



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

La investigación penal a través del
agente encubierto

Estudio jurisprudencial

Presentado por:

Laura Valdivieso Alonso

Tutelado por:

Montserrat de Hoyos Sancho

Valladolid, 14 de junio de 2022

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	7
2. LA FIGURA DEL AGENTE ENCUBIERTO COMO TÉCNICA DE INFILTRACIÓN POLICIAL.....	11
2.1. Evolución legislativa.....	11
2.2. El concepto de agente encubierto	13
2.3. El agente encubierto informático	14
2.4. Presupuestos para la infiltración policial en el ordenamiento español vigente	18
2.5. Agente encubierto y Policía Judicial.....	21
2.6. Diferencias con respecto a otras figuras	22
2.7. Agente provocador y delito provocado.....	24
3. OBTENCIÓN DE INFORMACIÓN.....	27
3.1. Iniciativa policial	27
3.2. Doble sistema de autorización: Juez de Instrucción o Ministerio Fiscal ...	29
3.2.1. <i>Juez de instrucción</i>	30
3.2.2. <i>El Ministerio Fiscal</i>	32
3.3. Duración, prórroga y extinción de la medida	33
3.3.1. <i>Duración</i>	33
3.3.2. <i>Prórroga</i>	34
3.3.3. <i>Extinción</i>	35
3.4. Derechos fundamentales y principios constitucionales que pueden verse lesionados durante la infiltración policial.....	36
3.4.1. <i>Derecho a la autodeterminación informativa</i>	37
3.4.2. <i>Derecho a la intimidad</i>	39
3.4.3. <i>Derecho al secreto de las comunicaciones</i>	39
3.4.4. <i>Derecho a la inviolabilidad del domicilio</i>	41
3.4.5. <i>Derechos procesales fundamentales</i>	42

3.5. La aportación de la información obtenida por el agente infiltrado al proceso	43
4. PRÁCTICA DEL MEDIO DE PRUEBA EN EL JUICIO ORAL	45
4.1. La necesidad de salvaguardar el derecho de presunción de inocencia durante el juicio oral.....	46
4.2. Medios de prueba aportados por el agente encubierto	46
4.2.1. <i>Prueba pericial de inteligencia</i>	47
4.2.2. <i>Otras pruebas documentales</i>	48
5. VALORACIÓN PROBATORIA	49
5.1. Ilicitud probatoria derivada de la falta de autorización inicial	50
5.2. Ilicitud derivada de las actuaciones realizadas durante la infiltración policial.....	51
5.3. Motivación suficiente de la sentencia	52
6. CONCLUSIONES	55
7. ANEXO	61
A. Legislación	61
B. Bibliografía	62
C. Webgrafía	64
D. Jurisprudencia	64

RESUMEN

Durante los últimos años, el incremento de la criminalidad organizada y cibercriminalidad ha obligado al legislador a la introducción de medios jurídicos cada vez más específicos para su efectiva persecución. El presente trabajo tiene por objeto el análisis de uno de los medios más importantes para este fin: la infiltración de agentes de la Policía Judicial en organizaciones criminales, el denominado agente encubierto. Esta figura procesal, regulada en el art. 282 bis LECrim, se encuentra sometida una serie de estrictos requisitos legales, debido a su pronunciado carácter restrictivo de derechos fundamentales, que en un Estado de Derecho como el nuestro, exige la aplicación del debido test de proporcionalidad, no exento de problemas.

Palabras clave: agente encubierto, criminalidad organizada, test de proporcionalidad y prueba pericial de inteligencia.

ABSTRACT

During the last years, the increase of organised crime and cyber-crime has forced the legislator to introduce increasingly specif legal means for a more effective criminal prosecution. The present project aims to analyse one of the most important means for the aforementioned effect, the infiltration of Judicial Police officers in criminal organizations, the so-called undercover agent. This procedural figure, regulated in the articule 282 bis LECrim, is subjected to a serie of estrict legal requirements, due to its pronounced restrictive character of fundamental rights, that in a rule of law such as ours, requires the presence of the suitable test of proportionality, which, as we see below, is not trouble-free.

Keywords: undercover agent, organised crime, test of proportionality and expert evidence of intelligence.

1. INTRODUCCIÓN

No se puede comenzar el estudio de la figura del agente encubierto sin antes hacer referencia, aunque breve, al fenómeno de la delincuencia organizada.

Las nuevas formas de delincuencia son el producto de varios factores, básicamente los tres siguientes: el incremento de organizaciones delictivas, la sofisticación de los medios empleados y el uso de la ingeniería fiscal y contable. Combinación que integra la denominada delincuencia organizada¹, la cual es altamente nociva para la sociedad en su conjunto, aunque lo más problemático de esta cuestión es la vocación empresarial que viene caracterizando en los últimos años a estas organizaciones².

Estas nuevas formas de delincuencia se sirven de nuevos y modernos instrumentos, siendo necesario, por tanto, innovar las técnicas empleadas para su descubrimiento y obtención de pruebas. No dejan de ser uno de los principales problemas de seguridad para los Gobiernos de las distintas naciones en las que se desarrolla, más aun teniendo presente que “el mundo es un lugar globalizado y unitario donde los grupos criminales organizados realizan sus delitos y atacan contra la libertad y seguridad de los ciudadanos de todas y cada una de las naciones que lo componen.”³ La globalización ha logrado multiplicar la fuerza de las organizaciones criminales.

En este contexto nace en España la técnica de la infiltración de agentes de policía⁴, técnica que se configura como un medio de investigación extraordinario, a la par que necesario, para la persecución de las formas más graves de criminalidad (terrorismo, tráfico de personas, narcotráfico, blanqueo de capitales, corrupción etc.). En este sentido, se han manifestado las Naciones Unidas en la Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (Viena, 1988), Convención contra la Delincuencia Transnacional Organizada (Palermo, 2001) y Convención contra la Corrupción (Mérida, 2003).

¹ GASCÓN INCHAUSTI, F.: *Infiltración policial y agente encubierto*, Comares, Granada, 2001, p. 3.

² LUCAS MARTÍN, I., "La prueba en el proceso penal en el contexto de la Unión Europea" en: HOYOS SANCHO, Montserrat de (coord.) *El proceso penal en la Unión Europea: garantías esenciales*, Lex Nova, Valladolid, 2008, p. 424.

³ PEÑA ECHEVERRÍA, M. J.: "La delincuencia organizada y su problemática desde la óptica de la investigación policial", *Criminalia*, México, 2000, p. 101.

⁴ El antecedente de los denominados agentes encubiertos reside en el Derecho alemán, bajo el apelativo de “Verdeckte Ermittler” regulados en los §§ 110a a 110e de la StPO (Ordenanza procesal alemana). GASCÓN INCHAUSTI, F.: *Infiltración policial y ...*, *op. cit.*, p.5

El término “organización criminal” no es unívoco, ya que no existe un concepto legal de común aplicación, sino que, con carácter general, se formula para la aplicación de una ley concreta. De este modo, atendiendo a lo establecido en el apartado cuarto del art. 282 bis LECrim y a los efectos de nuestro objeto de estudio, “se considerará como delincuencia organizada la asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, [...]” alguno o algunos de los delitos contemplados taxativamente en el mismo.

Además del fenómeno de la globalización, la nueva realidad social en la que nos encontramos inmersos, fruto del desarrollo de las tecnologías de la información y comunicación, pone de manifiesto la necesidad de adaptar la regulación de las diligencias de investigación a los nuevos avances tecnológicos⁵.

En la actualidad internet trajo consigo el anonimato y una mayor dificultad en la detección y persecución de algunas conductas delictivas. Prueba de ello es que España se sitúa como el tercer país con más riesgo de sufrir ciberataques, con un aumento del 125% respecto al año 2020⁶, riesgo que se ha incrementado notablemente tras la Guerra en Ucrania. Pero no sólo eso, sino que desde el año 2016, el peso de la cibercriminalidad en el conjunto de la criminalidad es cada vez mayor, pasando de un 4.6% en el año 2016 a un 16.3% en el año 2020, como se detalla en el último estudio del Gobierno de España sobre la cibercriminalidad⁷.

En esta línea, el aumento de los flujos económicos debido a la rapidez de las operaciones, la facilidad para el traslado de capitales, el anonimato, la simulación de identidades y datos etc.⁸ ha propiciado un aumento de actividades delictivas, como el blanqueo de capitales.

⁵ Con ello se trata de evitar las lagunas normativas que habían envuelto a las diligencias de investigación tecnológica, como las intervenciones telefónicas, que requerían la aplicación por analogía del art. 579 LECrim.

⁵ ALBA CLADERA, F. y GARCÍA MARTÍNEZ, G.: “Blanqueo de capitales y agente encubierto en Internet” en: BUENO DE MATA, Federico (coord.) *FODERTICS 5.0 Estudios sobre nuevas tecnologías y justicia*., Comares, Granada, 2016, p.193.

⁶ Europa Press (2021), *España, tercer país con más riesgo de sufrir ciberataques, con un aumento del 125% el pasado año*, 09/12/2021, de Europa Press <https://www.europapress.es/estar-donde-estes/noticia-espana-tercer-pais-mas-riesgo-sufrir-ciberataques-aumento-125-pasado-ano-20210614092709.html>

⁷ Ministerio del Interior (2020), *Estudio sobre la cibercriminalidad en España 2020*, 09/12/2021, de Gobierno de España

http://www.interior.gob.es/documents/642317/12463256/Informe_cibercriminalidad_Espa%C3%B1a_2020_126200212.pdf/e4bb24b1-0fae-47fa-90d3-84794c4f8016

⁸ALBA CLADERA, F. y GARCÍA MARTÍNEZ, G., “Blanqueo de capitales y ...”, *op. cit.*, p. 193.

Ello a su vez nos remite a otro fenómeno cada vez más conocido entre la población: el uso del dinero virtual o las denominadas criptomonedas⁹. Este tipo de moneda virtual se caracteriza por su anonimato, lo cual desemboca, en no pocos casos, en prácticas delictivas, pues a pesar de que, en principio, todas las transacciones son públicas y rastreables en sus respectivos *blockchain*, los estudios demuestran que se encuentran íntimamente vinculadas con delitos como la compra de servicios ilícitos, el blanqueo de capitales o la financiación de actividades terroristas entre otros¹⁰.

Por otro lado, la COVID-19 ha intensificado la presencia de organizaciones criminales que tratan de lucrarse de esta situación. En noviembre del año 2020, el propio Secretario General de INTERPOL, Jürgen Stock, señalaba que “como consecuencia de la combinación de una demanda elevada con una oferta limitada, tan pronto como haya una vacuna contra la COVID-19 disponible se va a convertir en oro en paño para las redes delictivas organizadas”¹¹. Estas redes delictivas suponen un verdadero peligro, llegando a interferir en la cadena de suministro de las vacunas, en la producción y distribución de kits fraudulentos para la detección del virus, en la venta de medicamentos o material médico en línea, certificados falsos de vacunación etc., escenario en el que el agente encubierto desempeña un papel elemental para alcanzar los niveles superiores de dichas redes delictivas.

La pandemia también ha provocado un aumento de una de las grandes lacras sociales: el consumo de pornografía infantil; en concreto, durante el primer estado de alarma¹² aumentó su consumo en un 25%, conforme a los datos proporcionados por la Unidad Central de Ciberdelincuencia del Gobierno Español.

Sin embargo, no es hasta la positivización de la figura del agente encubierto informático (LO 13/2015) cuando se dota de cobertura legal al uso del agente

⁹ La Real Academia Española define este término como “moneda virtual gestionada por una red de computadoras descentralizadas que cuenta con un sistema de encriptación para asegurar las transacciones entre usuarios.”

¹⁰ PÉREZ MEDINA, D.: “Blockchain, criptomonedas y los fenómenos delictivos: entre el crimen y el desarrollo”, *Boletín Criminológico*, núm. 206, 2021, Artículo 10/2020_EJIC.

¹¹ INTERPOL (2020), *Delitos relacionados con la COVID-19: INTERPOL publica nuevas directrices para las fuerzas del orden*, 12/12/2021, de INTERPOL <https://www.interpol.int/es/Noticias-y-acontecimientos/Noticias/2020/Delitos-relacionados-con-la-COVID-19-INTERPOL-publica-nuevas-directrices-para-las-fuerzas-del-orden>

¹² El primer estado de alarma fue aprobado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, prorrogándose hasta el 21 de junio de 2020.

encubierto para la persecución de esta tipología de delitos, posibilitando a los agentes de policía hacerse pasar por pederastas o niños con el fin de sorprender *in fraganti* a este tipo de depravados¹³.

En suma, la importancia del agente encubierto, como diligencia de investigación, deriva tanto del incremento de la criminalidad organizada como de la sofisticación en el *modus operandi* de estas organizaciones. La infiltración policial es una medida especialmente restrictiva de los derechos fundamentales de los investigados, pero necesaria para la obtención de determinada información que tan sólo puede obtenerse desde el interior de estas organizaciones.

También se pone de manifiesto la importancia de esta figura procesal en el Anteproyecto de LECrim del año 2020, en el cual se mantiene la esencia del agente encubierto, si bien se amplía su regulación legal (Título VII, Capítulo II “El agente encubierto”, arts. 500 a 508 Propuesta Anteproyecto LECrim), introduciendo gran parte de los pronunciamientos jurisdiccionales sobre ciertas cuestiones que, como consecuencia de las lagunas legales de la legislación vigente hasta la fecha, se venían completando por la jurisprudencia.

El presente trabajo tiene por objeto el estudio de la figura del agente encubierto a partir de su análisis jurisprudencial. En primer lugar, se procederá al examen de esta figura procesal, atendiendo a su evolución legislativa, concepto, presupuestos para su adopción, el papel que desempeña la Policía Judicial y la diferencia respecto a otras figuras, prestando especial atención al agente provocador. A continuación se estudiará el modo de obtención de información durante la infiltración policial; para ello comenzaremos con el estudio de la iniciativa policial, el doble sistema de autorización, la duración, prórroga y extinción de esta medida y los derechos fundamentales y principios constitucionales que pueden resultar lesionados. Seguidamente se examinará la práctica de la prueba en el juicio oral, subrayando la importancia de salvaguardar la presunción de inocencia y examinando los medios de prueba aportados por el agente encubierto. Por último se prestará atención al estudio del juicio oral y a la valoración probatoria por el Tribunal, a través del estudio de la ilicitud probatoria derivada de la falta de autorización inicial, así como

¹³ VALIÑO CES, A., “El agente encubierto informático y la ciberdelincuencia: el intercambio de archivos ilícitos para la lucha contra los delitos de pornografía infantil”, en: BUENO DE MATA, Federico (coord.) *FODERTICS 5.0 Estudios sobre nuevas tecnologías y justicia.*, Comares, Granada, 2016, pp. 275-286.

de las actuaciones complementarias del agente encubierto, finalizando con la necesidad de una motivación suficiente de dicha valoración.

2. LA FIGURA DEL AGENTE ENCUBIERTO COMO TÉCNICA DE INFILTRACIÓN POLICIAL

2.1. Evolución legislativa

El Real Decreto de 14 de septiembre de 1882¹⁴, por el que se aprobó la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se caracteriza hoy por su profundo retraso en lo que a las innovaciones tecnológicas respecta, así como por la incapacidad de hacer frente, mediante las tradicionales técnicas, a las nuevas formas de delincuencia, tal y como expresa la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/1999¹⁵, de 13 de enero, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves, la cual supuso precisamente la positivización de la figura del agente encubierto en el ordenamiento español.

Pese a ello, lo realmente novedoso es su consideración como técnica de investigación procesal, posibilitando conceder validez procesal a las pruebas obtenidas¹⁶, en contraposición al uso que se venía haciendo de la misma, como un simple recurso en materia de seguridad para la obtención de información.

La creación de la figura del agente encubierto por el legislador de 1999 se orientó al perfeccionamiento de la acción investigadora en la lucha contra las actividades delictivas de las organizaciones criminales, especialmente en lo relativo a la circulación y entrega de sustancias prohibidas, como estupefacientes. Con esta figura, y ante la insuficiencia de las técnicas de investigación ya existentes, se trató de afrontar “la opacidad y clandestinidad con la que actúan las grandes organizaciones criminales”¹⁷.

En España el primer agente encubierto de la Guardia Civil fue Mikel Lejarza, “el Lobo”, infiltrado en la banda terrorista ETA. Este agente logró la detención de más

¹⁴ GAZ, núm. 260, de 17 de agosto de 1882.

¹⁵ BOE, núm. 12, de 14 de enero de 1999.

¹⁶ SÁNCHEZ TOMÁS, JM.: *Derecho de las drogas y las drogodependencias*, FAD, Madrid, 2002, p. 214

¹⁷ GIMENO SENDRA, V.: *Derecho Procesal Penal*, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2015, p. 575.

de 200 terroristas, además de la desarticulación de la infraestructura de la banda en España. Una vez concluida la operación, seis años más tarde, fue descubierto y sentenciado a muerte por los terroristas, lo cual le obligó a cambiar su identidad y fisonomía para no ser reconocido¹⁸.

Continuando con la ya citada Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/1999, en el momento de la creación *ex novo* de esta figura, el legislador consciente de los problemas asociados al carácter secreto de esta nueva técnica dispuso que “la búsqueda de medios jurídicos eficaces para luchar contra la criminalidad organizada no debe comportar un detrimento de la plena vigencia de los principios, derechos y garantías constitucionales, y la preservación de los aludidos principios, derechos y garantías exige, siempre que exista conflicto, que el mismo se resuelva a favor de estos últimos, porque ellos constituyen el verdadero fundamento de nuestro sistema democrático”.

La introducción de esta técnica en el ordenamiento español, al igual que en otros ordenamientos europeos, ha suscitado grandes debates jurídicos, además de sociales y políticos, pues “obligan al ciudadano a asumir como posible la presencia oculta del poder público en esferas que se pueden considerar privadas”¹⁹. Por ello, como se indicará más adelante, el respeto al principio de proporcionalidad resulta fundamental.

Posteriormente, la sofisticación de los medios empleados, como consecuencia de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, forzó al legislador a la creación de la figura del agente encubierto informático, introduciendo dos nuevos apartados en el art. 282 bis LECrim, por medio de la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica. Estos dos nuevos apartados prevén lo siguiente:

- Apartado 6º: “el juez de instrucción podrá autorizar a funcionarios de la Policía Judicial para actuar bajo identidad supuesta en comunicaciones mantenidas en canales cerrados de comunicación con el fin de esclarecer alguno de los delitos

¹⁸ VALIÑO CES, A.: “La actuación del agente encubierto en los delitos informáticos tras la Ley Orgánica 13/2015” en: FUENTES SORIANO, Olga (coord.) *El proceso penal: cuestiones fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 380.

¹⁹ GASCÓN INCHAUSTI, F.: *Infiltración policial y...*, *op.cit.*, p.6.

a los que se refiere el apartado 4 de este artículo o cualquier delito de los previstos en el artículo 588 ter a.

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

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

Con ello, “se amplía la regulación de esta figura con el objeto de acercar la justicia penal a la represión no sólo del crimen organizado, sino también de los delitos cometidos a través de Internet”²⁰, pues la citada Ley Orgánica permite “compaginar los derechos e intereses de los ciudadanos con los avances tecnológicos”²¹.

2.2. El concepto de agente encubierto

Antes de adentrarnos en la figura procesal del agente encubierto, tiene interés aproximarnos al concepto de infiltración como: “la acción de aquél que, para obtener una información que no es de acceso general y que le es necesaria para un propósito concreto, oculta tanto su identidad real como sus intenciones y, bien directamente bien a través de un tercero, entra en contacto con las personas aparentemente susceptibles de suministrarla, estableciendo con ellas una falsa relación de confianza que, con el transcurso del tiempo, le permita obtener la información deseada”²². Esta definición nos permite extraer, como requisito fundamental, la necesidad de ocultar la identidad de la persona infiltrada, así como la intencionalidad en el uso de esta técnica.

En esta línea interesa destacar que tan sólo podremos hablar de infiltración cuando una o varias personas físicas sean las encargadas de obtener una determinada

²⁰ VALIÑO CES, A.: “El agente encubierto informático y ...”, *op. cit.*, p. 280.

²¹ BUENO DE MATA, F.: “Comentarios y reflexiones sobre la Ley Orgánica 13/2015 de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica”, *Diario La Ley*, núm. 8627, 2015, p. 1.

²² GASCÓN INCHAUSTI, F.: *Infiltración policial y...*, *op.cit.*, p. 10.

información, ya que el uso exclusivo de medios técnicos para su obtención nos aleja del concepto de infiltración en los términos que venimos explicando.

En cierto modo podría decirse que la piedra angular de la técnica de infiltración es el instrumento utilizado en la obtención de información: una persona física, lo cual no impide la participación de personas jurídicas, entre las que se encontrarían los poderes públicos. Esta persona física puede ser propiamente la interesada en la obtención de información o bien un simple intermediario que recibe el encargo del realmente interesado en su obtención.

En el caso que a nosotros nos concierne, el agente encubierto será aquella persona física que desarrolla la infiltración por encargo de un tercero; una persona jurídica, en concreto, el poder público, existiendo entre éste y aquél una relación profesional o *ad hoc*²³.

Este concepto de agente encubierto es un concepto legal contemplado en el art. 282 bis LECrim, según el cual estaríamos ante un funcionario de la Policía Judicial que, mediante identidad supuesta y a instancias del poder público (Juez de Instrucción competente o Ministerio Fiscal), tiene por cometido la infiltración en organizaciones criminales, con la finalidad de obtener la información necesaria para la adecuada persecución de la actividad delictiva en cuestión.

Este concepto legal es la conjunción, por un lado, del término «agente» en el sentido de «agente policial» y, por el otro, del adjetivo «encubierto» en alusión a la ocultación de la identidad, condición e intencionalidad, tal y como expone la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 140/2019 de 13 marzo, FJ 4º. Conjunción que nos lleva a la expresión de «agente encubierto», si bien con mayor rigor deberíamos atender a la expresión «infiltrado policial», siendo por tanto, términos completamente intercambiables²⁴.

2.3. El agente encubierto informático

La nueva realidad que caracteriza el entorno de las organizaciones criminales, presidida por el anonimato y, en muchas ocasiones, por la impunidad que ofrece la Red, exige un estudio individualizado de la modalidad informática del agente

²³ GASCÓN INCHAUSTI, F.: *Infiltración policial y...*, *op.cit.*, p. 13.

²⁴ GASCÓN INCHAUSTI, F.: *Infiltración policial y...*, *op.cit.*, p. 14.

encubierto. El recurso a las nuevas tecnologías para la perpetración de actividades delictivas comporta una necesaria y lógica adecuación de la acción investigadora a las nuevas circunstancias.²⁵

Consciente de ello, el legislador español trató de adaptar nuestra legislación a esta nueva realidad virtual, promulgando para ello la LO 13/2015, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica. Por aquel entonces, como indica la propia Exposición de Motivos de la citada ley, la legislación española contaba con “un cuadro normativo concebido para tiempos muy distintos”.

Como ya se advirtió con anterioridad, la regulación de la figura del agente encubierto informático subyace en los apartados 6 y 7 del art. 282 bis LECrim, aunque a parecer de algunos autores, esta posición es errónea, debiendo haber sido ubicada con el resto de diligencias de investigación tecnológicas susceptibles de poner en riesgo los derechos fundamentales.²⁶

Este nuevo apartado 6º habilita al agente encubierto informático al uso de la identidad supuesta y su entrada en canales cerrados de comunicación, para los delitos previstos en el apartado 4º del art. 282 bis y art. 588 ter a) LECrim, delitos cometidos a través de las tecnologías de la información y comunicación, además del posible intercambio, previa autorización judicial, de archivos ilícitos por razón de su contenido entre el agente encubierto y el investigado. Por su parte, el nuevo apartado 7º contempla la posibilidad de grabar imágenes y conversaciones, incluso dentro del domicilio, en el transcurso de los contactos entre el investigado y el agente encubierto, siempre que previamente medie autorización judicial.

El primero de los ya mencionados apartados plantea diversas cuestiones que conviene tener en consideración²⁷:

- No contiene definición alguna respecto a qué debemos entender por canal cerrado de comunicación, siendo el propio juez de instrucción que adopte la

²⁵ ZARAGOZA TEJADA, JI.: “Nuevos fenómenos criminales: la puesta a disposición, a través de las redes, de material apto para incitar al suicidio y a la autolesión a menores de edad e incapaces, y el delito de stalking”, *Revista Aranzadi*, núm. 8, 2021.

²⁶ ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R. Z.: “Breves consideraciones sobre la investigación de los delitos terroristas en red”, *Diario La Ley*, 2022.

²⁷ DE JORGE PÉREZ, C.: “El escondite virtual y el nuevo agente encubierto”, en: BUENO DE MATA, F. (coord.) *FODERTICS 5.0 Estudios sobre nuevas tecnologías y justicia*, Comares, Granada, 2016, pp. 245-253.

medida quien deberá determinar su alcance. En este sentido destacar que, como ya ha señalado la jurisprudencia, Sentencia del Tribunal Supremo núm. 357/2021 de 29 abril, FJ 3º, “las redes sociales, cuando adaptan su funcionalidad a un diálogo que excluye a terceros, participan, desde luego, de esa naturaleza.”

- No contempla el uso de esta figura en canales abiertos de comunicación. La propia Exposición de Motivos de la LO 13/2015, señala que la autorización judicial “en los canales abiertos, por su propia naturaleza, no es necesaria.”

En esta línea destacar que, cuando aún no se había dotado de cobertura legal al agente encubierto informático, también se hacía uso de la identidad ficticia, sin necesidad de autorización judicial, a los efectos de prevenir la comisión de actos delictivos, mediante el denominado “ciberpatrullaje”²⁸. La jurisprudencia consideró que el uso de la identidad supuesta se trataba de algo consustancial a la dinámica propia de la red, de modo que actuaciones de este tipo por agentes policiales, el “ciberpatrullaje”, resultaban ser completamente legítimas²⁹. Por tanto, la inicial indeterminación que plantea el apartado 6º del art. 282 bis LECrim parece quedar resuelta con lo defendido, hasta el momento, por la jurisprudencia.

- Continuando con lo expuesto en el mencionado precepto, el agente encubierto informático será susceptible de utilización en las tipologías delictivas contenidas en el apartado cuarto del art. 282 bis LECrim, así como en los delitos contenidos en el art. 588 ter a LECrim.

En el caso del agente encubierto convencional, el legislador tan sólo se prevé su uso para esclarecer los delitos contemplados en el *numerus clausus* establecido en el apartado cuarto del art. 282 bis LECrim. De esta forma, la creación *ex novo* de la figura del agente encubierto informático, a través de la LO 13/2015, supuso el establecimiento de un *numerus apertus* de delitos al remitirse a lo establecido en el art. 588 ter a LECrim, el cual a su vez se remite a “alguno de los delitos a que se refiere el artículo 579.1 de esta ley o delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o servicio de comunicación.”³⁰

²⁸ ALBA CLADERA, F. y GARCÍA MARTÍNEZ, G., “Blanqueo de capitales...” *op. cit.*, p. 192.

²⁹ Véase, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 767/2007 de 3 de octubre y la Sentencia núm. 752/2010 de 14 de julio.

³⁰ ZARAGOZA TEJADA, JI.: “El agente encubierto «online»: la última frontera de la investigación penal”, *Revista Aranzadi*, núm. 1, 2017.

- En lo relativo al envío de archivos ilícitos, previa autorización judicial, por parte del agente encubierto, se suscita la siguiente cuestión: ¿por tales archivos cabe entender los obtenidos en investigaciones anteriores o, por el contrario, debe tratarse de un material de nueva creación?

Imaginemos, por ejemplo, material pornográfico infantil incautado por la policía en otras investigaciones, no parece muy lógico su uso de nuevo, básicamente, debido a la necesidad de proteger la imagen y el honor de estas personas, así como garantizar el debido respeto al derecho a la protección de datos. En cambio, sí parece más lógico la utilización de material ficticio, como por ejemplo la recreación de imágenes de este tipo a partir de personas mayores de edad, que se prestan de manera voluntaria, y que, en atención a sus características físicas, pueden hacerse pasar perfectamente por menores de edad.

- Por último, otra de las grandes críticas es la posible nulidad de la prueba obtenida, cuando la actuación delictiva tiene como origen la provocación generada por parte del agente encubierto, quien pasa a ser agente provocador. Por ello, “el límite claro en el contenido de ese material debe ser siempre no provocar el gen criminal y ello debe conectarse al modo de utilización del agente de dicho material.”³¹ Si el contenido del material enviado por parte del agente encubierto, resulta ser tan atractivo para el investigado que éste decide delinquir, estaríamos entonces ante una clara provocación policial y, por consiguiente, la prueba obtenida sería nula. En cualquier caso, veremos más adelante con detalle la figura del agente provocador.

El apartado 7º plantea la duda relativa a la necesidad de autorización judicial para la entrada en el domicilio del investigado, cuestión que se analizará más adelante, en el ámbito de los posibles derechos fundamentales vulnerados, pues ciertamente el precepto no es nada claro al respecto.

También destacar que, a pesar de que en ambas modalidades de infiltración se requiere del uso de una identidad supuesta, en el caso del agente encubierto informático, no será necesaria la confección de una personalidad ficticia, en el sentido de una preparación tan intensa. Así por el contrario, en el caso de la modalidad física, los agentes “deberán recibir entrenamiento físico, psicológico y

³¹ DE JORGE PÉREZ, C.: “El escondite virtual y el...”, *op. cit.*, p. 251.

técnico para el buen desarrollo de sus actividades”³², aspecto determinante para el posible éxito de la investigación.

2.4. Presupuestos para la infiltración policial en el ordenamiento español vigente

El uso de esta técnica de investigación requiere de la observancia de una serie de principios³³, expuestos por la doctrina y jurisprudencia de manera reiterada, como son:

- El principio de necesidad³⁴:

Este principio exige valorar la necesidad de la medida, en este caso del uso de la técnica de infiltración policial, a los fines de la investigación, alcance del delito y oportunidad de vigilancia.

Se encuentra profundamente vinculado con el carácter subsidiario de la medida en cuestión, pues conlleva “la debida ponderación y la razonabilidad de la medida en atención a las dificultades de investigación por otros medios (cláusula de subsidiariedad)”³⁵. En definitiva, la imposibilidad de aplicar otro tipo de medidas menos gravosas para el investigado, de manera que “el recurso a la lesión del derecho fundamental resulte necesario por ser inevitable para alcanzar la finalidad perseguida. De ahí que, a estos efectos, se suele identificar la necesidad (*Erforderlichkeit*) con la subsidiariedad.”³⁶

Las técnicas tradicionales de investigación, entre las cuales podría citarse el interrogatorio³⁷, tanto policial como judicial, no son suficientemente efectivas cuando el interrogado es miembro de una organización criminal. La presencia de presiones por parte del grupo criminal del que son miembros, así como la general ausencia de conocimiento sobre aquéllos que ocupan los cargos más altos de la

³² CARDOSO PEREIRA, F. (2012). Agente encubierto y proceso penal garantista: límites y desafíos. [Tesis doctoral, Universidad de Salamanca]. *Dialnet*.

³³ Véase, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 503/2021, de 10 junio.

³⁴ Véase, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 155/2007, de 28 febrero.

³⁵ CHOCLÁN MONTALVO, J.A.: *La organización criminal: tratamiento penal y procesal*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 63.

³⁶ GASCÓN INCHAUSTI, F.: *Infiltración policial y...*, *op.cit.*, p.128.

³⁷ En el caso de los procesados por una actividad delictiva, la técnica del interrogatorio se contempla en los arts. 385 y ss. LECrim, mientras que para los testigos, la citada técnica se regula en los arts. 410 y ss. LECrim.

organización y, por consiguiente, de las actividades a las cuales se dedican, hacen que estas técnicas sean inservibles a los fines de la investigación³⁸.

La técnica de la infiltración es una medida en todo caso subsidiaria cuando “se llega a un punto en la investigación en donde ya no se puede continuar, precisando la introducción de medidas de investigación, como la del agente encubierto, para acceder a esa información de la que no podría accederse de otra manera”, conforme a lo establecido en la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 65/2019 de 7 de febrero, FJ 2º.

La importancia de este principio queda plasmada en el apartado primero del propio art. 282 bis LECrim, el cual establece que la medida deberá ser adoptada “teniendo en cuenta su necesidad a los fines de la investigación”.

- El principio de proporcionalidad³⁹:

Comporta una valoración de la medida con el objeto de determinar si es proporcionada a los fines que se desean lograr, es decir, si “el sacrificio que sufre el interés individual no resulta desproporcionado en relación con el beneficio que se deduce para el interés público”⁴⁰.

En nuestro caso, no cabe duda de que los delitos comprendidos en el apartado cuarto del art. 282 bis LECrim⁴¹, revisten gravedad. Precisamente por ello, la pena

³⁸ GASCÓN INCHAUSTI, F.: *Infiltración policial y...*, *op.cit.*, p. 130.

³⁹ Véase entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 280/2004, de 8 marzo.

⁴⁰ GASCÓN INCHAUSTI, F.: *Infiltración policial y...*, *op.cit.*, p. 132.

⁴¹ Véase, el apartado cuarto del art. 282 bis LECrim, según el cual “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.

asociada a los mismos es una pena grave, por la trascendencia social y entidad del bien jurídico atacado.

- El principio de especialidad:

Conforme a este principio, ante cualquier solicitud policial para llevar a cabo una infiltración, ésta ha de estar necesariamente conectada con la investigación de una actividad delictiva de entre las recogidas en el apartado cuarto o sexto del art. 282 bis LECrim, en función de la modalidad de infiltración adoptada.

Además, esta medida no puede ser autorizada de forma mecánica o automática ante cualquier solicitud policial⁴². En consecuencia, “la Ley Orgánica 5/1999 no es un “cajón de sastre” al que los cuerpos policiales puedan recurrir cuando quieran para trazar sus operativos de ofensiva contra la criminalidad”⁴³. El sospechoso debe estar correctamente identificado como tal, ya que las observaciones realizadas sobre personas en general acarrearán la ilicitud de la medida⁴⁴.

- Indicios suficientes y no meras sospechas:

La solicitud de esta medida debe estar debidamente respaldada por la presencia de indicios suficientes de criminalidad y no meras sospechas.

No obstante, como bien apunta la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 575/2013 de 28 de junio en su FJ 2º “por definición, no pueden manejarse verdaderas pruebas, sino indicios que luego merecerán o no su traducción en una tipicidad más agravada.”

Por ello, “cuestionar la existencia de investigaciones previas a la entrada en acción del agente encubierto como tal, y, al mismo tiempo, pedir que su habilitación cuente con apoyo en elementos de juicio dotados de suficiente base empírica para

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.

⁴² MOLINA MANSILLA, Mª C.: *El delito de narco tráfico*, Bosch, Barcelona, 2008, p. 302.

⁴³ MAGAZ ÁLVAREZ, R.: “Respuestas político-criminales a la delincuencia internacional: narcotráfico y terrorismo” en: RODRÍGUEZ NÚÑEZ, Alicia (coord.) *La investigación policial y sus consecuencias jurídicas*, Dykinson, 2013, p. 330.

⁴⁴ MOLINA MANSILLA, Mª C.: *Mecanismos de investigación policial: entrega vigilada y agente encubierto*, Bosch, Barcelona, 2009, p. 32.

dar racionalidad a la medida, tiene algo de contradictorio.”, Sentencia del Tribunal Supremo núm. 277/2016, de 6 de abril, FJ 1º.

- El agente encubierto no delinque ni colabora en el delito.

Con anterioridad a la solicitud para la práctica de esta medida “la estructura ya estaba organizada, secuenciada y prevista. Los funcionarios policiales lo detectan en su investigación e intervienen con autorización del Fiscal o del Juez.”, Sentencia del Tribunal Supremo 503/2021, de 10 de junio, FJ 2º. En parecidos términos, se pronuncia el Tribunal Supremo en la Sentencia núm. 173/2019, de 1 de abril, que retro trayéndose a la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1114/2002, de 12 de junio, afirma que “la decisión de delinquir ya ha surgido firmemente en el sujeto con independencia del agente provocador, que, camuflado bajo una personalidad supuesta, se limita a comprobar la actuación del delincuente e incluso a realizar algunas actividades de colaboración con el mismo⁴⁵.”

Como veremos más adelante, este requisito no está exento de polémica, lo cual obliga a su estudio de manera más detallada.

2.5. Agente encubierto y Policía Judicial

El agente encubierto “es una figura policial, con carácter de agente de la autoridad, que judicializa en un atestado su trabajo”⁴⁶, tarea para la cual resulta elemental la formación y preparación del mismo, sobre todo en lo relativo a la preparación psicológica necesaria para permanecer, en ocasiones lejos de su hogar, en un entorno hostil y violento, durante largas jornadas⁴⁷.

El primer apartado del art. 282 bis LECrim es muy claro cuando dispone: “el Juez de Instrucción competente o el Ministerio Fiscal dando cuenta inmediata al Juez, podrán autorizar a funcionarios de la Policía Judicial [...]”

Como destaca la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 395/2014, de 13 de mayo, en su FJ 3º “ha de tratarse de un miembro de la policía judicial que, por resolución

⁴⁵ Con la creación de la figura del agente encubierto por la LO 5/1999, de 13 de enero, el legislador, en el apartado primero del art. 282 bis LECrim, faculta al mismo a la realización de actividades de colaboración, como “adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos.”

⁴⁶ MAGAZ ÁLVAREZ, R., “Respuestas político-criminales a...”, *op. cit.*, p. 331.

⁴⁷ CARDOSO PEREIRA, F., Agente encubierto y..., *op. cit.*

motivada, recibe una especie de autorización para transgredir la norma respecto a alguno de los delitos que se relacionan en el art. 282 bis, una especie de excusa absolutoria impropia recogida en una norma procesal⁴⁸.

2.6. Diferencias con respecto a otras figuras

La figura del agente encubierto, en el sentido de infiltrado policial, como veíamos en el apartado anterior, es sólo una de las múltiples posibilidades que permite la técnica de la infiltración.

En este sentido, también merecen la calificación de infiltrados los miembros de los Servicios de Inteligencia. Bien es cierto que se diferencian de los infiltrados policiales “en el concreto poder público para el que desarrollan su labor y, sobre todo, en la finalidad que persiguen⁴⁹”. Asimismo, a diferencia de lo que sucede con los infiltrados policiales, los miembros de los Servicios de Inteligencia carecen del carácter de agente de la autoridad⁵⁰.

De igual forma, cabe la posibilidad de que los poderes públicos recurran a particulares, a los fines de infiltración en organizaciones criminales; en esos casos, no existe una terminología jurídica específica para su denominación, aunque se suele recurrir a los términos “confidente” o “colaborador policial”. No es posible reconducir este supuesto a una unidad conceptual, porque son múltiples las modalidades que nos podemos encontrar “desde personas que colaboran de manera estable y casi profesional con la Policía, hasta sujetos que lo hacen de forma puntual y aislada, pasando por quienes, integrados en la organización criminal, deciden colaborar con el poder público prolongando su participación en ella⁵¹”. Desde un punto de vista más práctico, los motivos que se esconden detrás de este tipo de colaboración van desde una buena conciencia ciudadana, hasta el tradicional ajuste de cuentas o arrepentimiento⁵².

Con base en ello, podrían diferenciarse tres grandes grupos de figuras afines⁵³:

- El denunciante anónimo:

⁴⁸ Véase también, la Sentencia de la Audiencia Nacional núm. 13/2018, de 3 de mayo.

⁴⁹ GASCÓN INCHAUSTI, F.: *Infiltración policial y...*, *op.cit.*, p. 14.

⁵⁰ MAGAZ ÁLVAREZ, R., “Respuestas político-criminales a...”, *op. cit.*, p. 332.

⁵¹ GASCÓN INCHAUSTI, F.: *Infiltración policial y...*, *op.cit.*, p. 15.

⁵² MAGAZ ÁLVAREZ, R., “Respuestas político-criminales a...”, *op. cit.*, p. 332.

⁵³ GASCÓN INCHAUSTI, F.: *Infiltración policial y...*, *op.cit.*, pp. 20-28.

En general, suele tratarse de un particular que informa a los cuerpos policiales sobre cualquier actividad delictiva, en ocasiones proporcionando incluso pruebas, pero manteniendo en el proceso penal su identidad oculta.

Por el contrario, el agente encubierto no es un particular, sino un funcionario de la Policía Judicial, quien además no mantiene oculta su identidad en el proceso penal para las autoridades judiciales o el Ministerio Fiscal, pero sí se vale de una identidad supuesta.

- El confidente o colaborador policial:

Lo más habitual es que se traten de personas que forman parte de la organización o entorno criminal en el que se desarrollan las actividades delictivas, las cuales suministran información a la Policía a cambio de ciertas ventajas.

En este caso el elemento diferenciador clave, aparte de no tratarse de un funcionario de la Policía Judicial, es la falta de autorización y control judicial. Además, tampoco se trata de una infiltración, en el sentido de una diligencia de investigación procesal penal, sino que podría hablarse de una situación de infiltración preexistente que es aprovechada por la Policía con el único fin de lograr obtener información.

- El arrepentido:

Personas que originariamente pertenecen a organizaciones criminales y, a cambio de protección o un cierto rédito, proporcionan información a la Policía para así enjuiciar al resto de miembros de la organización o bien actuar como testigos de cargo.

En el orden penal, el arrepentido puede beneficiarse de una atenuación cualificada de su responsabilidad⁵⁴, dado que se trata de un coimputado en el proceso penal.

De nuevo, el elemento diferenciador con respecto a la figura del agente encubierto es la ausencia de la condición de funcionario de la Policía Judicial.

⁵⁴ Por ejemplo, para los delitos de tráfico de drogas tal atenuación se contempla en el art. 376 CP y para los delitos de terrorismo en el art. 579 CP.

2.7. Agente provocador y delito provocado

Continuando con el análisis de las figuras afines al agente encubierto, resulta fundamental la distinción entre el agente encubierto y el denominado agente provocador, el cual es producto de una construcción jurisprudencial que se retrotrae al siglo pasado en ámbitos tan diversos como el tráfico de drogas, el intrusismo profesional, la prostitución o, incluso, delitos relativos a la propiedad intelectual, entre otros.

Entre la jurisprudencia más reciente, encontramos la Sentencia núm. 503/2021, de 10 de junio, que en su FJ 4º contiene las principales notas distintivas de esta figura con respecto al agente encubierto.⁵⁵

- En primer lugar, mientras que la figura del agente encubierto se infiltra en una organización criminal, el agente provocador no realiza una labor de infiltración, sino que tan sólo se limita a mantener contacto con la misma o con algún delincuente.
- En segundo lugar, el agente provocador, al igual que el agente encubierto, oculta su condición de agente de policía, pero sin hacer uso de una de las principales características del agente encubierto, el uso de una identidad ficticia, valiéndose tan sólo del engaño.
- En tercer lugar, la actuación del agente provocador es menos lesiva frente a los derechos fundamentales, pues la relación entre éste y los delincuentes, además del engaño causado, es mucho menor.
- Y, por último, ambas figuras se diferencian en cuanto a su finalidad fundamental, ya que mientras que el agente provocador, a través de una detención instantánea, trata de evitar el agotamiento del delito, el agente encubierto se centra en el acopio de información, para la desarticulación de la organización criminal.

En suma, el agente provocador es “aquel que provoca a otro la comisión de un delito con el fin de que el autor provocado sea castigado precisamente a causa de

⁵⁵ En idénticos términos se pronuncian las Sentencias del Tribunal Supremo núm. 104/2019, de 27 febrero y 591/2018, de 26 noviembre, por citar algunas.

ese hecho, sin que tenga voluntad de consumación del delito y poniendo para ello las medidas necesarias.”⁵⁶

Por su parte, el TEDH en la Sentencia de 1 marzo 2011 (Caso L alas contra Lituania) se pronuncia de forma parecida al señalar que “se considera que ha tenido lugar una incitación por parte de la policía cuando los agentes implicados –ya sean miembros de las fuerzas de seguridad o personas que actúen según sus instrucciones– no se limitan a investigar actividades delictivas de una manera pasiva, sino que ejercen una influencia tal sobre el sujeto que le incitan a cometer un delito que, sin esa influencia, no hubiera cometido, con el objeto de averiguar el delito, esto es, aportar pruebas y poder iniciar un proceso.” En este sentido, la distinción entre agente encubierto y agente provocador, como ha sostenido el TEDH en la Sentencia 9 de junio de 1998 (Caso Teixeira de Castro contra Portugal), es la siguiente: “el primero es aquel que se limita a recopilar informaciones mientras que el segundo incita a un individuo a cometer un infracción penal.”

De la actuación de esta figura surge el concepto, dogmático y jurisprudencial, de delito provocado, el cual se define como “aquél que llega a realizarse en virtud de la inducción engañosa de un agente que, deseando conocer la propensión al delito de una persona sospechosa y con la finalidad de constituir pruebas indubitables de un hecho criminal, convence al presunto delincuente para que lleve a cabo la conducta”, Sentencia del Tribunal Supremo núm. 503/2021 de 10 junio, FJ 4^o⁵⁷. La jurisprudencia⁵⁸ viene conceptuando esta técnica conforme a los siguientes tres elementos:

- La actuación del provocado es como consecuencia de la instigación a la que se ve sometido por parte del agente provocador (elemento objetivo).
- La intención del agente provocador es conseguir el castigo del instigado, provocando para ello la comisión de una determinada actuación delictiva, con independencia de la posible presencia de otros móviles en la actuación del primero (elemento subjetivo).

⁵⁶ PÉREZ ARROYO, M. R., “La provocación de la prueba, el agente provocador y el agente encubierto: la validez de la provocación de la prueba y del delito en la lucha contra la criminalidad organizada desde el sistema de pruebas prohibidas en el Derecho penal y Procesal penal.” *Revista La Ley*, núm. 1, 2000, p. 2.

⁵⁷ Véanse también, las Sentencia de la Audiencia Nacional núm. 30/2019, de 30 de diciembre y núm. 1/2022 de 4 enero.

⁵⁸ Véanse las ya citadas Sentencias núm. 104/2019, de 27 febrero y 591/2018, de 26 noviembre.

- La ausencia de riesgo alguno en el bien jurídico objeto de protección, debido a la adopción previa de medidas precautorias o la intervención directa o indirecta del agente provocador, con el fin de evitar su lesión.

Esta técnica del agente provocador recibe el más profundo rechazo por parte de la jurisprudencia española. Los motivos que justifican su oposición son varios: por un lado, la ruptura de los principios propios de un Estado democrático y de Derecho, básicamente, los principios de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, legalidad y proceso debido, y, por otro, la total impunidad que esta técnica genera⁵⁹. Este último aspecto merece especial atención, siendo conveniente citar la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1366/1994, de 1 julio, según la cual son varias las causas que fundamentan tal impunidad:

- La falta de tipicidad delictiva en la conducta del agente provocador al tratarse, en todo caso, de un delito imposible, dado que se encuentran totalmente controlados los resultados del mismo y, además, el bien jurídico protegido en ningún momento es objeto de peligro alguno.
- La ausencia de culpabilidad en la persona del provocado, quien sin la intervención del agente provocador no hubiera actuado de modo delictivo.

Pero, los motivos que justifican esta impunidad no acaban en los expuestos, debido a la falta del doble dolo que caracteriza a la inducción. Pues, aunque existe por parte del agente provocador el dolo relativo a la incitación a la comisión de un delito por el sujeto provocado, no pretende que éste alcance finalmente la total comisión del mismo.

Sobre esta cuestión, también se ha pronunciado la Corte Europea de Derechos Humanos de 9 de junio de 1998, señalando que “el interés público de la represión de los delitos no puede justificar la utilización de material probatorio obtenido como consecuencia de una provocación ejercida por las fuerzas policiales”.

⁵⁹ GASCÓN INCHAUSTI, F.: *Infiltración policial y...*, *op.cit.*, p.32.

3. OBTENCIÓN DE INFORMACIÓN

En este ámbito, como consecuencia de la creciente y necesaria interacción entre la función jurisdiccional y las labores policiales que venimos observando en los últimos tiempos, se observa una “excesiva policialización de la instrucción y del proceso penal”⁶⁰. Esto obedece a la especialización, cada vez mayor, de las personas que tienen confiado el descubrimiento e investigación de hechos delictivos que, en su contra, muestran una preocupante sofisticación.

Así pues, en la mayoría de los casos, como veremos a continuación, “los papeles acaban invirtiéndose: ya no es el Juez el que diseña y solicita la colaboración de la Policía Judicial para materializarla; más bien sucede lo contrario: es la Policía la que diseña una operación de investigación y solicita la autorización del Juez para llevarla a cabo”.⁶¹ Esta cuestión no deja de ser relevante, pues podría suponer la pérdida de una de las principales características de la fase de instrucción: su naturaleza judicial.⁶²

3.1. Iniciativa policial

Aunque en la práctica es lo más frecuente, la LECrim no recoge de manera expresa la iniciativa policial como modo de iniciación de esta medida. Sin embargo, con carácter general y dada su labor investigadora, la Policía Judicial, en comparación con el Juez de Instrucción o Ministerio Fiscal, generalmente se encuentra en mejores condiciones para conocer de la posible existencia de indicios relativos a la comisión de una actividad delictiva.

En este sentido, la Policía Judicial, una vez comprobada la existencia de indicios racionales de delito mediante su actividad investigadora, se consolida como el órgano más adecuado para la estructuración y planificación de una operación de este tipo, la cual requiere de unos conocimientos que difícilmente pueden observarse en el Juez de Instrucción o Ministerio Fiscal.

La iniciativa policial se puede deducir de lo expuesto en el art. 282 bis 1 LECrim, precepto que asigna de modo expreso al Juez de Instrucción o Ministerio Fiscal la

⁶⁰ GASCÓN INCHAUSTI, F.: *Infiltración policial y...*, *op.cit.*, pp. 7-8.

⁶¹ GASCÓN INCHAUSTI, F.: *Infiltración policial y...*, *op.cit.*, p. 8.

⁶² MONTERO AROCA, J.: *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 86.

autorización para la infiltración policial, pero no la decisión sobre la pertinencia de su inicio. Pese a lo cual, tampoco parece coherente negar a éstos su posible participación mediante sugerencias a la Policía Judicial, como la realización de un estudio sobre la viabilidad de la medida para su posterior planificación⁶³. Pero en ningún caso estas posibles sugerencias se pueden tornar en órdenes para el diseño de una infiltración policial, pues es precisamente la voluntariedad para actuar como agente encubierto uno de los rasgos distintivos de la Policía Judicial en este ámbito⁶⁴.

Esto, por el contrario, no excluye que la iniciativa policial para la adopción de esta medida pueda también proceder de una investigación judicial bajo el mandato del Juez de Instrucción o, en el caso del ámbito de la denominada investigación preprocesal o preliminar (art. 773.2 LECrim⁶⁵), del Ministerio Fiscal.

En cuanto a la autonomía de la Policía Judicial para investigar por sí misma la posible existencia de indicios racionales de la comisión de un delito, ésta resulta ser reducida, circunscribiéndose a las denominadas diligencias de prevención establecidas en el art. 13 LECrim⁶⁶ o diligencias de comprobación, una vez recibida una denuncia y, en todo caso, antes de la remisión del atestado a la autoridad competente⁶⁷.

Para finalizar, interesa señalar lo dispuesto en la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 575/2013, de 28 de junio, FJ 2º, conforme a la cual “el que un funcionario policial lleve a cabo tareas de investigación antes de llegar a tener el carácter que regula el art. 282 bis no implica que no pueda servir válidamente como testigo

⁶³ GASCÓN INCHAUSTI, F.: *Infiltración policial y...*, *op.cit.*, p. 186.

⁶⁴ En atención a lo establecido en la Proposición de Ley del Grupo Socialista respecto a la Ley Orgánica de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas conexas, BOCG, Congreso de los Diputados, Serie B, núm. 89-6, 6 de marzo de 1998, pp. 19: “no menos importante resulta la previsión expresa de la voluntariedad de los funcionarios de la policía judicial para actuar como agente encubierto.”

⁶⁵ En concreto, el art. 773. 2 LECrim señala que “cuando el Ministerio Fiscal tenga noticia de un hecho aparentemente delictivo, bien directamente o por serle presentada una denuncia o atestado, informará a la víctima de los derechos recogidos en la legislación vigente; efectuará la evaluación y resolución provisionales de las necesidades de la víctima de conformidad con lo dispuesto en la legislación vigente y practicará él mismo u ordenará a la Policía Judicial que practique las diligencias que estime pertinentes para la comprobación del hecho o de la responsabilidad de los partícipes en el mismo. [...]”

⁶⁶ Entre las diligencias establecidas en el art. 13 LECrim se encontrarían “la de consignar las pruebas del delito que puedan desaparecer, la de recoger y poner en custodia cuanto conduzca a su comprobación y a la identificación del delincuente, la de detener, en su caso, a los presuntos responsables del delito, y la de proteger a los ofendidos o perjudicados por el mismo, a sus familiares o a otras personas, pudiendo acordarse a tal efecto las medidas cautelares a las que se refiere el artículo 544 bis o la orden de protección prevista en el artículo 544 ter de esta ley”.

⁶⁷ EXPÓSITO LÓPEZ, L.: “El agente encubierto”, *Revista de Derecho UNED*, núm. 17, 2015, pp. 251-286.

respecto a lo visto y oído en tiempo anterior. Lo que diferenciará uno y otro tiempo es que la exención de responsabilidad penal, que regula el número 5 de dicho artículo, para actividades dotadas de proporcionalidad con la finalidad de la investigación y que no constituyan provocación al delito, no será aplicable al período previo.” Por tanto, conviene aclarar que durante este período previo a la adopción judicial de la medida⁶⁸, el agente encubierto podrá declarar respecto a lo visto y oído, pero no se beneficiará de la exención de responsabilidad que establece el art. 282 bis 5 LECrim⁶⁹.

3.2. Doble sistema de autorización: Juez de Instrucción o Ministerio Fiscal

Este doble sistema se contempla en el art. 282 bis 1 LECrim, según el cual “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” para el uso de una identidad supuesta, con el fin de adquirir o transportar elementos propios del delito o bien para diferir su incautación a otro momento.

Antes de adentrarnos en el análisis de la forma y contenido de esta autorización, conviene determinar cuáles son las razones que se esconden detrás de esta autorización. Para ello interesa citar la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 277/2016, de 6 de abril, FJ 1º, que contempla dos motivos básicos: por un lado, la posible injerencia en los derechos fundamentales de los investigados y, por otro, la necesidad de otorgar inmunidad al funcionario policial en el desarrollo de la infiltración. Por lo que respecta al primero de los motivos, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 140/2019, de 13 de marzo, FJ 4º, dispone que “la limitación de estos derechos fundamentales, llevada a cabo por la autoridad pública, debe obedecer a un fin legítimo, ser proporcional y estar amparada legalmente, lo cual es previsto por el legislador a través de esta exigencia de autorización judicial previa.”

De igual modo, con independencia de la citada autorización inicial, en virtud de lo establecido en el art. 282 bis 3 LECrim, también deberá solicitarse autorización

⁶⁸ Véase, la Sentencia de la Audiencia Nacional núm. 82/2012, de 10 de diciembre.

⁶⁹ El art. 282 bis 5 LECrim contempla lo siguiente “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.”

judicial cuando las actuaciones de investigación puedan desencadenar en una lesión de los derechos fundamentales de los investigados.

Sin olvidar que el tiempo también juega un papel trascendental en la autorización, pues, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 591/2018, de 26 de noviembre, FJ 2º, su petición debe obedecer a la presencia de indicios de actividad delictiva, no pudiéndose llevar a la práctica de forma prospectiva al objeto de determinar si efectivamente existen tales indicios.

La última de las cuestiones que afectan a la autorización para la infiltración policial es la contemplada en la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 357/2021, de 29 de abril, FJ 2º, la cual dispone que “la jurisprudencia de esta Sala ha relativizado la trascendencia constitucional de irregularidades cometidas en la autorización de la medida del agente encubierto, siempre que esas infracciones no afecten al contenido material de un derecho de relevancia constitucional”⁷⁰.

3.2.1. *Juez de instrucción*

De conformidad con lo establecido en el art. 282 bis 1 LECrim, “el juez de instrucción competente” podrá acordar la autorización para el inicio de la infiltración policial. Esto sería lo más habitual, dado que es éste quien ostenta la dirección de la investigación procesal penal, además de ser competente para la realización del debido juicio de ponderación entre los intereses en juego y fines de la medida, la cual destaca precisamente por su carácter restrictivo de derechos fundamentales, como veíamos anteriormente⁷¹.

En los casos de delitos de terrorismo (Disposición Transitoria única Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), tráfico de sustancias estupefacientes (art. 65.1 d) LOPJ) o falsificación de moneda (art. 65.1 b) LOPJ), serán los Juzgados Centrales de Instrucción los encargados de sostener tal competencia.

En cualquier caso, por Juez competente deberá entenderse aquél que estaba conociendo de la causa, estando el proceso ya incoado en el momento de la solicitud de la autorización, o bien aquél que deba instruir el delito para cuya

⁷⁰ Véanse, las Sentencias del Tribunal Supremo núm. 575/2013 de 28 junio y núm. 154/2009 de 6 febrero.

⁷¹ EXPÓSITO LÓPEZ, L.: “El agente encubierto”..., *op. cit.*, pp. 251-286.

investigación se recurre a la infiltración, cuando el proceso aún no se haya incoado⁷².

En esta línea se debe precisar que si aún no se ha incoado el proceso y, por consiguiente, no hay ninguna instrucción judicial en marcha, la autorización judicial para dar comienzo a la infiltración policial deberá acordarse de manera simultánea al inicio de la instrucción. Ello se explica como consecuencia de la necesidad de fundamentar la adopción de la medida en indicios sólidos, ante los cuales deberá procederse a la apertura del sumario o diligencias previas, no siendo suficiente con las denominadas “diligencias indeterminadas”⁷³. La jurisprudencia ha sido muy crítica con este tipo de medidas al afirmar que “es, por tanto, procesalmente incorrecto adoptar medidas tan relevantes para los derechos fundamentales [...] en “diligencias indeterminadas”, que deben ser desterradas a estos efectos de la práctica judicial.”, Sentencia del Tribunal Supremo núm. 301/2013, de 18 de abril, FJ 16º.

En lo relativo a la autorización para el uso de la identidad supuesta en canales cerrados de comunicación, el primer párrafo del art. 282 bis 6 LECrim atribuye al “juez de instrucción” la competencia para su autorización. En este caso, a diferencia de lo expuesto en el ya señalado art. 282 bis 1 LECrim, el legislador no le concede al Ministerio Fiscal el acuerdo inicial de la medida⁷⁴. La imposición de autorización judicial “reside en el hecho de que con el agente encubierto online se está afectando, o poniendo en peligro, muchos más derechos e intereses que los que se ponen en peligro con la figura del agente encubierto convencional”⁷⁵. Lo mismo sucede con las imágenes obtenidas o conversaciones grabadas en el interior del domicilio por parte del agente encubierto, art. 282 bis 7 LECrim, el cual hace referencia de manera manifiesta al “juez competente”.

Por su parte, el segundo párrafo del art. 282 bis 6 LECrim, tratando de buscar una mayor eficacia de la actividad investigadora efectuada por los agentes policiales, permite el envío e intercambio de archivos ilícitos, pero mediando “autorización específica para ello”. Sin embargo, ¿qué cabe entender por autorización específica?

⁷² GASCÓN INCHAUSTI, F.: *Infiltración policial y...*, *op. cit.* p. 190.

⁷³ GASCÓN INCHAUSTI, F.: *Infiltración policial y...*, *op. cit.* p. 190.

⁷⁴ Véase, la Sentencia de la Audiencia Nacional núm. 25/2019, de 4 de junio.

⁷⁵ ZARAGOZA TEJADA, JI.: “El agente encubierto «online»...”, *op. cit.*, p. 11.

Como deducen algunos autores⁷⁶, “si en la *mens legislatoris* hubiera figurado la necesidad de resolución judicial habilitante previa, en todo caso, no habría tenido sentido el uso de una fórmula atípica, tal que autorización específica.”⁷⁷ Por consiguiente, cabe entender que si tal actuación implica una posible vulneración de derechos fundamentales será necesaria una resolución habilitante previa, pero si esto no ocurre, bastará con la autorización gubernativa del Jefe de Unidad correspondiente.

3.2.2. *El Ministerio Fiscal*

El apartado primero del art. 282 bis LECrim también concede al Ministerio Fiscal la facultad para autorizar esta medida dando cuenta inmediata al Juez. En concreto, esta competencia se atribuye, ante la ausencia de un proceso judicial abierto, es decir, en el ámbito de una investigación preliminar acordada y dirigida por el Ministerio Fiscal (art. 785 LECrim).

La jurisprudencia apunta que, en estos casos, bastará con “una mera "comunicación no exigente de confirmación alguna" al "juez" sin añadir nada más. Por ello, en los casos en los que no exista investigación judicial abierta cumple el Ministerio Fiscal con su función comunicándolo al juez decano para que, a su vez, éste pueda repartirlo al juez que le corresponde por las normas aprobadas de reparto y aprobadas por la sala de Gobierno del TSJ correspondiente.”, Sentencia del Tribunal Supremo núm. 591/2018, de 26 de noviembre, FJ 2º.

El legislador pretende otorgar un ámbito de autonomía al Ministerio Fiscal, atribuyéndole la competencia para la autorización (art. 282 bis 1 párrafo primero LECrim) y consiguiente control de la misma, ya que la información obtenida durante la infiltración deberá ponerse en conocimiento de aquél que autorizó la medida (art. 282 bis 1 párrafo tercero LECrim)⁷⁸.

Pese a lo cual, “la exigencia de motivación del decreto de la fiscalía debe ser entendido en sentido diferente y no con el mismo rigor que la del juez”, Sentencia del Tribunal Supremo núm. 503/2021 de 10 de junio, FJ 2º. En este sentido, cabe destacar que, con la sola excepción de la detención, durante esta investigación

⁷⁶ Entre otros, apoya esta interpretación SÁNCHEZ GÓMEZ, R.: “El agente encubierto...”, *op. cit.* p. 6

⁷⁷ SÁNCHEZ GÓMEZ, R.: “El agente encubierto ...”, *op. cit.* p. 6.

⁷⁸ EXPÓSITO LÓPEZ, L.: “El agente encubierto”,... *op. cit.*, pp. 251-286.

preliminar, el Ministerio Fiscal no podrá practicar ni ordenar medidas restrictivas de los derechos fundamentales, las cuales requerirán en todo caso de la debida autorización judicial. Esto resulta un tanto paradójico, pues la autorización judicial de esta medida resulta de por sí restrictiva de derechos fundamentales, sin embargo, resultará compatible con los principios constitucionales de nuestro ordenamiento jurídico, siempre que se prevea un control judicial posterior de la misma.⁷⁹ Precisamente por ello, cuando el texto legal contempla la expresión “dando cuenta inmediata al Juez” deberá interpretarse no sólo como la debida comunicación de la autorización de la medida al Juez, sino también como “la posibilidad de que el juez la revise y dicte una resolución confirmándola, revocándola o modificándola”⁸⁰. En caso de que el Juez proceda a la convalidación de la medida⁸¹, la investigación preliminar del Ministerio Fiscal concluirá (art. 785 bis 3 LECrim) y se procederá a la apertura del proceso penal.

3.3. Duración, prórroga y extinción de la medida

La concesión de la autorización o, en su caso, la convalidación por el Juez de la otorgada por el Ministerio Fiscal, comporta la legítima participación de la figura del agente encubierto como instrumento al servicio de la investigación, momento a partir del cual adquirirán validez las pruebas obtenidas.

3.3.1. Duración

La duración de la infiltración policial, como diligencia de investigación procesal, por aplicación de lo establecido en el primer apartado del art. 282 bis LECrim, es de 6 meses, al ser éste el plazo de duración del uso de la identidad supuesta otorgada por el Ministerio Fiscal, piedra angular de la investigación.

El establecimiento de un límite temporal de duración de la medida tiene como base el principio de proporcionalidad, el cual “exige que el ataque a la esfera de libertad de los ciudadanos se reduzca al tiempo imprescindible para que se satisfaga el interés público en la persecución penal”⁸². En principio, la duración de la identidad

⁷⁹ GASCÓN INCHAUSTI, F.: *Infiltración policial y...*, *op. cit.* pp. 195-196

⁸⁰ EXPÓSITO LÓPEZ, L.: “El agente encubierto”..., *op. cit.*, p. 272.

⁸¹ El plazo máximo para la convalidación o, en su caso, revocación de la autorización, en atención a lo establecido en el apartado cuarto del art. 579 LECrim, será de 72 horas.

⁸² GASCÓN INCHAUSTI, F.: *Infiltración policial y...*, *op. cit.* p. 138.

supuesta es de 6 meses, no obstante, nada parece impedir que su uso se conceda por un lapso de tiempo inferior, atendiendo precisamente a los postulados del principio de proporcionalidad.

Asimismo, este plazo se encuentra íntimamente conectado con el riesgo que para el infiltrado conlleva la investigación, pues “cuanto más tiempo permanezca dentro de la organización criminal mayor será el riesgo de ser descubierto por los miembros del clan de delincuentes”⁸³. Por ello, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado serán los encargados de evaluar la duración de la medida “atendiendo a la necesidad, posibilidad y los riesgos presentes”⁸⁴.

3.3.2. Prórroga

Conforme a lo señalado en el art. 282 bis 1 LECrim “la identidad supuesta será otorgada por el Ministerio del Interior por el plazo de seis meses prorrogables por períodos de igual duración”. Pese al tenor literal de la ley no cabe entender que corresponda al Ministerio de Interior la competencia para decretar la prórroga de la medida⁸⁵, sino al Juez de Instrucción. Al fin y al cabo, “debe considerarse que prorrogar la identidad supuesta es como prorrogar la infiltración en sí, por lo que la competencia corresponde al órgano jurisdiccional”⁸⁶.

Si la medida para la infiltración policial ha sido acordada por el Ministerio Fiscal, como ya vimos, ésta deberá ser necesariamente convalidada o, por el contrario, derogada por el Juez. Por consiguiente, también le corresponderá al Juez autorizar o no la prórroga, ya que, una vez convalidada la medida, será éste el destinatario de la información de los mandos policiales.

Sobre la base de los resultados obtenidos, una vez transcurrido el plazo de 6 meses de la autorización inicial, los mandos policiales deberán determinar si resulta necesario proceder con la prórroga de la medida o no⁸⁷. En cualquier caso, resulta imprescindible tener presente que las sucesivas prórrogas de la autorización judicial inicial han de basarse en los indicios que de manera fundada se ponen de relieve a

⁸³ CARDOSO PEREIRA, F. (2012). *Agente encubierto y...*, *op. cit.*, p. 396.

⁸⁴ GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA HERRERO, M.: “Infiltración policial y proceso penal” en: SANZ HERMIDA, Ágata M^a (coord.) *Investigación y prueba en el proceso penal*, COLEX, España, 2006, pp. 203-220.

⁸⁵ RIFÁ SOLER, J.: “El agente encubierto o infiltrado en la nueva regulación de la LECrim”, *Revista del Poder Judicial*, núm. 55, 1999, pp. 157-188

⁸⁶ EXPÓSITO LÓPEZ, L.: “El agente encubierto”..., *op. cit.*, p. 281.

⁸⁷ GASCÓN INCHAUSTI, F.: *Infiltración policial y...*, *op. cit.* pp. 219-220.

lo largo de la investigación y no en meras sospechas policiales, Sentencia del Tribunal Supremo núm. 104/2019, de 27 de febrero, FJ 3º.

La motivación de la resolución de la prórroga, como ha señalado el Tribunal Constitucional en su Sentencia núm. 197/2009, de 28 de septiembre, FJ 4º, es una exigencia del art. 18.3 CE, la cual deberá contener “todos los elementos indispensables para realizar el juicio de proporcionalidad y para hacer posible su control posterior, en aras del respeto del derecho de defensa del sujeto pasivo de la medida pues, por la propia finalidad de ésta, la defensa no puede tener lugar en el momento de su adopción”⁸⁸.

Sin embargo, al igual que sucede con la autorización judicial inicial, el plazo de prórroga, conforme a los postulados del principio de proporcionalidad, deberá atenerse a las exigencias de la investigación, de modo que “no tiene que ser exactamente el mismo que el concedido en la autorización judicial”⁸⁹.

Además, una vez acordada la prórroga de la medida por el Juez de Instrucción competente, “deberá solicitarse al Ministerio del Interior la ratificación de la identidad supuesta”⁹⁰.

Para finalizar, conviene tener en consideración que el ordenamiento español no contiene referencia alguna al máximo de prórrogas que se pueden autorizar, de modo que cabe entender que “la infiltración policial se puede prorrogar tantas veces como sea necesario para la investigación”⁹¹.

3.3.3. Extinción

Una de las causas más típicas de extinción de la infiltración policial es el transcurso del plazo fijado, junto con la obtención del fin esperado, pues de lo contrario lo lógico sería optar por la prórroga de la medida. Pero también puede suceder que, una vez transcurrido el plazo, el Juez de Instrucción competente considere que la

⁸⁸ Véase también, la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 299/2000, de 11 de diciembre.

⁸⁹ EXPÓSITO LÓPEZ, L.: “El agente encubierto”..., *op. cit.*, p. 282.

⁹⁰ ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R.: *El policía infiltrado: los presupuestos jurídicos en el proceso español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 362.

⁹¹ ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R.: *El policía infiltrado:...*, *op. cit.* p. 362.

investigación no ha proporcionado los frutos deseados al fin de la investigación, poniendo fin a la medida⁹².

Asimismo, puede suponer la extinción y el fin de la validez de la diligencia de investigación policial cualquiera de los supuestos que se enuncian a continuación⁹³:

- Si una vez adoptada la medida mediante decreto de la fiscalía, el Juez de Instrucción competente decide revocarla o, en su contrario, cuando debiendo haber dado cuenta inmediata a éste, ello no ha tenido lugar.
- Los indicios en los que se basó la autorización de la medida han desaparecido o ponen de relieve delitos no encuadrables dentro del apartado cuarto o sexto del art. 282 bis LECrim, en función de la modalidad de infiltración policial adoptada, o bien cuya comisión no se realice de modo organizado.
- La infiltración no se desarrolla dentro de los límites legales que venimos reseñando.
- La vida del agente se encuentra en grave riesgo. En este supuesto, el agente encubierto podrá abandonar la investigación por su propia iniciativa o porque así se lo ordenen sus superiores.

Si como consecuencia de alguno de los supuestos anteriormente enunciados el Juez de Instrucción competente decide poner fin a la infiltración policial, sin que la información obtenida le permita la condena de los integrantes de la organización criminal, se producirá el sobreseimiento de la causa⁹⁴. Este sobreseimiento podrá ser libre (art. 637 LECrim) o provisional (art. 641 LECrim), excepto que se recurra a otros medios de investigación.

3.4. Derechos fundamentales y principios constitucionales que pueden verse lesionados durante la infiltración policial

La utilización del agente encubierto, tanto físico como informático, supone inmiscuirse en el ámbito personal del presunto autor del hecho delictivo, con la consiguiente vulneración de los clásicos derechos fundamentales, tales como el derecho al secreto de las comunicaciones, intimidad, honor, etc., que ello conlleva.

⁹² EXPÓSITO LÓPEZ, L.: “El agente encubierto”... *op. cit.*, p. 282.

⁹³ GASCÓN INCHAUSTI, F.: *Infiltración policial y...*, *op. cit.* pp. 223-225. En idénticos términos, se pronuncia ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R.: *El policía infiltrado:...*, *op. cit.* pp. 363-365.

⁹⁴ ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R.: *El policía infiltrado:...*, *op. cit.* p. 364.

Sin embargo, como ha puesto de manifiesto el TEDH en su Sentencia 15 junio 1992 (Caso Lüdi contra Suiza), aunque su utilización suponga una grave intromisión en la vida privada y libertad personal del interesado, no se discute la admisibilidad de esta figura procesal, si bien exige una base legal suficientemente precisa, porque de lo contrario, tal injerencia sería imposible en un Estado de Derecho.

Esta figura también puede ocasionar una lesión de los derechos procesales fundamentales, entre los que se encontrarían esencialmente, el derecho a la presunción de inocencia, a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable.

Esta posible vulneración tiene su origen en el engaño que rodea a esta figura, cuyas consecuencias negativas sólo pueden ser aceptadas mediante la oportuna ponderación del resultado alcanzado y del daño causado. De este modo, será fundamental atender a las circunstancias que tienen lugar en cada uno de los casos, con el fin de determinar si la actuación del agente encubierto fue proporcionada a los fines de la investigación o si las pruebas obtenidas han sido provocadas o forzadas, lo que conllevaría a su nulidad⁹⁵. Ello se debe a que esta técnica tiene como objeto la obtención de información respecto a presuntos delincuentes, la cual, posteriormente, será utilizada en un proceso penal como prueba de cargo contra los mismos.

3.4.1. *Derecho a la autodeterminación informativa*

El derecho fundamental a la autodeterminación informativa se trata de un derecho de nueva generación que puede verse lesionado por el engaño del que venimos hablando.

Su origen o, mejor dicho, su autonomía con respecto al derecho a la vida privada, se sitúa en Alemania⁹⁶, en tiempos relativamente recientes, pues es un pleno reflejo de la sociedad moderna, cuyo elemento caracterizador es “la autonomía del consentimiento, la posibilidad de autorizar, de bloquear, de oponerse, de ratificar, de quedarse indiferente respecto a las circulaciones de voces, *rectius* informaciones,

⁹⁵ DE JORGE PÉREZ, C.: “El escondite virtual y el...”, *op. cit.*, pp. 245-253.

⁹⁶ En Alemania, este derecho fundamental se conoce bajo la expresión “*Recht auf informationelle Selbstbestimmung*”, la cual fue otorgada por el Tribunal Constitucional Federal alemán en el ámbito del tratamiento automatizado de datos y, posteriormente, trasladada al ámbito procesal. GASCÓN INCHAUSTI, F. *Infiltración policial y...*, *op. cit.* pp. 92-94.

acerca de la persona misma”⁹⁷. En otras palabras, el Tribunal Supremo, en la Sentencia núm. 803/2017, de 11 de diciembre FJ 4º, lo define como aquél “derecho de nueva generación que otorgaría a cada ciudadano el control sobre la información que nos concierne personalmente, sea íntima o no, para preservar, de este modo y en último extremo, la propia identidad, nuestra dignidad y libertad”.

La Constitución española de 1978 no recoge de modo expreso el presente derecho, sin embargo, es perfectamente encuadrable dentro de la misma, en virtud de la proclamación de la libertad como valor superior (art. 1 CE), la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE) y el respeto a la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE). Con ello, nuestro texto constitucional trata de evitar la presencia oculta del Estado en las relaciones personales de los ciudadanos, excepto en aquellos casos en los que la presencia de otros derechos fundamentales o principios constitucionales justifiquen su uso⁹⁸.

Con base en lo anterior, se deduce la importancia del juicio de proporcionalidad, como presupuesto para el uso de la técnica de infiltración policial. Si bien, “las exigencias del derecho a la autodeterminación informativa, [...], no son tan intensas en cuanto a la necesidad de intervención judicial. Ese es el primero de los derechos que puede verse afectado. Pero no toda incidencia en ese derecho reclama inexorablemente habilitación judicial”, Sentencia del Tribunal Supremo núm. 277/2016, de 6 de abril, FJ 1º⁹⁹. Para ello, la citada sentencia se vale de ejemplos tan frecuentes como aquellos en los que un agente policial, ocultando su condición, lleva a cabo un requerimiento de droga en la vía pública, supuesto en el que, tanto la doctrina como la jurisprudencia, rechazan la necesidad de habilitación judicial.

Mientras que el uso de la técnica de infiltración policial siempre supone una afeción del derecho a la autodeterminación informativa, como veremos a continuación, no sucede lo mismo con aquellos derechos que suponen una concreción del derecho al libre desarrollo personalidad (derecho a la intimidad, art. 18.1 CE; al secreto de las comunicaciones, art. 18.3 CE; e inviolabilidad del domicilio, art. 18.2 CE).

⁹⁷ ADINOLFI, G.: “Autodeterminación informativa, el europeísmo español vs el nacionalismo italiano: consideraciones acerca de un principio general y derecho fundamental”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 77, 2006, pp. 129-151.

⁹⁸ GASCÓN INCHAUSTI, F.: *Infiltración policial y ...*, *op. cit.* pp. 99-102.

⁹⁹ Véase también, Sentencia del Tribunal Supremo núm. 173/2018, de 11 de abril.

3.4.2. *Derecho a la intimidad*

El derecho a la intimidad consagrado en el art. 18.1 CE puede verse afectado por el uso de la técnica del agente encubierto, dado que “la infiltración es lesiva por sí misma, con independencia de las posibles actuaciones que lleve a cabo el agente encubierto; de lo contrario, no haría falta una autorización judicial inicial para la infiltración”¹⁰⁰.

Con lo cual, considerando la afección que esta técnica puede ocasionar de por sí al derecho a la intimidad, si nos detenemos en las posibles actuaciones del agente encubierto que valiéndose de su condición de agente policial oculto accede a la esfera más personal e íntima del investigado, lógicamente nos encontraríamos ante un plus de lesividad aún mayor¹⁰¹. Motivo por el cual, el art. 282 bis 3 LECrim¹⁰² exige, para todas aquellas actuaciones del agente encubierto que puedan suponer una lesión de los derechos fundamentales, la debida autorización judicial, además de la ya señalada autorización inicial.

Por ello, siempre que el acceso a la intimidad del presunto delincuente se sustente en la debida autorización judicial, la cual necesariamente deberá procurar el respeto de los principios de necesidad, suficiencia y proporcionalidad, atendiendo a los fines de la investigación, no tendrá cabida alegar su posible vulneración, Sentencia del Tribunal Supremo núm. 503/2021, de 10 de junio, FJ 3º.¹⁰³

3.4.3. *Derecho al secreto de las comunicaciones*

Al igual que sucede con el derecho a la intimidad, el derecho al secreto de las comunicaciones contemplado en el art. 18.3 CE, no es más que una concreción del mencionado derecho al libre desarrollo de la personalidad. Este derecho tiene por objeto proteger el secreto de las comunicaciones frente a posibles terceros que pretendan inmiscuirse en las mismas.

¹⁰⁰ GASCÓN INCHAUSTI, F.: *Infiltración policial y...*, op. cit. pp. 105.

¹⁰¹ GASCÓN INCHAUSTI, F.: *Infiltración policial y...*, op. cit. pp. 104.

¹⁰² En concreto, el citado precepto dispone que “cuando las actuaciones de investigación puedan afectar a los derechos fundamentales, el agente encubierto deberá solicitar del órgano judicial competente las autorizaciones que, al respecto, establezca la Constitución y la Ley, así como cumplir las demás previsiones legales aplicables”.

¹⁰³ Véase también, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 591/2018 de 26 noviembre.

En este sentido, toda actuación del agente encubierto que pueda comprometer el secreto de las comunicaciones requerirá de habilitación judicial, art. 282 bis 3 LECrim. Asimismo, “para que sea constitucionalmente legítimo el levantamiento del derecho al secreto de las comunicaciones el juez ha de verificar la presencia de indicios constatables por un tercero. No bastan afirmaciones apodícticas de sospecha rubricadas por la policía. El órgano judicial ha de valorar la gravedad y naturaleza de los delitos que se pretende investigar y la necesidad de la injerencia en un derecho fundamental. Es imprescindible que efectúe autónomamente un juicio ponderativo sobre el nivel cualificativo de los indicios que avalan las sospechas”, Sentencia núm. 140/2019, de 13 de marzo, FJ 2º. El juez instructor del proceso deberá valorar los elementos objetivos aportados por el agente policial y si tales indicios superan la mera posibilidad o sospecha la injerencia estará justificada.

Por otro lado, resulta especialmente interesante traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 104/2019, de 27 de febrero, FJ 29º, la cual sostiene que la grabación de conversaciones en las que el agente encubierto ha sido parte no supone una vulneración del secreto a las comunicaciones, pues dicha actuación se encuentra dentro del ámbito de la autorización judicial inicial. En estos casos, “lo que el agente hace [...] es dar soporte añadido a la información obtenida por prueba testifical”, puesto que, en ocasiones, puede ser difícil recordar cada una de las conversaciones mantenidas en el ejercicio de su infiltración. En definitiva, esta medida tan sólo es un complemento a la obligatoriedad de dación de cuenta de la labor desempeñada por el agente encubierto. Además, como afirma la propia Sentencia, “no hay "secreto" para aquél a quien la comunicación se dirige”, por tanto, no se vería conculcado el secreto al que el art. 18.3 CE se refiere. Por el contrario, si lo que graba el agente encubierto son conversaciones de terceros, el secreto a las comunicaciones o, incluso, el derecho a la intimidad, podría verse afectado siendo necesaria una habilitación judicial expresa para tal actuación¹⁰⁴.

De conformidad con lo establecido en el art. 282 bis 7 LECrim, “en el curso de una investigación llevada a cabo mediante agente encubierto, el juez competente podrá autorizar la obtención de imágenes y la grabación de las conversaciones que puedan mantenerse en los encuentros previstos entre el agente y el investigado, aun cuando se desarrollen en el interior de un domicilio.”. Este precepto se estaría refiriendo a

¹⁰⁴ Véase también, la STC núm. 70/2002, de 3 de abril.

la grabación de conversaciones de terceros, dado que el “secreto” no se extiende a los propios comunicantes¹⁰⁵.

Por último, otro supuesto llamativo aquel en el que el agente encubierto accede a la cuenta de correo del investigado, actuación que, sin embargo, no supone vulneración a la intimidad o secreto de las comunicaciones, siempre que el titular de la misma le haya facilitado al agente la contraseña, Sentencia del Tribunal Supremo núm. 591/2018, de 26 de noviembre, FJ 2º. Por tanto, en los demás casos, sí existirá tal vulneración.

3.4.4. Derecho a la inviolabilidad del domicilio

Esta concreción del derecho al libre desarrollo de la personalidad se encuentra plasmada en el art. 18.2 CE y, a diferencia de las anteriores, no contempla grandes problemas y menos aún en materia del agente encubierto informático.

En atención a lo dispuesto en la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 104/2019, de 27 de febrero, FJ 31º, “el acceso al domicilio de los miembros del grupo por el agente encubierto no supone una medida de injerencia en la inviolabilidad de domicilio ya que lo hace con los afectados, de tal manera que no es precisa una orden judicial complementaria.” Cuestión distinta sería aquellos casos en los que el agente, aprovechando la entrada en el domicilio de los investigados, entrada amparada por el auto que autoriza la medida, aprovechase para llevar a cabo otras medidas restrictivas de otros derechos fundamentales, como por ejemplo la intervención de teléfonos, colocación de dispositivos de grabación, etc.

En idénticos términos se pronuncia el Tribunal Supremo en la Sentencia núm. 671/2018, de 19 de diciembre, FJ 3º, al señalar que “no existe violación de domicilio cuando el titular autoriza la entrada en el mismo y subsiguiente percepción de lo que alberga en su interior”.

Por consiguiente, cuando la entrada en el domicilio del investigado se realice con su consentimiento, en ningún caso, podremos hablar de una lesión al presente derecho. En este sentido, el engaño que provoca en el investigado el uso de una

¹⁰⁵ Véase, la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 114/1984, de 29 de noviembre.

identidad falsa por el agente encubierto es totalmente válido, ya que la habilitación judicial inicial legítima por completo a su uso.

Por otro lado, tampoco se verá vulnerado el presente derecho, como así lo ha expresado la jurisprudencia, en aquellos casos en los que en el curso de la infiltración policial “se han tomado fotografías de una zona común de un inmueble, accesible a la vista, no se han utilizado medios técnicos de aproximación visual y por tanto no se ha vulnerado derecho constitucional alguno”, Sentencia del Tribunal Supremo núm. 358/2017, de 18 de mayo, FJ 1º.

3.4.5. Derechos procesales fundamentales

Para finalizar, debemos hacer referencia a los derechos procesales contemplados en el art. 24.2 CE, en especial, al derecho a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable y a la presunción de inocencia. No cabe duda de que el uso de esta técnica puede llegar a suponer una lesión de los mismos, pues las declaraciones autoincriminatorias que realicen los propios investigados en el curso de la infiltración pueden terminar siendo el fundamento de una sentencia de condena¹⁰⁶.

Una cuestión muy interesante es el reconocimiento de hechos por parte del investigado en la conversación con el agente encubierto, cuando ésta es grabada. En estos casos, la jurisprudencia ha reiterado que no se vería afectado el secreto de las comunicaciones, aunque sí podría verse afectado el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable. De este modo, “si en los autos de la instancia no hubiese más prueba contra este recurrente que las declaraciones de signo autoinculpatorio, contenidas en la cinta en que se registró su conversación con los Agentes encubiertos, acaso nos encontraríamos ante una ausencia de prueba, por la prohibición "ex" art. 11.1 LOPJ (RCL 1985, 1578, 2635) de valorar pruebas obtenidas con violación de los derechos fundamentales, en cuyo caso la declaración de su culpabilidad hubiese infringido, como en este motivo se postula, su derecho a la presunción de inocencia.”, Sentencia del Tribunal Supremo núm. 171/2019, de 28 de marzo, FJ 3º.

¹⁰⁶ GASCÓN INCHAUSTI, F.: *Infiltración policial y...*, *op. cit.* p. 109.

La Sentencia del Tribunal Supremo núm. 140/2019, de 13 de marzo, FJ 7º, sostiene que el Tribunal sentenciador, con el fin de comprobar el debido respeto de los citados derechos, deberá considerar los siguientes cuatro extremos:

- La existencia de prueba de cargo efectuada en la instancia (prueba existente).
- Prueba de cargo que debe de haber sido obtenida conforme a las garantías recogidas en nuestro ordenamiento jurídico, Constitución y leyes procesales (prueba lícita).
- Prueba existente y lícita que también debe ser suficiente, es decir, idónea para la justificación de la condena que se va a proceder a imponer (prueba suficiente).
- Finalmente, junto a las características ya señaladas, es preciso que del análisis probatorio en su conjunto se deduzca que la prueba puede ser razonadamente considerada como de cargo (prueba de cargo razonada).

En consecuencia, el respeto a los derechos contemplados en el art. 24.2 CE requerirá un examen particularizado por el Tribunal sentenciador, en función de las circunstancias concretas del caso.

3.5. La aportación de la información obtenida por el agente infiltrado al proceso

El agente encubierto consiste en una diligencia de investigación judicial en el marco de un proceso penal ya incoado, lo cual no significa que la información obtenida se incorpore automáticamente al proceso penal, sino que para que se produzca su efectiva incorporación, el agente encubierto ha de dar traslado de la misma al encargado de la dirección de la investigación que no es otro que el Juez de Instrucción.

El art. 282 bis 1 párrafo tercero de la LECrim señala que “la información que vaya obteniendo el agente encubierto deberá ser puesta a la mayor brevedad posible en conocimiento de quien autorizó la investigación.” En estos términos se pronuncia también la jurisprudencia al disponer que la autorización para la infiltración policial tiene como contrapartida inmediata la obligación del agente encubierto de comparecer en el proceso, dando dación de cuenta de la información obtenida durante el tiempo de la infiltración, Sentencia del Tribunal Supremo núm. 395/2014, de 13 de mayo, FJ 3º.

Si atendemos al tenor literal del precepto, bastaría con que la información obtenida se pusiera en conocimiento del Juez de Instrucción. Sin embargo, también deberá integrarse en el sumario o diligencias previas, pues de lo contrario ello “supondría la asunción de un margen de arbitrariedad para la labor instructora que no resulta de recibo”¹⁰⁷.

Además, el legislador introduce la expresión “a la mayor brevedad posible”, si bien no hace referencia al modo en el que deberá comunicarse esta información, introduciendo así una acusada incertidumbre que “supone que se deje en manos de la jurisdicción competente la resolución de estos aspectos y la determinación del modo en que esta información será puesta en conocimiento, atendiendo a cada investigación en concreto”, Sentencia del Tribunal Supremo núm. 140/2019, de 13 de marzo, FJ 4º.

Con todo, en la mayoría de los casos lo habitual será que la información relevante para la investigación se remita al Juez mediante informes, documentos, grabaciones, fotografías etc. A pesar de ello, estos informes no son atestados policiales en el sentido del art. 292 LECrim¹⁰⁸.

Si continuamos analizando lo establecido en el citado precepto, “dicha información deberá aportarse al proceso en su integridad y se valorará en conciencia por el órgano judicial competente”. La LECrim, de manera muy acertada, se refiere a la aportación al proceso y no al sumario de la información obtenida, pues al fin y al cabo la aportación de la información a la fase de instrucción supone su incorporación al proceso, pudiendo ser utilizada por el Juez de Instrucción para la averiguación del delito y de la persona del delincuente, pero también será de gran utilidad para las partes, tanto en esta primera fase, como en la fase intermedia y, especialmente, en el juicio oral¹⁰⁹.

Por lo que respecta a la necesidad de que la información obtenida se aporte de manera íntegra, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 395/2014, de 13 de mayo,

¹⁰⁷ GASCÓN INCHAUSTI, F.: *Infiltración policial y...*, *op. cit.* p. 258.

¹⁰⁸ El art. 292 LECrim dispone que “los funcionarios de Policía judicial extenderán, bien en papel sellado, bien en papel común, un atestado de las diligencias que practiquen, en el cual especificarán con la mayor exactitud los hechos por ellos averiguados, insertando las declaraciones e informes recibidos y anotando todas las circunstancias que hubiesen observado y pudiesen ser prueba o indicio del delito. La Policía Judicial remitirá con el atestado un informe dando cuenta de las detenciones anteriores y de la existencia de requisitorias para su llamamiento y busca cuando así conste en sus bases de datos.”

¹⁰⁹ GASCÓN INCHAUSTI, F.: *Infiltración policial y...*, *op. cit.* p. 260.

FJ 3º, dispone que siempre que la información obtenida a expensas de la investigación no haya sido comunicada íntegramente al órgano que autorizó la medida, ésta no podrá servir de base probatoria sobre los hechos. La no de aportación al proceso de la información obtenida hace que ésta devenga en irregular.

En cualquier caso, el deber de aportar de manera íntegra la información al proceso ha de relativizarse, ya que, en primer lugar, el agente encubierto deberá seleccionar la información que ha de transmitir al Juez Instructor y éste, por su parte, deberá hacer un nuevo proceso de selección, para determinar qué información es o no relevante para el proceso penal. En esta línea la jurisprudencia sostiene que “el agente entregará la totalidad de la información obtenida en el ejercicio de su función, en tanto fuera relevante para la investigación del delito. Es evidente, de la lectura de la regulación contemplada en el art. 282 bis LECrim que no se trata de trasladar la totalidad de las comunicaciones mantenidas, las conversaciones, los mensajes, las llamadas -como si de una suerte de intervención telefónica se tratara- sino de cuanto resulte trascendente para la investigación, que justifique la medida y pueda servir para el esclarecimiento de los hechos y la evitación del delito.”, Sentencia del Tribunal Supremo núm. 503/2021, de 10 de junio, FJ 2º.

Por consiguiente, el agente encubierto deberá aportar aquello que considere relevante a los fines de la investigación, con independencia de que lo aportado beneficie a los encausados, ya que, continuando con la citada Sentencia del Tribunal Supremo, “no se trata de que el funcionario "elija" lo que sea de carácter incriminatorio, sino lo que sea relevante para la investigación”.

Finalmente, cabe destacar que la información aportada fruto de la infiltración policial será susceptible de múltiples usos, como la adopción de nuevas medidas de investigación, medidas cautelares personales, fundamento para la justificación de cualquier restricción de derechos fundamentales y, si el contenido incriminatorio es suficiente, podrá fundar el acto de imputación formal, siendo la base para la solicitud de la apertura del juicio oral por la acusación.

4. PRÁCTICA DEL MEDIO DE PRUEBA EN EL JUICIO ORAL

Mientras que la incorporación de la información a la fase de instrucción se realiza de forma libre, su incorporación al juicio oral debe realizarse a través de algún medio de

prueba. En estos casos, “no existe un único medio de prueba idóneo a tal fin: todo dependerá de las fuentes de prueba a las que haya permitido acceder la infiltración policial”¹¹⁰.

4.1. La necesidad de salvaguardar el derecho de presunción de inocencia durante el juicio oral

Además de la posible lesión de derechos fundamentales durante la fase de instrucción, la adecuada práctica de la prueba en el juicio oral resulta fundamental para salvaguardar el derecho de presunción de inocencia del art. 24.2 CE.

El Tribunal Constitucional sostiene que este derecho se traduce en la imposibilidad de “ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria, realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en ellos.”, Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 123/2006, de 24 de abril, FJ 5º.

En este sentido, entenderemos por prueba de cargo “aquella que haya sido obtenida, con respeto al canon de legalidad constitucional exigible, y que además, haya sido introducida en el plenario de acuerdo con el canon de legalidad ordinaria y sometida a los principios que rigen de contradicción, inmediación, publicidad e igualdad”. Una vez comprobada la existencia de esta prueba de cargo, se ha de comprobar que “ésta es de tal consistencia que tiene virtualidad de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia”, Sentencia del Tribunal Supremo núm. 104/2019, de 27 de febrero, FJ 2º. Con lo cual, para garantizar el derecho de presunción de inocencia, las pruebas legalmente obtenidas han de ser practicadas en el juicio oral, conforme a lo establecido legalmente y con el debido respeto de los principios básicos que informan el proceso penal, pudiendo de este modo, en su caso, desvirtuar la presunción de inocencia que contempla nuestro texto constitucional.

4.2. Medios de prueba aportados por el agente encubierto

La información aportada al proceso por el agente encubierto durante la fase de instrucción, podrá ser utilizada en el juicio oral como prueba de cargo, siempre que su

¹¹⁰ GASCÓN INCHAUSTI, F.: *Infiltración policial y...*, *op. cit.* pp. 263.

contenido sea suficientemente incriminatorio. Del mismo modo, si el contenido de la información fuese favorable al investigado, podrá ser utilizada por éste en el juicio oral en su descargo¹¹¹.

Sin embargo, nuestro ordenamiento no contempla previsión legal expresa respecto al modo de dar entrada a esta información en el juicio oral, con lo cual será fundamental atender a lo establecido jurisprudencialmente.

4.2.1. Prueba pericial de inteligencia

La llamada prueba pericial de inteligencia es el medio de prueba por excelencia, en lo que respecta a la infiltración policial. Su práctica en juicio oral está admitida jurisprudencialmente, a pesar de no estar contemplada legalmente, vid.v.gr., entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 697/2012, de 2 de octubre, FJ 4º.

Los informes periciales de inteligencia comprenden las conclusiones policiales que alcanza el agente encubierto en el transcurso de su investigación, “conclusiones que están basadas, no sólo en los datos que se manejan en la investigación, sino también en la propia experiencia del funcionario y su leal saber y entender”¹¹².

Este medio probatorio es una variante de la prueba pericial¹¹³, ya que tales informes “incorporan razón de ciencia, pues sus autores, en cuanto tienen una larga experiencia adquirida durante los muchos años de investigación de las Fuerzas de Seguridad, en el transcurso de los cuales han ido acumulando datos sobre el funcionamiento del crimen organizado y sus miembros, pueden ser calificados como peritos”, Sentencia del Tribunal Supremo núm. 104/2019, de 27 de febrero, FJ 2º. En esta línea puede sostenerse que su propósito no es otro que “suministrar al Juzgado una serie de conocimientos técnicos, científicos, artísticos o prácticos cuya finalidad es fijar una realidad no constatable directamente por el Juez y que, obviamente, no es vinculante para él¹¹⁴”, Sentencia del Tribunal Supremo núm. 290/2010, de 31 de marzo, FJ 10º.

La prueba pericial de inteligencia, además de configurarse como una prueba pericial, también puede ser tratada como una prueba testifical, pues “el agente policial que

¹¹¹ GASCÓN INCHAUSTI, F.: *Infiltración policial y...*, op. cit. p. 262.

¹¹² GUERRERO PALOMARES, S.: “La denominada “prueba de inteligencia policial” o “pericial de inteligencia””, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 25, 2011, p. 77.

¹¹³ A la que se refieren tanto el art. 456 LECrim como el art. 335 LEC.

¹¹⁴ Como el resto de pruebas, serán sometidas a la valoración crítica del tribunal, según lo dispuesto en el art. 741 LECrim, en cualquier caso, la cuestión será analizada en el siguiente apartado.

elabora el informe conoce del contenido de la materia y en consecuencia lo hace por sus conocimientos científicos, pero también actúa como testigo en razón de lo que sabe”, Sentencia del Tribunal núm. 104/2019, de 27 febrero, FJ 2º.

Por consiguiente, la prueba pericial de inteligencia podría equipararse a la prueba testigo-perito (arts. 370 y 380 LEC), puesto que el agente encubierto podría actuar en juicio de las dos maneras: tanto como testigo, declarando lo que ha conocido durante la infiltración, como perito, en función de la preparación y conocimiento sobre este tipo de hechos delictivos.

No obstante, en ocasiones se ha puesto en duda la naturaleza pericial de este medio probatorio, al verse cuestionada la imparcialidad del agente. A pesar de ello, la Sala Especial del Tribunal Supremo del art. 61 LOPJ, en la Sentencia de 27 de marzo de 2003, FJ 2º, acabó con la disyuntiva de parcialidad o imparcialidad de los funcionarios policiales en su actuación como testigos-peritos, considerando que “el Ordenamiento Jurídico español alberga un acabado diseño del estatuto jurídico al que se encuentran sometidos los funcionarios de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado en garantía de que en su actividad de colaboración y servicio a la justicia actúen con plena imparcialidad y sometimiento no menos pleno a la Ley y al Derecho”. En concreto, la LO 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en el primer apartado letra b) de su art. 5 recoge como principio básico “actuar, en el cumplimiento de sus funciones, con absoluta neutralidad política e imparcialidad [...]”.

4.2.2. Otras pruebas documentales

Por otra parte, el agente encubierto también podrá aportar al proceso pruebas documentales, entre las que se encontrarían: las fotografías, cintas con grabaciones de imagen y/o sonido, archivos informáticos o los restantes objetos obtenidos.

En estos casos, como ya vimos, el agente encubierto podrá ser autorizado para la obtención de imágenes y grabación de las conversaciones mantenidas con el investigado, incluso en el interior de un domicilio, art. 282 bis 7 LECrim. Por tanto, siempre que su obtención, durante la fase de instrucción, se realice conforme a lo establecido en la ley, se podrá trasladar como medio probatorio al juicio oral.

5. VALORACIÓN PROBATORIA

En virtud de lo establecido en el párrafo tercero del art. 282 bis 1 LECrim, la información aportada por el agente encubierto al proceso penal “se valorará en conciencia por el órgano judicial competente”. Previsión legal que, sin embargo, resultar redundante, ya que coincide con lo previsto en el art. 741 LECrim, en lo relativo a la valoración de la prueba¹¹⁵.

A pesar de ello, su existencia y contenido puede explicarse mejor si atendemos a lo establecido en la Proposición de Ley presentada por el Grupo Socialista, según la cual el párrafo tercero del art. 282 bis LECrim venía a decir que el testimonio del agente encubierto “no será por sí mismo prueba suficiente para fundamentar una sentencia condenatoria, si no es corroborado por otros medios de prueba válidos”¹¹⁶. Si bien el mencionado precepto fue objeto de enmienda por el Grupo Popular, otorgándole la redacción actual al considerar que se “exige un «plus» de exigencia a la prueba testifical del «agente encubierto», que no se exige en otros casos distintos, al precisar que la misma «no podrá ser suficiente para fundamentar una sentencia condenatoria»¹¹⁷.

La valoración y el análisis racional de los denominados informes de inteligencia es libre, pues “aun ratificados por sus autores no resultan en ningún caso vinculantes para el Tribunal”, Sentencia del Tribunal Supremo núm. 104/2019, de 27 de febrero, FJ 2º. El agente encubierto deberá declarar, como cualquier otro testigo, previo juramento de decir la verdad, bajo los principios de inmediación y contradicción, de modo que “su testimonio no resulta de las actas levantadas, sino de la verosimilitud de su testimonio en la medida en que su contenido esté adverado por el conjunto de la actividad probatoria”, Sentencia del Tribunal Supremo núm. 104/2019, de 27 de febrero, FJ 2º. En esta línea, la Ley 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales, en su art. 4.5 dispone que “las declaraciones o informes de los testigos y peritos que hayan sido objeto de protección en aplicación de esta Ley durante la fase de instrucción, solamente podrán tener valor de prueba, a efectos de sentencia, si son ratificados en el acto del juicio oral en la forma prescrita en la Ley de Enjuiciamiento Criminal por quien los prestó”.

¹¹⁵ GASCÓN INCHAUSTI, F.: *Infiltración policial y ...*, op. cit. p. 264.

¹¹⁶ BOCG, *Congreso de los Diputados*, Serie B, Proposiciones de Ley núm. 116-1, 23 de septiembre de 1997, p. 2.

¹¹⁷ Enmienda núm. 17 del Grupo Popular a la Proposición del Grupo Socialista, BOCG, *Congreso de los Diputados*, Serie B, núm. 116-6, 6 de marzo de 1998, pp. 18-19. Esta enmienda prosperó, incorporándose al texto definitivo del citado precepto, mediante el Informe de la Ponencia, BOCG, *Congreso de los Diputados*, Serie B, núm. 218-1, 30 de julio de 1998, p.3.

En todo caso, debemos tener en consideración que solo se podrá otorgar validez procesal a las pruebas obtenidas por el agente encubierto, si su actuación se ha basado en el respeto de los derechos fundamentales de los investigados. Los agentes policiales deberán observar las reglas establecidas en la LECrim, para adquirir y practicar las respectivas pruebas en el juicio oral; de lo contrario, correrán el riesgo de ser posteriormente declaradas nulas. En concreto, fue a partir de la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 114/1984, de 29 de noviembre, FJ 5º, cuando se procedió a inadmitir las pruebas obtenidas mediante la violación de los derechos fundamentales, lo cual adquiere finalmente respaldo legal en el art. 11.1 LOPJ: “no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”.

Por tanto, pese a que la lucha contra la delincuencia organizada implique el necesario refuerzo de las leyes procesales penales, además de la adopción de disposiciones especiales, siempre deberán respetarse los derechos y garantías del investigado.

5.1. Ilicitud probatoria derivada de la falta de autorización inicial

Como es lógico, la ausencia de autorización judicial hace que el material probatorio obtenido por el agente encubierto durante su infiltración devenga en ilícito. Sin embargo, aun existiendo autorización judicial, si ésta ha sido concedida de modo arbitrario, no ha sido lo suficientemente motivada o resulta ser desproporcionada, el material probatorio aportado por el agente encubierto no podrá ser utilizado en la causa. En esta línea también se pronuncia la jurisprudencia al considerar que sólo cuando la autorización ha sido válidamente otorgada, gozará de validez lo obtenido conforme a la misma, Sentencia del Tribunal Supremo núm. 104/2019, de 27 de febrero, FJ 31º.

En aquellos casos en los que es el Ministerio Fiscal quien autoriza la infiltración policial, éste deberá dar cuenta inmediata al Juez, quien deberá pronunciarse confirmando o revocando la autorización otorgada por el primero, pues no hay que olvidar que esta medida es especialmente restrictiva de derechos fundamentales. Por tanto, “existirá causa de ilicitud, cuando el Ministerio Fiscal no comunique de manera inmediata al

órgano judicial competente para que éste revoque o ratifique la decisión, o bien cuando la autorización del Ministerio Fiscal ha sido revocada por el órgano judicial”¹¹⁸.

En el primero de los supuestos, ante la ausencia de comunicación alguna por el Ministerio Fiscal al Juez, la autorización quedará privada de eficacia, pues la autonomía del Fiscal queda necesariamente supeditada al posterior control judicial. Mientras que en el segundo de los supuestos, el material probatorio obtenido, durante el tiempo que media entre la autorización del Ministerio Fiscal y la revocación de la misma por parte del Juez, gozará de validez probatoria¹¹⁹.

Por otro lado, cuando la autorización para la infiltración policial se refiera a delitos no comprendidos en el apartado cuarto del art. 282 bis LECrim, la infiltración y, por consiguiente, el material probatorio obtenido será considerado ilícito¹²⁰.

Si una vez agotado el plazo por el cual se autorizó la infiltración policial, el órgano judicial competente no autoriza la prórroga del mismo, a partir de ese momento no existirá autorización que ampare la investigación, siendo ilícitas las pruebas obtenidas¹²¹.

5.2. Ilícitud derivada de las actuaciones realizadas durante la infiltración policial

En este apartado, analizaremos aquellos supuestos en los que, pese a existir autorización inicial, el agente encubierto se excede en el uso de la identidad supuesta. En concreto, aquellas actuaciones restrictivas de derechos fundamentales que exceden del ámbito propio del engaño que el Estado reconoce y admite, las cuales requieren, más allá de la autorización judicial inicial, de una autorización judicial *ex novo*, tal y como contempla el art. 282 bis 3 LECrim¹²².

Igualmente deberemos considerar nulo todo aquello que se derive de la aplicación de la teoría de los frutos del árbol envenenado que “supone el establecimiento o determinación de un enlace jurídico entre una prueba y otra, de tal manera que,

¹¹⁸ ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R.: “Las reglas de exclusión probatoria...”, *op. cit.* pp. 71-107

¹¹⁹ GASCÓN INCHAUSTI, F.: *Infiltración policial y ...*, *op. cit.* pp. 250-251.

¹²⁰ GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA HERRERO, M.: *Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación*, COLEX, Madrid, 2004, p. 203.

¹²¹ GASCÓN INCHAUSTI, F.: *Infiltración policial y ...*, *op. cit.* p. 252.

¹²² Como ya hemos visto, este precepto dispone que “cuando las actuaciones de investigación puedan afectar a derechos fundamentales, el agente encubierto deberá solicitar del órgano judicial competente las autorizaciones que al respecto establezcan la Constitución y la Ley, así como cumplir las demás previsiones legales aplicables.”

declarada la nulidad de la primera, se produce en la segunda una conexión que impide que pueda ser tomada en consideración por el Tribunal sentenciador a los efectos de enervar la presunción de inocencia del acusado”, Sentencia del Tribunal Supremo núm. 533/2017, de 11 de julio, FJ 4º.

En lo relativo a esta cuestión, imaginemos que el agente encubierto se excede en sus actuaciones entrando al domicilio de los investigados por la fuerza o bajo amenazas o coacciones. En estos casos, como así ha manifestado ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, el agente se estaría excediendo en su actuación, de modo que el material probatorio obtenido, así como todo aquél que mantenga un vínculo con éste, será declarado nulo.

Llegados a este punto, resulta inevitable traer a colación la prueba ilegal e irregular, supuestos en los que, pese a existir autorización judicial válida para la infiltración policial, los agentes se extralimitan con respecto a las disposiciones prescritas en la legalidad ordinaria. En cualquier caso, será necesario distinguir aquellos supuestos en los que la omisión de las previsiones legales genera indefensión para el sujeto investigado, la denominada prueba ilegal, la cual será nula (art. 238.3 LOPJ), de aquellos otros, en los que la infracción legal no causa indefensión efectiva y lo obtenido se puede hacer valer a través de otros medios probatorios, lo que se conoce como prueba irregular.

En este último caso, si las pruebas practicadas, a pesar de infringir lo dispuesto en las normas procesales, no causan indefensión y son desarrolladas por el propio agente encubierto, será éste quien mediante su testimonio, pudiendo acogerse a lo dispuesto en la LO 19/1994, de protección a testigos, haga valer en el juicio oral el resultado de las mismas¹²³.

5.3. Motivación suficiente de la sentencia

La debida motivación de las sentencias en todos los órdenes jurisdiccionales es una exigencia imperativa de nuestro ordenamiento jurídico. Nuestro texto constitucional es muy claro cuando establece en su art. 120.3 que “las sentencias serán siempre motivadas”.

¹²³ ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R.: “Las reglas de exclusión probatoria...”, *op. cit.* pp. 71-107

La necesidad de motivación de las sentencias es producto de la interacción entre: la prohibición de arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE), el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.2 CE), el derecho a los recursos y el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), Sentencia del Tribunal Supremo núm. 156/2010, de 3 de febrero, FJ 2º¹²⁴.

Continuando con la citada Sentencia, el deber de motivación exige que la resolución penal comprenda:

- La fundamentación del relato fáctico a partir de las pruebas, tanto de cargo como de descargo, que permiten sostener frente a un sujeto la imputación de los hechos.
- La subsunción de los hechos que han sido declarados probados dentro del correspondiente tipo penal, lo cual implica el análisis de los elementos descriptivos y normativos, tipo objetivo y subjetivo, y las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.
- Y por último, en caso de condena, la fundamentación de las consecuencias punitivas y civiles adoptadas, en particular, la individualización de la pena impuesta.

En este sentido, el derecho a la existencia de motivación “ínsito en el de tutela judicial y cuya vulneración da lugar a la nulidad de actuaciones con reposición del procedimiento al momento de la infracción, se satisface cuando existe una exposición de las razones a las que el Tribunal dice haberse sometido para decidir, salvo que tal exposición sea tan inequívocamente arbitraria o absurda que pueda considerarse como irrelevante para tal función justificadora”, Sentencia del Tribunal Supremo núm. 546/2017, de 12 de julio, FJ 3º.

Por el contrario, cuando la sentencia no haya sido fundada en derecho se producirá la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. Esto tiene lugar, tanto cuando la resolución carece absolutamente de motivación como cuando la misma es aparente, es decir, la sentencia se funda en un razonamiento arbitrario, irrazonable o bien incurre en error patente, Sentencia del Tribunal Supremo núm. 776/2007, de 3 de octubre, FJ 1º.

¹²⁴ Véase también, la Sentencia del Tribunal Supremo 413/2015 de 30 de junio, FJ 4º.

6. CONCLUSIONES

El estudio jurisprudencial de la figura procesal del agente encubierto permite extraer las siguientes conclusiones:

1. El incremento y la sofisticación de la delincuencia organizada, en gran parte propiciada por el fenómeno de la globalización y el desarrollo de las nuevas tecnologías de la información y comunicación, puso de manifiesto la insuficiencia de las tradicionales técnicas de investigación para su efectiva persecución, motivando la implantación de la figura del agente encubierto en el art. 282 bis LECrim, mediante la LO 5/1999, y posteriormente su modalidad virtual en los apartados 6 y 7 del citado precepto, a través de la LO 13/2015.
2. Sin embargo, en ambas modalidades de actuación del agente encubierto, la regulación contenida en la LECrim se ha evidenciado como muy escasa, resultando entonces fundamental el papel que juega la jurisprudencia.
3. Esta figura procesal, caracterizada por la ocultación de la identidad e intencionalidad de la infiltración de un agente policial en el seno de una organización criminal, ha demostrado ser uno de los medios más efectivos para la obtención de información en orden a la desarticulación de este tipo de organizaciones. Información que difícilmente podría conseguirse mediante las tradicionales técnicas de investigación, como el interrogatorio, debido a las presiones que ejercen este tipo de grupos criminales sobre sus miembros, quienes en la mayor parte de las ocasiones no conocen a las personas que ocupan los más altos cargos de la organización, lo cual impide su desmantelamiento y condena.
4. La intromisión del poder público de manera oculta en la esfera privada de los ciudadanos implica el debido respeto de los principios básicos del Derecho procesal penal y por supuesto de los principios y garantías que nuestro texto constitucional reconoce a todo ciudadano. En consecuencia, la utilización de esta técnica de investigación ha de ser en todo caso subsidiaria, respetuosa con el principio de proporcionalidad, es decir, que se empleará cuando no sea posible aplicar otra medida menos gravosa para el investigado en orden a alcanzar los fines de la investigación. Sin olvidar que el sacrificio de los derechos fundamentales de los investigados debe proporcionado en sentido estricto y en el caso concreto al beneficio obtenido para el conjunto de la sociedad.

5. El agente encubierto es una figura policial que requiere de una importante formación y preparación para garantizar el éxito de la infiltración. En particular, la preparación psicológica resulta especialmente importante, dado la necesidad de estos agentes de permanecer en la mayoría de las ocasiones lejos de su hogar y en un entorno hostil e incluso violento. Por ello, tal actuación únicamente podrá ser desempeñada por un funcionario de la Policía Judicial que cuente con la cualificación y preparación suficiente.
6. Esta figura procesal es una de las múltiples posibilidades que ofrece la técnica de la infiltración, con lo cual debe distinguirse de los miembros de los Servicios de Inteligencia que, sin embargo, carecen de la condición de agente de la autoridad, así como del uso de particulares por parte de los poderes públicos, sobre la base de una buena conciencia ciudadana o del tradicional ajuste de cuentas o arrepentimiento.
7. Pero sin lugar a dudas, en el estudio de las figuras afines al agente encubierto merece especial atención la figura jurisprudencial del agente provocador, la cual consiste en la inducción a la comisión de un delito, con el único objetivo del castigo del sujeto provocado, sin que en ningún caso llegue éste a perpetrarse debido a la previa adopción por parte del agente provocador de las medidas precautorias necesarias. Figura expresamente rechazada por la jurisprudencia española, como consecuencia de la ruptura de los principios de un Estado democrático y de Derecho como el nuestro y total impunidad que la misma genera. En lo que respecta al imposible castigo de esta actuación destacar que, por un lado, la conducta del agente provocador carece de tipicidad delictiva alguna al tratarse de un delito imposible y, por el otro, el sujeto provocado carece de culpabilidad alguna, ya que sin la intervención del primero no hubiere actuado de modo delictivo. Este tipo de actuación carece del doble dolo que caracteriza a la inducción, dado que el sujeto provocador en ningún momento pretende la consumación del delito.
8. El ámbito de actuación de esta figura exige diferenciar entre el agente encubierto convencional y el agente encubierto informático. El legislador tan sólo prevé el uso del agente encubierto convencional para esclarecer los delitos propios de la delincuencia organizada establecidos en el *numerus clausus* del apartado cuarto del art. 282 bis LECrim. Por el contrario, el uso del agente encubierto informático se extiende a los delitos contemplados para el agente encubierto convencional y en los

comprendidos en el art. 588 ter a) LECrim que a su vez se remite a los comprendidos en el art. 579.1, así como a los cometidos mediante cualquier otra tecnología de la información y comunicación.

9. Con carácter general y pese a su no previsión en la LECrim, la infiltración policial descansa en la iniciativa policial derivada, tanto de la presencia de una investigación judicial por mandato del Juez de Instrucción competente, como de la denominada investigación preprocesal o preliminar a cargo del Ministerio Fiscal. Asimismo, aunque la autonomía de la Policía Judicial es reducida, limitándose a la realización de las diligencias de prevención (art. 13 LECrim) o de comprobación tras la presentación de una denuncia, también pueden de manera autónoma manifestar la procedencia de esta medida. En este último caso, si posteriormente es adoptada judicialmente la medida, el agente encubierto podrá declarar acerca de lo visto u oído en este período previo, si bien no podrá beneficiarse de la exención de responsabilidad. De esto se deduce que, pese a que la autorización para el inicio de la medida corresponde al Juez de Instrucción o Ministerio Fiscal, no puede apartarse a la Policía Judicial de la decisión relativa a la conveniencia de la misma al encontrarse en mejor posición para el conocimiento de la presencia de indicios suficientes de la comisión de una actividad delictiva.
10. Este doble sistema de autorización tiene como base la injerencia en los derechos fundamentales de los investigados que esta medida provoca, junto con la necesidad de dotar a la actuación del agente encubierto de inmunidad para lograr su efectividad.
11. El juez de instrucción competente será aquel que estaba conociendo la causa o, si el proceso no había sido incoado con anterioridad a la solicitud de esta medida, el competente para instruir el delito. Precisar que, en el caso de los delitos de terrorismo, tráfico de sustancias estupefacientes o falsificación de moneda serán competentes los Juzgados Centrales de Instrucción.
12. Por lo que respecta a la competencia del Ministerio Fiscal para la autorización del uso del agente encubierto, ésta se limita a la presencia de una investigación preliminar acordada por el Ministerio Fiscal, siempre y cuando por supuesto no medie investigación judicial alguna. No obstante, durante la investigación preliminar, con la sola excepción de la detención, el Fiscal no podrá adoptar medidas restrictivas de derechos fundamentales, las cuales requieren de la necesaria

autorización judicial, cuestión completamente paradójica teniendo en consideración que esta técnica es por sí restrictiva de derechos fundamentales. Por tanto, la dación de cuenta de la autorización de esta medida por parte del Ministerio Fiscal al Juez debe ser interpretada en el sentido de que éste último podrá confirmar, revocar o modificar la medida. En caso de que efectivamente sea convalidada por el Juez, la investigación preliminar del Fiscal pondrá fin, procediéndose a la incoación del proceso penal.

13. Sin embargo, el legislador no atribuye la autorización de la medida al Ministerio Fiscal en lo relativo a la toma de imágenes y grabación de conversaciones en el interior de un domicilio (art. 282 bis 7 LECrim).
14. En el caso del agente encubierto informático, el uso de la identidad supuesta en los canales cerrados de comunicación admite únicamente la autorización del Juez de Instrucción competente (art. 282 bis 6 LECrim). Por el contrario, en lo relativo a los canales abiertos de comunicación, la jurisprudencia, con anterioridad a la introducción de la figura del agente encubierto informático, avaló de modo expreso el uso de la identidad ficticia en estos canales al considerar que se trataba de algo consustancial a la dinámica propia de la Red, esto es lo que se conoce como el denominado “ciberpatrullaje”.
15. Respecto al envío e intercambio de archivos ilícitos por el agente encubierto informático será necesaria una autorización específica (art. 282 bis 6 LECrim). En estos casos, como deducen algunos autores, siempre que tal actuación no afecte a derechos fundamentales bastará con la autorización gubernativa del Jefe de la Unidad correspondiente, no siendo necesaria autorización judicial.
16. La duración de la infiltración policial no se encuentra regulada en la LECrim, sin embargo, por extensión de lo expuesto por el legislador en cuanto al uso de la identidad supuesta será de 6 meses (art. 282 bis 1 LECrim). Sobre la base del principio de proporcionalidad y los riesgos asociados a esta medida, nada impide su concesión por un plazo de tiempo inferior. La competencia para su prórroga corresponde en todo caso al Juez de Instrucción, incluso en el supuesto de que haya sido otorgada por el Ministerio Fiscal, pues al fin y al cabo es a este primero a quien corresponde finalmente su confirmación o revocación. Toda prórroga debe basarse en indicios fundados y no en meras sospechas policiales, además de estar suficientemente motivada. No existe un número máximo de prórrogas, con lo cual

habrá que atender a los fines de la investigación. Una vez acordada la prórroga deberá solicitarse la prórroga de la identidad supuesta al Ministerio de Interior. La causa más típica de extinción de esta medida es el transcurso del plazo fijado.

17. La posible vulneración de derechos fundamentales y principios constitucionales es un riesgo que desde luego acompaña al empleo de esta figura procesal basada en el engaño, precisamente por ello el apartado primero del art. 282 bis LECrim exige la debida autorización judicial para la adopción de esta técnica. Además, este mismo artículo en su apartado tercero exige autorización judicial en aquellos casos en los que la actuación del agente encubierto conlleve un plus de lesividad de los derechos fundamentales aún mayor, siendo necesaria la presencia de indicios suficientes para respaldar ambas autorizaciones y desde luego la realización del debido juicio de proporcionalidad.
18. Por lo que respecta al derecho a la inviolabilidad del domicilio señalar que cuando la entrada del agente encubierto en el domicilio del investigado se realiza en su compañía, es decir, mediando su consentimiento no se precisa de la autorización judicial complementaria del art. 282 bis 3 LECrim.
19. Por otro lado, destacar que, como ya ha señalado la jurisprudencia en reiteradas ocasiones, la autorización a la que hace referencia el art. 282 bis 3 y 7 LECrim es necesaria para la grabación por el agente encubierto de conversaciones de terceros, pero no para las conversaciones en las que el agente encubierto se configura como parte, pues el “secreto” no se extiende a los propios comunicantes. Este último caso se encontraría amparado por la autorización inicial del art. 282 bis 1 LECrim, de manera que la grabación de las conversaciones en las que el propio agente encubierto es parte es un mero complemento a la obligación de dación de cuenta al Juez de la labor desempeñada.
20. En conexión con lo anterior, la grabación de una conversación en la que el investigado se autoincrimina, efectivamente no supone una vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, pero sí una vulneración del derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable. Por tanto, si en los autos de instancia no hubiese más pruebas de signo autoinculpatorio nos encontraríamos ante una ausencia de prueba por la prohibición del art. 11.1 LOPJ.

21. La información obtenida por el agente encubierto en el curso de la investigación no se incorpora automáticamente al proceso penal, sino que ha de ser trasladada por éste al Juez con la mayor brevedad posible (párrafo tercero art. 282 bis 1 LECrim), lo cual dependerá de las circunstancias concretas del caso, su incumplimiento imposibilita su posterior uso como base probatoria. El legislador señala que la información deberá ser aportada al proceso “en su integridad”, expresión que ha de relativizarse debido a la imposibilidad del agente de reproducir todo lo visto u oído. Tal expresión ha de entenderse como toda aquella información relevante a los fines de la investigación y no sólo la información incriminatoria. Información que también deberá integrarse en el sumario o diligencias previas, lo contrario podría suponer un margen de arbitrariedad que no es de recibo.
22. La incorporación de la información obtenida por el agente encubierto a la fase de instrucción se realiza de forma libre, mientras que en el juicio oral deberá realizarse a través de algún medio de prueba. Nuestro ordenamiento procesal penal no contempla previsión legal expresa al respecto, por lo que atendiendo a lo establecido jurisprudencialmente su entrada al juicio oral se realizará a través de los siguientes medios probatorios: la prueba pericial de inteligencia y otras pruebas documentales, como archivos informáticos, cintas con grabaciones, fotografías etc.
23. En cualquier caso, el medio probatorio por excelencia es el informe pericial de inteligencia, el cual se configura como una prueba pericial, dado que tal informe incorpora razón de ciencia, así como testifical, pues en él el agente declara como testigo en razón de lo que sabe. La valoración de este medio probatorio por el juez o tribunal es libre, no resultando en ningún caso vinculante para la autoridad judicial, por lo que la verosimilitud de lo expuesto en el mismo precisa atender al conjunto de la actividad probatoria realizada en el juicio oral.
24. Las pruebas aportadas por el agente encubierto al proceso deberán ser respetuosas con los derechos fundamentales de los investigados, pues de lo contrario carecerán de validez procesal. Esto implica la presencia de la debida autorización judicial, la cual deberá estar suficientemente motivada, ser proporcionada y por supuesto no ser concedida de modo arbitrario. Si tal autorización ha sido concedida por el Ministerio Fiscal y éste no lo ha puesto en conocimiento del Juez de manera inmediata, la autorización carecerá de eficacia alguna. Pero si se ha producido su efectiva comunicación al Juez y éste decide revocar la autorización, el material

probatorio obtenido durante el tiempo que media entre la autorización del Ministerio Fiscal y la revocación de la misma por el Juez tendrá validez probatoria. Por otra parte, si la actuación del agente encubierto excede del ámbito que el Estado reconoce y admite mediante la autorización judicial inicial (art. 282 bis 1 LECrim), siendo necesaria una autorización judicial *ex novo* específica (art. 282 bis 3 LECrim), la cual, sin embargo, no ha sido solicitada, el material probatorio obtenido a través de dicha actuación carecerá de validez probatoria. Al igual que todo aquello que resulte de la aplicación de la teoría de los frutos del árbol envenenado.

7. ANEXO

A. Legislación

- Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, de 20 de diciembre de 1988.
- Convención contra la Delincuencia Transnacional Organizada, de 15 de noviembre de 2000.
- Convención contra la Corrupción, de 31 de octubre de 2003.
- Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978.
- Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.
- Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.
- Ley Orgánica 5/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves
- Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica.
- Ley 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales.

B. Bibliografía

- ADINOLFI, G.: “Autodeterminación informativa, el europeísmo español vs el nacionalismo italiano: consideraciones acerca de un principio general y derecho fundamental”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 77, 2006.
- ALBA CLADERA, F. y GARCÍA MARTÍNEZ, G.: “Blanqueo de capitales y agente encubierto en Internet” en: BUENO DE MATA, Federico (coord.) *FODERTICS 5.0 Estudios sobre nuevas tecnologías y justicia.*, Comares, Granada, 2016, pp. 191-202.
- BUENO DE MATA, F.: “Comentarios y reflexiones sobre la Ley Orgánica 13/2015 de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica”, *Diario La Ley*, núm. 8627, 2015.
- CARDOSO PEREIRA, F. (2012). Agente encubierto y proceso penal garantista: límites y desafíos. [Tesis doctoral, Universidad de Salamanca]. Dialnet.
- CHOCLÁN MONTALVO, J.A.: *La organización criminal: tratamiento penal y procesal*, Dykinson, Madrid, 2000.
- DE JORGE PÉREZ, C.: “El escondite virtual y el nuevo agente encubierto”, en: BUENO DE MATA, Federico (coord.) *FODERTICS 5.0 Estudios sobre nuevas tecnologías y justicia*, Comares, Granada, 2016.
- EXPÓSITO LÓPEZ, L.: “El agente encubierto”, *Revista de Derecho UNED*, núm. 17, 2015.
- GASCÓN INCHAUSTI, F.: *Infiltración policial y agente encubierto*, Comares, Granada, 2001.
- GIMENO SENDRA, V.: *Derecho Procesal Penal*, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2015.
- GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA HERRERO, M.: “Infiltración policial y proceso penal” en: SANZ HERMIDA, Ágata M^a (coord.) *Investigación y prueba en el proceso penal*, COLEX, España, 2006.
- GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA HERRERO, M.: *Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación*, COLEX, Madrid, 2004.
- GUERRERO PALOMARES, S.: “La denominada “prueba de inteligencia policial” o “pericial de inteligencia””, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 25, 2011.
- LUCAS MARTÍN, I., "La prueba en el proceso penal en el contexto de la Unión Europea" en: HOYOS SANCHO, Montserrat de (coord.) *El proceso penal en la Unión Europea: garantías esenciales*, Lex Nova, Valladolid, 2008.

- MAGAZ ÁLVAREZ, R.: “Respuestas político-criminales a la delincuencia internacional: narcotráfico y terrorismo” en: RODRÍGUEZ NÚÑEZ, Alicia (coord.) *La investigación policial y sus consecuencias jurídicas*, Dykinson, 2013.
- MOLINA MANSILLA, M^a C.: *El delito de narcotráfico*, Bosch, Barcelona, 2008.
- MOLINA MANSILLA, M^a C.: *Mecanismos de investigación policial: entrega vigilada y agente encubierto*, Bosch, Barcelona, 2009.
- MONTERO AROCA, J.: *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- PEÑA ECHEVERRÍA, M. J.: "La delincuencia organizada y su problemática desde la óptica de la investigación policial", *Criminalia*, México, 2000.
- PÉREZ ARROYO, M. R., “La provocación de la prueba, el agente provocador y el agente encubierto: la validez de la provocación de la prueba y del delito en la lucha contra la criminalidad organizada desde el sistema de pruebas prohibidas en el Derecho penal y Procesal penal.” *Revista La Ley*, núm. 1, 2000.
- PÉREZ MEDINA, D.: “Blockchain, criptomonedas y los fenómenos delictivos: entre el crimen y el desarrollo”, *Boletín Criminológico*, núm. 206, 2021, Artículo 10/2020_EJIC.
- RIFÁ SOLER, J.: “El agente encubierto o infiltrado en la nueva regulación de la LECrim”, *Revista del Poder Judicial*, núm. 55, 1999.
- SÁNCHEZ GÓMEZ, R.: “El agente encubierto informático”, *Diario La Ley*, núm. 118, 2016.
- SÁNCHEZ TOMÁS, JM.: *Derecho de las drogas y las drogodependencias*, FAD, Madrid, 2002.
- VALIÑO CES, A., “El agente encubierto informático y la ciberdelincuencia: el intercambio de archivos ilícitos para la lucha contra los delitos de pornografía infantil”, en: BUENO DE MATA, Federico (coord.) *FODERTICS 5.0 Estudios sobre nuevas tecnologías y justicia.*, Comares, Granada, 2016, pp. 275-286.
- VALIÑO CES, A.: “La actuación del agente encubierto en los delitos informáticos tras la Ley Orgánica 13/2015” en: FUENTES SORIANO, Olga (coord.) *El proceso penal: cuestiones fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R.: “Breves consideraciones sobre la investigación de los delitos terroristas en red”, *Diario La Ley*, 2022.
- ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R.: “Las reglas de exclusión probatoria al hilo del desarrollo de la infiltración policial.”, *Temas Socio-Jurídicos*, núm. 57, 2009.
- ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R.: *El policía infiltrado: los presupuestos jurídicos en el proceso español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

- ZARAGOZA TEJADA, JI.: “El agente encubierto «online»: la última frontera de la investigación penal”, *Revista Aranzadi*, núm. 1, 2017.
- ZARAGOZA TEJADA, JI.: “Nuevos fenómenos criminales: la puesta a disposición, a través de las redes, de material apto para incitar al suicidio y a la autolesión a menores de edad e incapaces, y el delito de stalking”, *Revista Aranzadi*, núm. 8, 2021.

C. Webgrafía

- Europa Press (2021), *España, tercer país con más riesgo de sufrir ciberataques, con un aumento del 125% el pasado año*, 09/12/2021, de Europa Press <https://www.europapress.es/estar-donde-estes/noticia-espana-tercer-pais-mas-riesgo-sufrir-ciberataques-aumento-125-pasado-ano-20210614092709.html>
- INTERPOL (2020), *Delitos relacionados con la COVID-19: INTERPOL publica nuevas directrices para las fuerzas del orden*, 12/12/2021, de INTERPOL <https://www.interpol.int/es/Noticias-y-acontecimientos/Noticias/2020/Delitos-relacionados-con-la-COVID-19-INTERPOL-publica-nuevas-directrices-para-las-fuerzas-del-orden>
- Ministerio del Interior (2020), *ESTUDIO SOBRE LA CIBERCRIMINALIDAD EN ESPAÑA 2020*, 09/12/2021, de Gobierno de España http://www.interior.gob.es/documents/642317/12463256/Informe_cibercriminalidad_Espa%C3%B1a_2020_126200212.pdf/e4bb24b1-0fae-47fa-90d3-84794c4f8016

D. Jurisprudencia

- Tribunal Europeo de Derechos Humanos:
Sentencia TEDH 15 junio 1992 (Caso Lüdi contra Suiza).
Sentencia TEDH 9 de junio de 1998 (Caso Teixeira de Castro contra Portugal).
Sentencia TEDH de 1 marzo 2011 (Caso Laldas contra Lituania).
- Tribunal Constitucional:
Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 114/1984, de 29 de noviembre.

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 299/2000, de 11 de diciembre.

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 70/2002, de 3 de abril.

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 123/2006, de 24 de abril.

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 197/2009, de 28 de septiembre.

- Audiencia Nacional (Sala de lo Penal):

Sentencia de la Audiencia Nacional núm. 82/2012, de 10 de diciembre.

Sentencia de la Audiencia Nacional núm. 13/2018, de 3 de mayo.

Sentencia de la Audiencia Nacional núm. 25/2019, de 4 de junio.

Sentencia de la Audiencia Nacional núm. 30/2019, de 30 de diciembre.

- Audiencia Nacional (Sala de Apelación):

Sentencia de la Audiencia Nacional núm. 1/2022, de 4 de enero.

- Tribunal Supremo (Sala 2ª):

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1366/1994, de 1 de julio.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1114/2002, de 12 de junio.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 280/2004, de 8 de marzo.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 155/2007, de 28 de febrero.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 767/2007, de 3 de octubre.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 154/2009, de 6 de febrero.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 156/2010, de 3 de febrero.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 290/2010, de 31 de marzo.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 752/2010, de 14 de julio.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 697/2012, de 2 de octubre.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 301/2013, de 18 de abril.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 575/2013, de 28 de junio.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 395/2014, de 13 de mayo.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 413/2015, de 30 de junio.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 277/2016, de 6 de abril.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 358/2017, de 18 de mayo.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 533/2017, de 11 de julio.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 546/2017, de 12 de julio.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 803/2017, de 11 de diciembre.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 173/2018, de 11 de abril.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 591/2018, de 26 de noviembre.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 671/2018, de 19 de diciembre.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 65/2019, de 7 de febrero.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 104/2019, de 27 de febrero.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 140/2019, de 13 de marzo.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 171/2019, de 28 de marzo.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 173/2019, de 1 de abril.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 357/2021, de 29 de abril.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 503/2021, de 10 de junio.

- Tribunal Supremo (Sala especial del art. 61 de la LOPJ)

Sentencia del Tribunal Supremo de 27 marzo 2003.