de los Derechos Fundamentales debe ser acordada por orden judicial.

La intimidad, por ejemplo, está reconocida al hombre y debe ser respetada por las demás personas y por el Estado. Este derecho está reconocido como un derecho fundamental en el art. 18 CE. El derecho a la intimidad tiene variantes como la inviolabilidad de domicilio, la documental y el secreto de las comunicaciones.

También cabe mencionar el derecho a la no autoincriminación, ya que en virtud de la presunción de inocencia al acusado no se le puede obligar a contribuir en su propia condena y puede abstenerse de declarar.

En ningún caso es válida la diligencia de entrada y registro de la vivienda por el agente encubierto sin estar al amparo del auto judicial. Se necesita autorización específica para esta actuación.

Sobre las grabaciones, el agente infiltrado está autorizado para grabar una conversación propia. Esta actuación será lícita, y podrá ser aportada como prueba documental al juicio oral, para corroborar la prueba testifical del agente. Sin embargo, no se puede admitir en ningún caso, una actividad que exceda el mero oír u observar en presencia del agente, puesto que tales actividades atentan directamente con el derecho a la intimidad, secreto de las comunicaciones o la vida privada.

Otro de los límites es una prohibición de la provocación del delito, pues el artículo 282 bis.5 LECrim menciona: “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”.

El agente debe valorar en cada momento si existe o no proporcionalidad con la finalidad de la investigación en las actuaciones que se va a llevar a cabo (art 282 bis.5 LECrim). Se trata de una manifestación expresa de la eximente del art. 20.7 CP: el cumplimiento de un deber o el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.

VII.2. El agente provocador.

Anteriormente se ha mencionado que uno de los límites de actuar del AE es la provocación.

La figura del agente provocador viene a ser una creación de la jurisprudencia, en la que uno o varios funcionarios de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad realizarán mediante la ocultación de su condición de agentes de la autoridad acciones sobre aquellas personas en las que existen indicios de estar implicados en una actividad delictiva. Para hablar de agente

provocador ⁷⁴ tenemos que partir del concepto de delito provocado, en el que se introduce a un agente que provoca el delito para así poder sancionarlo. Con la provocación del delito lo que se pretende es la obtención de pruebas directas las cuales no podrán utilizarse ya que se obtuvieron de forma ilegal

Hay tres elementos del delito provocado:

- a) Un elemento subjetivo constituido por una incitación engañosa a delinquir por parte del agente a quien no está decidido a delinquir.
- b) Un elemento objetivo teleológico consistente en la detención del sujeto provocado que comete el delito inducido.
- c) Un elemento material que consiste en la inexistencia de riesgo alguno para el bien jurídico protegido y como consecuencia la atipicidad de tal acción.

La jurisprudencia ha configurado correctamente la provocación delictiva como un ataque directo al Estado de derecho y una obtención de prueba con violación de derechos fundamentales en lesión del art. 11 LOPJ. La STS nº 1140/2010 de 29 de diciembre destaca como *“se produce un efecto perverso en que el policía lejos de prevenir el delito, instiga a su comisión.”* Esa forma de actuar *“afecta negativamente a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de su personalidad”*.

La consecuencia que se deriva de la provocación del agente encubierto es la invalidación de todo procedimiento en el que los agentes han actuado no para prevenir el delito, sino como instigadores de su comisión. El delito provocado debe considerarse como penalmente irrelevante, procesalmente inexistente y, por todo ello, impune ⁷⁵.

VIII. VALOR PROBATORIO DE LA INFORMACIÓN OBTENIDA POR EL AGENTE ENCUBIERTO.

⁷⁴ LIDÓN MONTÓN GARCÍA, María, “Técnicas penales de investigación: confidente, agente provocador, agente encubierto (“físico”) y agente encubierto informático”, *Derecho, Justicia, Universidad. Liber amicorum de Andrés de la Oliva Santos*, Vol.II, (coord.: DIEZ-PICAZO GIMÉNE, Ignacio; VEGAS TORRES, Jaime), Madrid, 2016, pp.2139-2141.

⁷⁵ MOLINA PÉREZ, Teresa. “Técnicas especiales de investigación del delito: el agente provocador, el agente infiltrado y figuras afines”. Anuario jurídico y económico XLI, *Dialnet*, 2008.

En primer lugar hay que dejar claro lo que significa la actividad probatoria en el proceso penal español, consistiendo ésta en una reconstrucción de los hechos acontecidos que tiene como finalidad convencer al juez sobre la certeza de la existencia de un hecho. Pero para llegar a la condena del delincuente será necesario que a través de esa actividad probatoria no se haya violentado derechos y libertades fundamentales, por lo tanto el órgano jurisdiccional a través de esas pruebas pueda tener una convicción de los elementos que puedan constituir el delito. El juez reconstruye los hechos siempre basándose en los principios de imparcialidad, idoneidad y transparencia. Posteriormente se debería reconocer que esta verdad procesal es revelada por la prueba, esto se consigue a través de los agentes que obtienen informaciones, las cuales puedan presentarse como pruebas válidas y eficaces en el juicio oral. Ya que sin esta certeza de los hechos probados, no podrá practicarse un juicio justo. Para ello se pondrá a disposición del juez toda la información y datos necesarios para que este pueda hacer una reconstrucción de la verdad, la cual se presenta en forma de prueba. El agente encubierto debe declarar en la fase de instrucción como testigo, lo que supone una protección de su identidad real debido a los riesgos y peligros que genera la actividad como infiltrado.

La única referencia legal está en la mención de que la información que suministre el AE debe valorarse conforme al art. 741 LECRIM “según su conciencia”. Jurisprudencialmente es posible fijar varias reglas de interés⁷⁶:

- a) La declaración del AE tiene el mismo valor que la de cualquier agente policial. No por haber engañado al investigado, cabe presumir que ocultará en mayor o menor medida la verdad ante el Tribunal⁷⁷.
- b) La declaración del AE será la prueba principal e irá acompañada de datos complementarios que la avalan. La declaración del policía infiltrado ha llegado a valer, aunque no hubiera más pruebas. La STS de 11 de enero de 1999 consideró que la declaración del AE era suficiente como prueba de cargo.
- c) El AE es un testigo más. Este prestará juramento y responderá a las preguntas que se le formulen.
- d) Posible consideración del agente infiltrado como prueba mixta testifical-pericial de inteligencia.

⁷⁶ NICUESA LAFONT, *Op.cit*, pp. 335-340.

⁷⁷ STS nº 575/2013 de 28 de junio.

REDONDO HERMIDA⁷⁸ defiende el valor de la declaración del infiltrado como prueba pericial además de testifical, por cuanto proporciona al Tribunal información de inteligencia “un aspecto interesante de la actuación del agente infiltrado se refiere a la posibilidad de ser considerado como perito judicial, en cuanto miembro de un Servicio de Inteligencia, además de actuar como testigo de sus propias observaciones”. Por el contrario DELGADO MARTÍN rechaza esta posibilidad considerando que la labor de inteligencia corresponde a unidades más especializadas.

La formación especializada de los AE permite considerarlos como funcionarios con especiales conocimientos sobre la estructura criminal en la que se insertan y con la que van a convivir. Ello le admite aportar también desde el ámbito de la criminología una información útil al Tribunal sobre la metodología y formas de operar de esta estructura criminal. En consecuencia, entiendo que los policías infiltrados pueden declarar también como peritos.

A continuación abordo una casuística que se ha dado al respecto. La declaración del AE ha operado como prueba fundamental en procedimientos de tráfico de drogas. La STS nº 635/2019 de 20 de diciembre destaca como la Sala de Instancia ha ponderado la declaración precisa y contundente del AE captado por la red para transportar droga de España a Holanda, explicando los pormenores del viaje, las rutas que debía seguir y como vio el habitáculo del vehículo en que se iba a ocultar la droga. Tal declaración “ha merecido una total credibilidad, frente a la del acusado, contradictoria y titubeante”.

IX. BREVE REFERENCIA A LA OPERATIVIDAD EN EL ÁMBITO DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL.

Cuando la petición de infiltración de un AE extranjero no procede de un país de la Unión, son de interés los criterios orientativos fijados por el Consejo General del Poder Judicial, la Fiscalía General del Estado y la doctrina.

Manifiesta la guía sobre agentes encubiertos elaborada por el CGPJ dirigida a jueces y magistrados, que es precisa la autorización judicial española para que el AE extranjero

⁷⁸ REDONDO HERMIDA, Álvaro: “El agente infiltrado y su regulación por el Derecho español”, *Diario El Mundo*, 31 de enero de 2018.

pueda operar en territorio español y, que la autoridad judicial española recibirá de la extranjera una comisión rogatoria a los solos efectos de que se autorice el infiltrado.

El AE extranjero debe ajustar su acción en España a los límites impuestos por la ley española, lo que puede implicar que vea reducido su campo de acción respecto de su país de origen. Todas las capacidades que tienen en su país y no estén previstas en nuestra regulación no podrán ser objeto de autorización.

Desde el momento en que el AE extranjero esté operando en España, es al juez español al que le corresponde recibir la información que aquel le proporcione. El AE va a actuar bajo supervisión de las autoridades españolas, y un policía español debe acompañarle siempre.

Si un servicio policial puede proporcionar un agente que encaje en un rol que otro país precisa para una investigación policial, los mecanismos de cooperación internacional deben actuar de forma flexible y urgente para incorporar dicho agente en condiciones de plena seguridad a la infiltración que se desarrollara en el país que lo necesite⁷⁹.

También puede suceder al contrario, de manera que, el agente encubierto opera en el extranjero en una investigación española. Es preciso que la autoridad judicial española emita una comisión rogatoria para recabar la autorización de una autoridad judicial extranjera y que esta se conceda. Además, el agente español debe respetar los requisitos establecidos en la legislación española, sin perjuicio de que deba a su vez respetar la del Estado en el que actúe. Por tanto, no puede realizar actuaciones no permitidas en España y será necesaria la autorización del Juez español en todo aquello que afecte a derechos fundamentales.

Cabe mencionar que existe un Convenio denominado Convenio de Palermo, efectuado y aprobado por la Organización de las Naciones Unidas en noviembre de 2000 al suscribirse en Palermo (Italia) la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, con el propósito de promover la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada que afecta a la comunidad internacional.

⁷⁹ NICUESA LAFONT, L. *Op. Cit.* Pp. 307-312

En dicha convención se demostró la voluntad política de la comunidad internacional al abordar un problema mundial actuando por medio de una reacción mundial. Allí se dijo que: “si la delincuencia atraviesa las fronteras, lo mismo hay que hacer con la ley”⁸⁰.

X. BREVE Y ESPECIAL REFERENCIA AL AGENTE ENCUBIERTO INFORMÁTICO.

El AEI es un miembro de Policía Judicial que es debidamente citado por el Juez de Instrucción para investigar delitos castigados con pena superior a un año de prisión, estén o no relacionados con actividad del crimen organizado, se le habilita para interactuar mediante una identidad ficticia en un canal cerrado de comunicación con el fin de ganarse la confianza de investigado⁸¹.

Realmente el AE informático sigue un procedimiento muy similar al del agente encubierto común.

El AEI fue introducido por reforma de la LO 13/2015 de 5 de octubre de modificación de la LECrim como una figura necesaria para combatir de manera más efectiva el delito de pornografía infantil en internet, actúa como guardián al otro lado del espejo⁸². Internet ha traído muchos efectos positivos del desarrollo tecnológico, pero las oportunidades criminales se han visto aumentadas en el ciberespacio. La eliminación de las fronteras físicas y cronológicas, el aumento constante de las posibilidades conectivas entre personas, junto con el pretendido anonimato del que gozan los internautas dotan al mundo virtual de unas características para la comisión de diversos tipos delictivos.

A diferencia del AE físico, el virtual no dispone de un catálogo cerrado de delitos concretos. Como dispone la STS nº 140/2019 de 13 de marzo, “*su previsión se ve enfocada a la investigación de los delitos llevados a cabo por la delincuencia organizada dispuestos en el apartado 4, antes*

⁸⁰ Ficha técnica, Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos. Agencia ITRC.

⁸¹ NICUESA LAFONT, L. *Op.cit*, pág 427

⁸² CAROU GARCÍA, Sara. “El agente encubierto como instrumento de la lucha contra la pornografía infantil en internet”. *Cuadernos de la Guardia Civil*, nº 56, 2018, pp. 23-26.

mencionados; de los designados en el artículo 579 LECrim, a saber, delitos de terrorismo, delitos cometidos en el seno de una organización criminal o delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de al menos tres años de prisión o cualquier otro delito cometido a través de medios informáticos”.

En lo relativo al procedimiento que debe seguir el AE informático deberá ser autorizado por el Juez de Instrucción o Ministerio Fiscal pero dando cuenta inmediata al Juez de Instrucción, como sucede con el agente encubierto común (art. 282.1 bis LECrim). Además el agente encubierto informático, necesita igual que el agente encubierto común una identidad falsa. Esta sin embargo, en el AEI es más sencilla, pues se compone de unos datos personales básicos, pero sin llegar a las características que se le dan al agente encubierto tradicional, en cuanto a proporcionarle una dirección, línea telefónica, historia de vida, cuenta bancaria, historial penal y policial. Sería conveniente que para atraer la atención de los pederastas se eligiera un nickname o apodo que pudiera familiarizar a los ojos de un tercero con alguien que sea afín o simpatice a practicar los ciberdelitos.

El agente encubierto virtual tiene las mismas atribuciones que el físico, más algunas específicas como conversar en el foro o foros autorizados bajo identidad ficticia, abrir cuentas corrientes y comerciar electrónicamente, acceso a teléfonos asociados a las direcciones de IP's, empleo de sistemas de escucha o videovigilancia, envío o intercambio de archivos que contengan material delictivo, deber de informar al juez autorizante, interacción mundo on-line y físico (reuniones entre el agente infiltrado y el investigado en el mundo real, comunicaciones telefónicas entre ambos).

En cuanto al agente encubierto virtual como prueba, la declaración de este se ha erigido en la mayoría de los casos en prueba principal, al igual que ocurre con el agente físico. Asimismo, como pruebas complementarias que ratifican la declaración del AE cabe mencionar las manifestaciones del acusado, del resto del equipo investigador, informes de inteligencia que describen el modus operandi del adoctrinamiento yihadista que recoge la STS nº 65/2019, de 7 de febrero, material yihadista existente en el teléfono o red social en la que el acusado ha interactuado con el AE, transferencias de dinero, conversaciones telefónicas.

XI. CONCLUSIÓN.

Tras el estudio realizado acerca de la figura del agente encubierto, me gustaría dar mi opinión. Está claro que el trabajo de ellos es vital para dismantelar redes criminales y garantizar la seguridad pública. Bajo mi punto de vista se trata de una herramienta relevante que se infiltra en un grupo criminal para recopilar información, de forma que de otro modo sería inaccesible, es decir, que sin su existencia no sería posible llevar a cabo esa investigación para conseguir la finalidad deseada. Pero ante ello hay que tener en cuenta los posibles riesgos que pueden correr estos al exponerse a situaciones peligrosas o psicológicamente traumáticas, por lo que, para mí, genera un plus de reconocimiento y valor hacia ellos, que va más allá de la mera teoría que regula su existencia.

Por otro lado, se debe tener en cuenta que el AE no puede actuar sin respetar las reglas propias de un estado de derecho.

Se puede llegar a algunas conclusiones clave:

PRIMERA. 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 lograr así el enjuiciamiento de los sujetos investigados.

SEGUNDA. Este no puede proceder sin que el Juez de Instrucción le autorice para el uso de la investigación encubierta. El órgano jurisdiccional instructor competente debe llevar a cabo un juicio de proporcionalidad o razonabilidad de la medida para ello. Se recuerda que el artículo 282 bis alude también al Ministerio Fiscal, que debe dar cuenta inmediatamente al juez para autorizar a funcionarios de la Policía Judicial mediante resolución fundada.

TERCERA. En la actuación del AE se protegen las garantías constitucionales, pues este debe respetar los derechos fundamentales de los sujetos investigados. Este se encuentra sometido a un límite infranqueable como es el respeto a los derechos fundamentales. Puede ocurrir que no respete los DDF, pero ello será siempre bajo el auto autorizante del juez. Es decir, estos derechos quedarían restringidos, pero de forma lícita, pues es judicialmente autorizado.

CUARTA. Además, estará exento de responsabilidad criminal cuando realice actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación contando con la debida autorización judicial y sus actuaciones sean proporcionales a los fines de la investigación. Se

deben examinar caso por caso para comprobar que tal actuación fue necesaria y proporcional para los fines de la investigación

QUINTA. Es importante recordar que existen varias actuaciones realizadas por un policía que tienen la virtualidad de aproximarse a las del AE, pero que no se identifican con ella, por lo que no tienen nada que ver realmente con la figura del AE. Pero es crucial apreciar la distinción entre agente encubierto y agente provocador. El agente provocador induce a otros a cometer delitos a fin de obtener pruebas para su arresto y enjuiciamiento. Trata de convencer a una persona que no tenía una intención previa de cometer un delito persuadiéndole de diferentes formas para su comisión. El agente encubierto, en cambio, simplemente recaba información para desarticular una organización criminal.

SEXTA. Es igual de importante no confundir al agente encubierto con el policía infiltrado, pues como ya he indicado anteriormente, el agente infiltrado, también conocido como “topo” es un policía que se introduce ocultando su condición y fingiendo en una organización criminal por encargo de un servicio policial o de inteligencia.

SÉPTIMA. Conviene mencionar que el policía infiltrado no necesita autorización judicial como ocurre con el AE, porque su tarea se basa solo en captar información y transmitirla. También se distingue del AE en que no tiene ninguna regulación específica. Será la Comisaría General de Información de la Policía Nacional quien decide si infiltrar al agente con el fin de recabar información de manera preventiva. Es decir, que estos no investigan un delito ni su actuación depende del visto bueno de un juez.

OCTAVA. El agente tampoco está libre de responsabilidades de forma completa, pues puede incurrir en responsabilidad penal, civil o disciplinaria dependiendo mayormente si el delito ha sido realizado de forma justificada o no. La justificación de eximente de responsabilidad criminal está condicionada por dos elementos: que sea consecuencia necesaria de la investigación (para proteger su identidad ficticia, ganarse su confianza, continuar la exploración), y en segundo lugar se tendrá en cuenta si es proporcional el ilícito cometido y bienes jurídicos dañados con el fin del buen desarrollo de la investigación.

NOVENA. El agente encubierto puede declarar como testigo en el juicio, siendo perfectamente válida la declaración, teniendo el mismo valor probatorio que cualquier otra

persona sin la condición de ser AE y que la de cualquier agente policial. No por haber engañado al investigado, cabe presumir que ocultará en mayor o menor medida la verdad ante el Tribunal. Es un testigo más que prestará juramento y responderá a las preguntas que se le formulen. Es posible, además, que el agente pueda ofrecer una prueba mixta testifical-pericial de inteligencia.

DÉCIMA. Por último mencionar que el AE informático sigue un procedimiento muy similar al del agente encubierto común pero en el ámbito de los ciberdelitos. A diferencia del AE físico, el virtual no dispone de un catálogo cerrado de delitos concretos. El AE informático deberá ser autorizado por el Juez de Instrucción o Ministerio Fiscal pero dando cuenta inmediata al Juez de Instrucción, como sucede con el agente encubierto común. El agente encubierto virtual tiene las mismas atribuciones que el físico, más algunas específicas como conversar en el foro o foros autorizados bajo identidad ficticia, abrir cuentas corrientes y comerciar electrónicamente, acceso a teléfonos asociados, etc. En cuanto al agente encubierto virtual como prueba, la declaración de este se ha erigido en la mayoría de los casos en prueba principal, al igual que ocurre con el agente físico.

XII. BIBLIOGRAFÍA.

- DEL POZO PÉREZ, Marta. *El agente encubierto como medio de investigación de la delincuencia organizada en la ley del enjuiciamiento criminal española*. Criterio jurídico, nº 6, 2006.
- DELGADO MARTÍN, Joaquín. *Criminalidad organizada*. Edit. Bosch Editor, 2001.
- Diario de sesiones de las Cortes Generales, Comisión Mixta para el estudio del problema de las drogas, 2014, nº 116, X Legislatura.
- FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*. Editorial Universidad de Huelva, 1999.
- Ficha técnica, Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos, Nueva York, 2004.
- GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. *Infiltración policial y "agente encubierto"*. Granada: Comares, 2001.

- GÓMEZ-CESPEDES, Alejandra. *Conducting organized-crime research in Spain: An appraisal of the pros a cons. Research Conference on Organised Crime*, 2010.
- GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, Marta: *El uso de dispositivos electrónicos de captación de comunicación en operaciones de infiltración policial*. Edit. Tirant lo Blanch, 2018.
- LAFONT NICUESA, Luis. *El agente policial encubierto*. Valencia: tirant lo blanch, 2022.
- LÓPEZ MUÑOZ, Julián. *Criminalidad organizada. Aspectos jurídicos y criminológicos*. Madrid: Dykinson, 2015.
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. *Manual de técnicas especiales de investigación. Prácticas óptimas y recomendaciones sobre los obstáculos jurídicos a las entregas vigiladas y las operaciones encubiertas*. UNDOC, 2005.
- RODRIGUEZ DEVESA, Jose María. *Derecho Penal Español. Parte general*. Madrid: Dykinson, 1989.

XIII. PÁGINAS DE INTERNET.

- Eduardo Juárez Valero, doctor en historia. *Historia. National Geographic*. Espías y agentes dobles: profesiones con origen en la edad media, 19 de diciembre de 2023. <https://historia.nationalgeographic.com.es/a/espias-y-agentes-dobles-durante-edad-media_19947#:~:text=Los%20agentes%20dobles,pr%C3%ADncipe%20que%20lo%20hab%C3%ADa%20capturado>. (consulta: 6 marzo de 2024)

XIV. ARTÍCULOS DE REVISTA.

- ADRIÁN GÓMEZ, Hernán: “¿Agentes encubiertos de policía a bordos de las aeronaves en vuelos internacionales?”, *Diario Los Andes*, 7 de junio de 2014, edición electrónica.

- ALCARAZ BRETONES, Francisco Javier. “La criminalidad organizada en nuestro Código Penal: tratamiento anterior y posterior a la LO 5/2010 y LO 1/2015”. *Diario La Ley*, nº 8613, 25 de septiembre de 2015, Ref. D-348.
- CAROU GARCÍA, Sara. “El agente encubierto como instrumento de la lucha contra la pornografía infantil en internet”. *Dialnet*. Cuadernos de la Guardia Civil, nº 56, 2018.
- EXPÓSITO LÓPEZ, Lourdes. “El agente encubierto. The undercover agente”. Revista de Derecho UNED, *Dialnet*, nº 17, 2005.
- GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, Marta. “Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación”. *Dialnet*, 2004.
- JORDA SANZ, Carmen. “¿Cómo se organizan los grupos criminales según su actividad delictiva principal?” Descripción desde una muestra española. *Revista criminalidad*, vol 55, 2013.
- LIDÓN MONTÓN GARCÍA, María. “Técnicas penales de investigación: confidente, agente provocador, agente encubierto (“físico”) y agente encubierto informático”. *Dialnet*, 2016.
- MUÑOZ RUIZ, Josefa. “Elementos diferenciadores entre organización y grupo criminal”. *Revista electrónica de Ciencia penal y criminología*, 2020.
- REDONDO HERMIDA, Álvaro: “El agente infiltrado y su regulación por el Derecho español”. *Diario El Mundo*, 31 de enero de 2008.
- SANCHEZ GONZÁLEZ, Susana. “El agente encubierto como diligencia de investigación penal”. *Dialnet*, revista General de Derecho Procesal, nº 62, 2024.
- SANSÓ-RUBERT, Daniel. “El papel de la información en la lucha contra la delincuencia organizada transnacional”. *Dialnet*, UNISCI Discussion Papers, ISSN-e 2206, nº 12, 2006, 2006.

