



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Grado

El agente encubierto como medio de investigación
en el proceso penal.

Autor/es

Maribel Castel Moré

Director/es

Alberto Lafuente Torralba

Facultad de Derecho
2016/2017

ÍNDICE:

I. JUSTIFICACIÓN DEL TEMA ELEGIDO.....	4
II. METODOLOGÍA UTILIZADA.....	4
III. CONCEPTO DE AGENTE ENCUBIERTO.UTILIDAD DE ESTA FIGURA Y FINES QUE JUSTIFICAN SU EXISTENCIA.....	5-7
IV. EL PERFIL IDÓNEO DEL AGENTE ENCUBIERTO.....	7-9
V. ACTUACIÓN DEL AGENTE ENCUBIERTO. LA NECESIDAD DE AUTORIZACIÓN JUDICIAL	
V.1. Actuación del agente encubierto.....	9-11
V.2. Necesidad de autorización judicial.....	11-14
VI. ÁMBITOS Y LÍMITES DE ACTUACIÓN DEL AGENTE ENCUBIERTO. ESPECIAL REFERENCIA AL AGENTE PROVOCADOR	
VI.1. Ámbitos y límites de actuación del agente encubierto.....	14-16
VI.2. Especial referencia al agente provocador.....	17-18
VII. RESPONSABILIDAD DEL AGENTE ENCUBIERTO.....	19-23
VIII: LA IMPORTANCIA DEL AGENTE ENCUBIERTO INFORMÁTICO.	
VIII.1. Introducción.....	23-25
VIII.2. Diferencias entre el agente encubierto en internet y el agente encubierto común.....	25-26
VIII.3. El agente encubierto informático en relación con los delitos de pornografía infantil y pedofilia.....	27-28
IV. EL AGENTE ENCUBIERTO Y LA PRUEBA	
IV.1. Introducción.....	28-29
IV.2 valor probatorio de las pruebas obtenidas por el agente encubierto.....	30-33
X. CONCLUSIONES.....	34-35
XI. BIBLIOGRAFÍA.....	36-37

LISTADO DE ABREVIATURAS UTILIZADAS.

-CE: Constitución Española.

-CC: Código Civil.

-CP: Código Penal.

-LeCrim: Ley de Enjuiciamiento Criminal.

-STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

I.JUSTIFICACIÓN DEL TEMA ELEGIDO.

Nos encontramos ante un tema de actualidad, en la que la figura del agente encubierto se justifica por la necesidad de llevar a cabo una investigación en el interior de una banda organizada, con la dificultad que ello implica. ¿Es el agente encubierto la única medida para obtener pruebas que demuestren que la banda organizada está cometiendo hechos delictivos? ¿Hasta qué punto puede actuar y adentrarse el agente encubierto en la banda organizada? Se trata de una figura que promete un futuro asegurado debido a la abundancia que en nuestro alrededor tiene la comisión de delitos de pornografía infantil a través de internet, así como otros muchos.

La sociedad ha evolucionado, y con ella la delincuencia. Fruto de tal evolución fue necesario incluir en nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal medidas extraordinarias de investigación, y una de ellas es el agente encubierto, recogida en el art.282 bis. Se trata de una medida muy polémica, que precisa de autorización judicial para su ejecución, ¿Cuáles son los límites de esta autorización judicial? En este trabajo trato de responder a estas preguntas y otras que irán aflorando en las páginas sucesivas.

II.METODOLOGÍA UTILIZADA.

He realizado un análisis sobre un tema relevante que ocupa nuestro día a día, haciendo referencia a estudios doctrinales como son artículos, tesis doctorales,... ya publicados, con la finalidad de conocer el estado en el que se encuentra la cuestión estudiada, así como las posturas doctrinales que se han adoptado en torno a esta, concluyendo con una reflexión crítica personal.

Se puede considerar esta tipología de TFG como una revisión de aportaciones bibliográficas sobre un tema de actual interés, por lo que el método debe ser analítico y al mismo tiempo debe ser crítico, por lo que me ha sido totalmente imprescindible una previa búsqueda y selección de trabajos doctrinales que ocupen ya sea total o parcialmente la materia que se va a tratar, procediendo posteriormente a un estudio con la finalidad de conocer el estado en el que se encuentra la cuestión.

III. CONCEPTO DEL AGENTE ENCUBIERTO. UTILIDAD DE ESTA FIGURA Y FINES QUE JUSTIFICAN SU EXISTENCIA.

A la hora de analizar con detenimiento la figura del agente encubierto, parece necesario nombrar de antemano el fenómeno que constituye la delincuencia organizada ya que la figura del agente encubierto se utiliza como medio extraordinario de investigación en el proceso penal español con la finalidad de permitir la persecución de estas redes de delincuencia.

El concepto de agente encubierto previsto en el art.282 bis LECrim, hace referencia por un lado al término “agente”, el cual se muestra como parte de la figura de “agente policial” y por otro lado el adjetivo de “encubierto” al obtener este agente una identidad falsa.¹

Tal y como he señalado, el agente encubierto aparece regulado en nuestra legislación de la mano del art.282.1 bis de la LECrim en el que dice *“A los fines previstos en el artículo anterior y cuando se trate de investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada, el Juez de Instrucción competente o el Ministerio Fiscal dando cuenta inmediata al Juez, podrán autorizar a funcionarios de la Policía Judicial, mediante resolución fundada y teniendo en cuenta su necesidad a los fines de la investigación, a actuar bajo identidad supuesta y a adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos. La identidad supuesta será otorgada por el Ministerio del Interior por el plazo de seis meses prorrogables por períodos de igual duración, quedando legítimamente habilitados para actuar en todo lo relacionado con la investigación concreta y a participar en el tráfico jurídico y social bajo tal identidad.”* De este primer punto del artículo ya se puede indagar sobre diferentes frentes que a lo largo de dicho estudio iré analizando. Este primer punto hace referencia entre otras cuestiones, a la función del agente encubierto, la cual será actuar bajo una identidad supuesta y adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito así como diferir la incautación de dichos objetos hasta el momento en que la evolución de la investigación lo aconseje y participar en el tráfico jurídico y social bajo identidad supuesta.

¹ EXPÓSITO LÓPEZ, Lourdes, “El agente encubierto”, *Revista de derecho UNED*, num 17, 2015, pp.255-257.

La figura del agente encubierto es utilizada como medio para poder infiltrarse en aquellas organizaciones delictivas de gran trascendencia para poder obtener así elementos probatorios contra las personas que se hallen involucradas en la comisión de un delito enumerado en el art.282.4 bis de la LECrim:²

Delitos de obtención, tráfico ilícito de órganos humanos y trasplante de los mismos.	Delitos de tráfico de especies de flora o fauna amenazada.
Delito de secuestro de personas.	Delito contra la salud pública.
Delitos de trata de seres humanos.	Delitos de falsificación de monedas y falsificación de tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje.
Delitos relativos a la prostitución.	Delito de tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos
Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico.	Delitos de terrorismo.
Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial.	Delitos contra el patrimonio histórico.
Delitos contra los derechos de los trabajadores.	Delito de tráfico de material nuclear y radiactivo.
Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros.	

La palabra “infiltración” trata de la acción para obtener información necesaria que nos permita continuar con la investigación, poniéndose el agente en contacto con las personas que aparentemente puedan suministrarle la información deseada, estableciendo así una relación de confianza que finalmente haga posible la obtención de esta. Lo que se pretende con la infiltración es la ocultación de la identidad del agente encubierto ya que con ello se logra una reciprocidad con los miembros de la banda organizada, llegando incluso a ser uno más, es decir, formar parte de esta banda con la finalidad de obtener información de sus actividades ilícitas.

² EXPÓSITO LÓPEZ, Lourdes, “El agente encubierto”, op.cit; pp.258-259.

De manera que la figura del agente encubierto es un instrumento que encarna una técnica de investigación propia de la fase de instrucción del proceso penal, es decir la infiltración policial³. La actuación de la figura del agente encubierto será únicamente útil cuando no haya otro medio para obtener la finalidad de la investigación de la banda organizada, tiene que ser proporcional ya que solo se podrá utilizar esta figura para el descubrimiento de un supuesto de envergadura delictiva sumamente grave.

IV. EL PERFIL IDÓNEO DEL AGENTE ENCUBIERTO.

Cualquier particular no puede actuar como agente encubierto⁴, sino que los únicos que están legitimados para ejercer las funciones de agente encubierto son los miembros de la Policía Judicial, tal y como dice el art.282bis.2 LECrim. Hay que precisar que los miembros de la Policía Judicial no tendrán la obligación de actuar como tales siendo totalmente voluntaria la posibilidad de ejecutar dichas funciones: *“Ningún funcionario de la Policía Judicial podrá ser obligado a actuar como agente encubierto.”*

Es indiscutible que los particulares no puedan actuar como un agente encubierto, ya que estos carecen tanto de las facultades físicas como psicológicas, las cuales debe tener todo agente encubierto para adentrarse o infiltrarse en el “corazón” de una organización criminal, es decir, jamás podrán ostentar la condición de agente encubierto los funcionarios que no sean policía judicial en sentido estricto. Me permito hacer esta clara apreciación, ya que dentro del modelo policial español ha habido varias confusiones a la hora de determinar la definición del cuerpo de Policía Judicial. Para aclarar quiénes podrán y quiénes no podrán participar en dicha investigación, haré dos clasificaciones:⁵

1-Podrán actuar como agentes encubiertos:

³EXPÓSITO LÓPEZ, Lourdes, “El agente encubierto”, op.cit. pp.257.

⁴A modo de apreciación cabe señalar que, en el Derecho comparado esto no siempre es así. Tal es el Código de Procedimiento Penal Colombiano (Ley 906 de 2004), cuyo art.242 permite utilizar como agentes encubiertos a particulares, en especial quienes sean “de confianza” del imputado. *“Cuando el fiscal tuviere motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este código, para inferir que el indiciado o el imputado en la investigación que se adelanta, continúa desarrollando una actividad criminal, previa autorización del Director Nacional o Seccional de Fiscalías, podrá ordenar la utilización de agentes encubiertos, siempre que resulte indispensable para el éxito de las tareas investigativas. En desarrollo de esta facultad especial podrá disponerse que uno o varios funcionarios de la policía judicial o, incluso particulares, puedan actuar en esta condición y realizar actos extrapenales con trascendencia jurídica...”*.

⁵DEL POZO PÉREZ, Marta, “el agente encubierto como medio de investigación de la delincuencia organizada en la ley de enjuiciamiento criminal español”, op.cit; pp.287-290.

- Miembros de la Policía Nacional.
- Miembros de la Guardia Civil.
- Agentes de policías autonómicas si tiene competencias como Policía Judicial, matizando que no podrán participar en investigaciones encubiertas con alcance internacional.

2-No podrán actuar como agentes encubiertos:

- Los agentes de servicios de inteligencia del Estado.
- Los agentes de la policía local o municipal.
- Los agentes del servicio de vigilancia aduanera.

No es suficiente con reunir las condiciones de funcionarios de la Policía Judicial para ejercer la investigación como agente encubierto ya que para ello se debe gozar de un perfil determinado, de unas cualidades físicas y psicológicas, además de la capacidad de desenvolverse con una identidad oculta para poder actuar en el seno de una organización criminal, por lo que aquellos que aspiren a ser un agente encubierto deberán superar un análisis minucioso. La autora DEL POZO PÉREZ ha podido acceder a documentación que desarrolla como debe ser el perfil teórico del agente, el cual debe poseer diversas cualidades, como es la autonomía personal para la toma de decisiones, adelantándose a posibles situaciones; el agente encubierto debe ser eficiente, eficaz y competente en su actividad; debe tener capacidad para poder adentrarse en el seno de la organización criminal así como acomodarse y poder ser así uno de más dentro de la banda criminal; debe tener una alta inteligencia además de estar equilibrado, calmado y con capacidad de comunicación a todos los niveles tanto oral, gestual,...; debe poder empatizar con los miembros de la banda criminal para ponerse en el lugar del otro; debe mostrarse frío, es decir, que no se deje llevar por sus sentimientos, así como flexible en la medida de que tiene que ser capaz de reprimir y ocultar el rechazo moral que le pueden producir determinadas actitudes para poder mimetizarse con la banda criminal; tolerante a la crítica y con carácter confidencial y discreto; en cuanto a su aspecto físico debe de ser corriente, con capacidad para asumir determinados riesgos y resistir al dolor; por último el rango ideal de edad sería entre los 25 y 45 años y preferentemente soltero y sin hijos.

Este sería el análisis a la hora de seleccionar un futuro agente infiltrado, ya que con ello lo que se pretende es el éxito de la investigación así como la seguridad del agente. Sin

embargo tanto las características de la edad, como el aspecto físico o sexo no pueden invalidar a una persona de primeras para ejercer como agente ya que, si no, estaríamos lesionando los derechos fundamentales recogidos en nuestra Constitución Española.

V. ACTUACIÓN DEL AGENTE ENCUBIERTO. LA NECESIDAD DE AUTORIZACION JUDICIAL.

V.1. Actuación del agente encubierto.

Una vez determinado y hecho el análisis del perfil que todo agente encubierto debería tener, el siguiente paso sería poner en conocimiento de este la envergadura de la investigación, es decir, ante qué banda criminal se va a encontrar.

El elemento principal⁶ que debe constituir la actuación del agente infiltrado es la legalidad, es un requisito imprescindible y obligatorio que debe tener dicha investigación. De manera que tal actuación debe encontrarse justificada en la ley con carácter general. Corresponderá al principio de legalidad que este medio extraordinario de investigación tenga su previsión explícita en el ordenamiento jurídico. Lo que se pretende con este principio es que tanto el medio extraordinario como los aspectos que caracterizan la labor del agente encubierto queden totalmente definidos de manera clara y general en el ordenamiento jurídico.

Puesto en relación con el principio de legalidad, la actuación del agente encubierto debe consistir en la investigación de delitos graves, especialmente aquellos practicados por la delincuencia organizada de carácter transnacional. La actuación del agente deberá autorizarse por medio de auto, el cual deberá indicar de forma concreta y específica cual es el delito que se investiga y cuales son las personas objeto de la investigación⁷. En el art.282bis.1 LECrim indica que estarán “legítimamente habilitados para actuar en todo lo relacionado con la investigación concreta y a participar en el tráfico jurídico y social bajo tal identidad”. Según DEL POZO PÉREZ, esto hace pensar que todo agente encubierto en su identidad oculta deberá incluir tanto nombre falso como dirección,

⁶ CARDOSO PEREIRA, Flávio, “Agente encubierto y proceso penal garantista: límites y desafíos”, Salamanca, 2012, defendida en Universidad de Salamanca en 2012, (https://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/121134/1/DDAFP_CardosoFlavio_Tesis.pdf) pp. 291-292.

⁷ CARDOSO PEREIRA, Flávio, “Agente encubierto y proceso penal garantista: límites y desafíos, Salamanca”, op. y loc.cit.

línea telefónica, historia de vida, cuenta bancaria, historial penal y policial, para poder actuar con máxima libertad y seguridad.

Para poder adoptar este tipo de investigación se tienen que dar una serie de presupuestos⁸ de proporcionalidad, necesidad y racionalidad de la situación. De manera que tal investigación deberá afectar a actividades propias de la delincuencia organizada, es decir, solo cuando existan indicios de que se ha producido un delito propio de la delincuencia organizada se podrá utilizar este mecanismo de investigación para que el agente encubierto pueda infiltrarse, adentrarse y obtener pruebas que permitan sancionar dicha actividad delictiva, así como descubrir a la organización criminal. Los indicios que provengan de la comisión de un hecho delictivo de dicha envergadura deberán ser verosímiles y fiables. De manera que solo se podrá adoptar este medio de investigación extraordinario cuando exista sospecha del hecho cierto; una vez se hayan determinado la veracidad de los hechos, los funcionarios de la Policía Judicial que se encuentren al mando de la investigación deberán recabar los informes en los que se acrediten que se trata de una banda organizada y posteriormente se solicitará la adopción de la medida.

La actuación del agente encubierto se producirá cuando sea necesaria, es decir, se debe valorar que dicho medio de investigación sea necesario para la investigación. El presupuesto de necesidad hay que ponerlo en relación con el principio de subsidiariedad, este indica que dicho medio de investigación solo será utilizado siempre que hayan sido agotadas anteriormente las posibilidades de utilizar técnicas que sean menos lesivas de derechos y garantías. Esto significa que cabe la posibilidad de que no se adopte este medio de investigación cuando haya otro que sea menos lesivo, permitiendo alcanzar la misma finalidad. Por otro lado el agente encubierto desempeñará su labor de investigación siempre *que sea proporcional a los fines que se pretende alcanzar con ella* (art.282 bis LECrim).

Finalmente habría que hacer mención en relación con la actuación del agente, al principio de control jurisdiccional.⁹ Este principio tiene relación con el siguiente punto que vamos a exponer, relativo a la autorización judicial para llevar a cabo la medida, y es que la intervención judicial es fundamental para el valor probatorio a las actuaciones que se llevan a cabo por el agente encubierto. Este principio subyace cuando decimos

⁸ EXPÓSITO LÓPEZ, Lourdes, "El agente encubierto", op.cit; pp.262-266.

⁹ CARDOSO PEREIRA, Flávio, "Agente encubierto y proceso penal garantista: límites y desafíos", op.cit , pp.296-298.

que la sola presencia del agente afecta a la intimidad de los investigados, por lo tanto es necesario someter ya en los inicios de la operación a una autorización judicial del Juez de instrucción o del Ministerio Fiscal. Este control se encaminará a la protección y tutela de los derechos del investigado al desconocer éste la actividad que se esta llevando a cabo; así mismo el agente deberá poner en conocimiento de la autoridad toda la información que se vaya obteniendo, así como las cuestiones que se vayan planteando.

V.2. Necesidad de autorización judicial.

Como se ha visto anteriormente la iniciativa a la hora de enfrentarse a una infiltración policial corresponde a la Policía Judicial¹⁰, pero solo hablaremos de aquellos funcionarios que estén cualificados y con conocimientos para llevar a cabo una actividad de este alcance. Por lo tanto la Policía Judicial no será la competente para autorizar a poner en práctica dicha actuación sino que los únicos competentes para autorizarla serán el Juez de Instrucción o el Ministerio Fiscal tal y como señala el art.282 bis.1 LECrim: *“A los fines previstos en el artículo anterior y cuando se trate de investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada, el Juez de Instrucción competente o el Ministerio Fiscal dando cuenta inmediata al Juez, podrán autorizar a funcionarios de la Policía Judicial, mediante resolución fundada y teniendo en cuenta su necesidad a los fines de la investigación, a actuar bajo identidad supuesta y a adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos..”* De esta manera no solo será competente para autorizar la infiltración el Juez de Instrucción¹¹ sino también el Ministerio Fiscal dando inmediatamente cuenta al Juez, así ambos podrán autorizar a funcionarios de la Policía Judicial para actuar bajo una identidad supuesta. Sin embargo no se podrá solicitar la autorización de la investigación si no hay unos indicios suficientes de que se están produciendo una serie de infracciones graves y evidentes, protagonizadas por la organización criminal, dando lugar a conductas delictivas recogidas en el art.282 bis de la LECrim. Todos los documentos recabados por la Policía Judicial que den lugar a las sospechas de que estos individuos están produciendo una actividad delictiva de grave envergadura deberán ser inmediatamente trasladados al Juez de Instrucción junto con la solicitud de autorización de la investigación, ya que carece de lógica solicitar en primer

¹⁰ EXPÓSITO LÓPEZ, Lourdes, “El agente encubierto”, op.cit; pp.267-268.

¹¹ EXPÓSITO LÓPEZ, Lourdes, “El agente encubierto”, op.cit; pp.269-270.

lugar al juez que permita esta autorización sin antes saber si los hechos son de suficiente envergadura como para poder iniciar la actuación de infiltración. Una vez que el Juez obtenga la información y documentación suficiente para declarar que se trata de una banda organizada incurso en uno de los delitos descritos en el art.282 bis LECrim, es entonces cuando el Juez autoriza a los funcionarios de la Policía Judicial a realizar las actuaciones de infiltración bajo una identidad supuesta.

El Juez de Instrucción será el único sujeto mediante el cual se pueda poner en marcha la investigación correspondiente, ya que es quien ostenta la dirección procesal además de la potestad de restricción de los derechos fundamentales afectados por esta medida. Cuando las actuaciones puedan afectar a derechos fundamentales tal como puede ser por ejemplo el derecho a la intimidad, en este caso deberá ser inmediatamente autorizado por el Juez de Instrucción competente y como señala el art.282.3bis: *“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.”*. Otro de los puntos importantes a tener en cuenta sobre la figura del Juez de instrucción es que cuando se haya solicitado la autorización sin haberse incoado aun la instrucción, será el Juez de Instrucción el que inmediatamente deba abrirla. Así mismo es precisa la autorización previa de la actuación solo en aquellos casos establecidos que puedan restringir algunos de los derechos estipulados en la Constitución, como puede ser el caso del derecho a la inviolabilidad del domicilio (art.18.2 CE), derecho al secreto de las comunicaciones (art.18.3 CE), derecho al secuestro de las publicaciones (art.20.5 CE) y el derecho de asociación (art.22.4 CE).

Todas las valoraciones deberán encontrarse de manera detallada en la motivación del auto en el que se decida acerca de la medida. Finalmente aquellas medidas que puedan afectar a derechos fundamentales del investigado deberán encontrarse justificadas y motivadas en las resoluciones judiciales que afecten a estos.

En lo que respecta al Ministerio Fiscal¹², tal y como hemos dicho al principio de este apartado no solo será competente para autorizar la infiltración policial el Juez de Instrucción sino que también será competente el Ministerio Fiscal pero “dando cuenta

¹² DEL POZO PÉREZ, Marta, “el agente encubierto como medio de investigación de la delincuencia organizada en la ley de enjuiciamiento criminal español”, op.cit; pp296.

inmediata al Juez” , por lo que hablamos de una autorización restrictiva, ya que solo se acudirá al Ministerio Fiscal en aquellos casos que sea imposible acudir al Juez de Instrucción, es decir, en aquellos supuestos de extraordinaria urgencia. Una de las facultades¹³ que se otorga al Ministerio Fiscal es el del control sobre el desarrollo de la actividad realizada por el agente encubierto, de manera que si fue el Ministerio Fiscal quién autorizó para llevar a cabo la investigación, entonces todos los documentos relativos a la actividad de investigación deberán ponerse en conocimiento del Juez de Instrucción de manera inmediata. Una de las restricciones que tiene el Ministerio Fiscal es que no puede practicar por sí ni ordenar la práctica de medidas restrictivas de derechos fundamentales, con la sola excepción de la detención. De manera que el Ministerio Fiscal solo será competente para autorizar la infiltración policial en el marco de una investigación abierta y dirigida por él. A la hora de analizar la expresión “dando cuenta inmediata al Juez”, esto supone dar traslado al juez para que este baraje la posibilidad y dicte resolución confirmando, revocando o modificando la autorización.

En lo relativo a la forma¹⁴ que debe contener la autorización, en primer lugar se procederá a ella mediante auto o decreto en función de que sea autorizado por el Juez de Instrucción o en su caso como hemos visto anteriormente por el Ministerio Fiscal. La resolución que dicte el Juez de Instrucción confirmando o revocando la autorización del Ministerio Fiscal sobre la medida adoptará la forma de auto. Tal y como enuncia el art.282 bis 1 LECrim la resolución ha de ser fundada y reservada, por lo que tanto el auto como el decreto deberán contener las siguientes notas:

- Existencia de indicios que evidencien que se ha producido la comisión de una actividad delictiva organizada a la cual se refiere el art.282 bis LECrim.
- La medida deberá ser necesaria para obtener resultados eficientes relativos a la investigación de la actividad delictiva.

Finalmente en cuanto a la forma, como dice el art.282 bis 1, “*La resolución será reservada y deberá conservarse fuera de las actuaciones con la debida seguridad.*”

¹³ EXPÓSITO LÓPEZ, Lourdes, “El agente encubierto”, op.cit; pp.271-272.

¹⁴ EXPÓSITO LÓPEZ, Lourdes, “El agente encubierto”, op.cit; pp.273-274.

En relación al contenido¹⁵ de la autorización, esta deberá contener al menos estos aspectos:

- 1- Actividades delictivas que se sospeche que se han cometido y puedan ser objeto de investigación por el agente encubierto, es decir, esta investigación solo se podrá autorizar cuando se trate de actividades de delincuencia organizada.
- 2- El imputado o imputados debe, estar identificados con total precisión.
- 3- La duración de la medida será de 6 meses, prorrogables.
- 4- El agente infiltrado deberá reunir unas facultades -nombradas con anterioridad- entre las cuales podemos destacar la actuación bajo una identidad supuesta, de manera que a los investigados se les haga creer que el infiltrado es uno de ellos, el agente infiltrado podrá realizar las actividades ejecutadas por la organización delictiva, así como adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito. La identidad supuesta de la que hablamos será otorgada por el Ministerio del Interior y esta solo será utilizada en el ámbito de las actuaciones de la investigación realizada. El nombre que será utilizado por el infiltrado será propuesto por la Policía.

VI. ÁMBITOS Y LÍMITES DE ACTUACIÓN DEL AGENTE ENCUBIERTO. ESPECIAL REFERENCIA AL AGENTE PROVOCADOR.

VI.1. Ámbito y límites de actuación del agente encubierto.

El agente encubierto actuará en el ámbito¹⁶ de la delincuencia organizada, es decir, un grupo de tres o más personas que tengan la intención o el fin de cometer algunos de los delitos enumerados en apartados anteriores. De manera que el agente encubierto se deberá ceñir de forma clara a dicho ámbito de actuación sin poder salirse de este rango. Sin embargo se puede dar la existencia de una excepción a esta regla general y es que el agente encubierto además de observar que la organización criminal comete algunos de los delitos descritos en el art.282 bis LECrim, cometiese otros delitos no incluidos en esta lista, este deberá comunicarlo a las autoridades judiciales que autorizaron su

¹⁵ EXPÓSITO LÓPEZ, Lourdes, "El agente encubierto", op.cit, pp.274-276.

¹⁶ DEL POZO PÉREZ, Marta, "El agente encubierto como medio de investigación de la delincuencia organizada en la ley de enjuiciamiento criminal español", op.cit; pp.296-297.

actividad. Pero la investigación de estos delitos no se podrá llevar a cabo por el agente encubierto sino que serán materia de otro nuevo y distinto proceso penal.

Cuando hablamos de límites¹⁷ de la actuación del agente encubierto nos referimos a que esta medida puede ocasionar supuestos de restricción de derechos fundamentales, de manera que en el caso de las actuaciones llevadas a cabo por el agente encubierto puedan afectar a los derechos fundamentales, este deberá solicitar del órgano judicial competente las autorizaciones que sean necesarias. Por ejemplo puede suceder que el funcionario vea necesario para el desarrollo de su actividad el registro del domicilio o “pinchar” un teléfono, esto deberá ponerlo en conocimiento del órgano judicial competente para que este pueda autorizar por ejemplo la entrada y registro en domicilio. Otros de los casos más comunes como consecuencia de la investigación del agente es que se averigüen números de teléfono o cuentas bancarias o de correo electrónico utilizadas por los investigados. Llegados a este punto debemos decir que la investigación se ampara en una autorización judicial, por lo que la obtención de datos es válida.

Otro punto ya comentado anteriormente pero que es necesario traer a colación nuevamente en este apartado es que el agente deberá estar en todo momento en contacto con el órgano jurisdiccional que autorizó su actuación, tal y como indicia el art.282 bis: *“La información que vaya obteniendo el agente encubierto deberá ser puesta a la mayor brevedad posible en conocimiento de quien autorizó la investigación. Asimismo, dicha información deberá aportarse al proceso en su integridad y se valorará en conciencia por el órgano judicial competente”*. En la práctica el agente infiltrado podrá utilizar a una persona interpuesta¹⁸ para que sea esta quien facilite la información así como que vaya en busca de las autorizaciones necesarias para llevar a cabo determinadas actuaciones, ya que la ley en ningún momento indica que se deba poner en conocimiento del Juez la información de la mano del agente encubierto en concreto, por lo que puede ser proporcionada por esta persona interpuesta.

¹⁷ DEL POZO PÉREZ, Marta, “El agente encubierto como medio de investigación de la delincuencia organizada en la ley de enjuiciamiento criminal español”, op.cit; pp.298-299.

¹⁸ DEL POZO PÉREZ, Marta, “El agente encubierto como medio de investigación de la delincuencia organizada en la ley de enjuiciamiento criminal español”, op.cit; pp.300-302.

A continuación procedo a analizar de forma más detenida los ejemplos nombrados anteriormente que afectan a los derechos fundamentales, es decir, la entrada y registro a un domicilio y las posibles grabaciones.

En primer lugar, en lo que respecta la entrada y registro a un domicilio, esta se puede desarrollar mediante la invitación que un miembro de la banda organizada ofrezca al agente encubierto. ¿Qué ocurriría entonces? En ningún caso podría rechazar esa invitación ya que podría ser fundamental para la finalidad de la investigación o podría ser una pieza clave en esta. Es un supuesto en el que el miembro de la banda organizada invita a otra persona aparentemente integrada en su mismo grupo, conocido por una identidad falsa y además no sabe que se trata de un agente encubierto como tal, por lo tanto se puede entender que la resolución judicial no legitimaría en ningún caso la restricción del derecho a la inviolabilidad del domicilio. Algunos autores entienden que en este tipo de casos el agente encubierto estaría incurriendo en responsabilidad penal ya que a su parecer la entrada a un domicilio por invitación sería un supuesto de inconstitucionalidad, pero hay otros autores que sostienen –mantengo la misma opinión– que no se debe rechazar tal invitación al domicilio de un miembro de la banda organizada ya que podríamos despertar sospechas, las cuales no interesan en la investigación, aparte de que esas sospechas podrían llevar a “desenmascarar” al agente encubierto, con el consiguiente riesgo para su seguridad. Por lo que nos podríamos encontrar en un supuesto de exención de responsabilidad penal por parte del agente encubierto, al ser la invitación al domicilio una de las fases importantes en la investigación.

Otro de los supuestos a analizar sería el de las grabaciones, donde el agente encubierto estará legitimado para grabar las conversaciones o registrar mediante vídeo todo aquello que observe, vea, oiga y escuche. Todo ello podrá ser aportado para que el agente encubierto pueda justificar lo afirmado por él mismo en la declaración testifical que realice, así como demostrar que los diálogos mantenidos se han producido de manera espontánea. No se admitirá todo aquello que exceda del mero oír y observar lo que ocurra en presencia del agente encubierto ya que serán actividades lesivas de derechos fundamentales.

VI.2. Especial referencia al agente provocador.

La figura del agente provocador¹⁹ viene a ser una creación de la jurisprudencia, en la que uno o varios funcionarios de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad realizarán mediante la ocultación de su condición de agentes de la autoridad acciones sobre aquellas personas sobre las que existen indicios de estar implicados en una actividad delictiva.

El agente provocador tiene una serie de características notorias que hacen que se diferencie de la figura del agente encubierto. El agente provocador realizará una incitación de un comportamiento ajeno y realizará una contradicción de la situación entre lo que aparentemente se pretende y lo que verdaderamente se persigue.

Por lo tanto para hablar de agente provocador²⁰ tenemos que partir del concepto de delito provocado, en el que se introduce a un agente que provoca el delito para así poder sancionarlo. Con la provocación del delito lo que se pretende es la obtención de pruebas directas las cuales no podrán utilizarse ya que se obtuvieron de forma ilegal.

Dentro de esta figura deben observarse dos presupuestos²¹, uno de ellos es la inducción totalmente necesaria para manipular la voluntad de una persona, haciendo que realice una actividad delictiva, el segundo elemento que se tendría que dar, es que ésta actividad no llegue a término, es decir, que el inductor impida su consumación

De ello se desprende la impunidad de un delito provocado, o de otro modo, que no son sancionables las acciones delictivas cometidas mediante incitación de un agente provocado, donde a su vez podemos matizar algunas cuestiones y es que hay que diferenciar el delito producido por una persona que es consecuencia directa de la provocación del agente provocador, que debido a la provocación produce la impunidad del provocado pero por otro lado está el delito que se produce antes de la intervención del agente que sí que es punible.

¹⁹ LOPEZ GARCÍA, Eloy, "Agente encubierto y agente provocador, ¿dos figuras incompatibles?, *Diario La Ley*, num 5822, 11 de Julio de 2003, pp.2-3.

²⁰ LIDÓN MONTÓN GARCÍA, María, "Técnicas penales de investigación: confidente, agente provocador, agente encubierto ("físico") y agente encubierto informático", *Derecho, Justicia, Universidad. Liber amicorum de Andrés de la Oliva Santos*, Vol.II, (coord.: DIEZ-PICAZO GIMÉNE, Ignacio; VEGAS TORRES, Jaime), Madrid, 2016, pp.2139-2141.

²¹ LIDÓN MONTÓN GARCÍA, María, "Agente provocador y agente encubierto: ordenemos conceptos, *Diario La Ley*, tomo 3, 1999, p.2.

Llegado a este punto, hay que preguntarse²²: ¿Por qué los delitos provocados no pueden castigarse? Esta impunidad del delito provocado se debe a la falta de tipicidad y de culpabilidad del autor. La ausencia de culpabilidad se debe a que el provocado no es el que crea el propósito delictivo sino que alguien le induce a ello y la falta de tipicidad se debe a que no hay infracción penal al no consumarse el delito.

El Tribunal Supremo en la sentencia 13 de mayo de 2014 sostiene que el delito provocado está integrado por tres elementos básicos, el primero es la incitación engañosa a un sujeto que no tiene ánimo de delinquir, el segundo elemento es detener al sujeto provocado que comete el delito al que ha sido inducido y el tercer elemento es convertir la acción en atípica al no existir riesgo para el bien jurídico protegido.

Para que quede clara la figura del agente provocador es necesario establecer las diferencias con el agente encubierto. La diferencia mayor es que el agente provocador no se encuentra regulado en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a diferencia del agente encubierto que se encuentra regulado en el art.282 bis LECrim. Mientras el agente provocador incita mediante engaños para que se cometa un hecho delictivo imposible, el agente encubierto actuará mediante una identidad oculta y cuando entienda que existe una actividad delictiva que se ha consumado o que se va a cometer. Así mismo la permanencia en el tiempo del agente provocador es de escasa duración y la del agente encubierto es más prolongada en el tiempo. El agente encubierto realiza una investigación contra una delincuencia organizada enfrentándose contra tres o más personas mientras que el agente provocador tiene una actuación más amplia donde puede actuar contra los últimos eslabones de la organización criminal.

Finalmente agente provocador será aquél que induce mediante engaños a un tercero para la comisión de una infracción penal, que de no ser por su provocación no hubiera cometido. Agente encubierto será aquel el que mediante autorización del Juez de instrucción o el Ministerio Fiscal se le hará entrega de una identidad falsa para sorprender a un tercero en al comisión de un delito o se descubra uno ya realizado. Esta última figura como hemos dicho en reiteradas ocasiones tiene su protección legal en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

²² LIDÓN MONTÓN GARCÍA, María, “Técnicas penales de investigación: confidente, agente provocador, agente encubierto (“físico”) y agente encubierto informático”, op.cit; p.2141.

VII. RESPONSABILIDAD DEL AGENTE ENCUBIERTO.

En la Ley de Enjuiciamiento Criminal viene regulada la exención de responsabilidad penal del agente encubierto. Concretamente, el art.282bis.5 establece que *“El agente encubierto estará exento de responsabilidad criminal por aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, siempre que guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma y no constituya una provocación del delito”*. Por lo que el agente podrá realizar aquellos delitos²³ que sean necesarios para conseguir los objetivos y dentro de unos límites, así como el uso del engaño mediante una identidad falsa para generarse la confianza de los integrantes de la organización criminal conllevando la comisión de los delitos. En función de este artículo el agente encubierto no estará protegido por la exención del art.282 bis.5 en el caso de cometer actos delictivos en el momento previo a la concesión de la autorización judicial.

Puede suceder que la actividad realizada por el agente encubierto sea lícita mientras que la prueba obtenida a través de esa actuación no sea válida al constituir una vulneración de derechos fundamentales, por lo tanto las actividades tanto lícitas como ilícitas que realice el agente deberán conllevar el respeto de los derechos fundamentales. La actividad²⁴ del agente encubierto en ocasiones puede ser peligrosa ya que se puede ver forzado a cometer un ilícito para ganarse la confianza de los integrantes de la banda o bien para que su vida no corra peligro, por lo que el riesgo del agente de cometer un delito o participar en él es proporcional a su integración en la banda.

Para alcanzar una comprensión nítida de la figura del agente encubierto, debemos precisar que dicha figura no significa la introducción del agente encubierto para delinquir sino que se trata de una actuación policial necesaria para realizar actividades que tengan como fin descubrir delitos en cuya ideación el agente no tiene parte. De manera que el agente encubierto podrá participar en la comisión de ciertos delitos siempre con respeto al criterio de proporcionalidad. Un ejemplo expuesto anteriormente sería que el agente encubierto fuese invitado por uno de los miembros de la banda a su domicilio, esto podría dar lugar a un delito de invasión del domicilio en razón al engaño

²³ DEL POZO PÉREZ, Marta, “El agente encubierto como medio de investigación de la delincuencia organizada en la ley de enjuiciamiento criminal español”, op.cit; pp.308-309.

²⁴ CARDOSO PEREIRA, Flávio, “Agente encubierto y proceso penal garantista: límites y desafíos”,op.cit; pp.298-301.

producido por el agente a través de disimular que es un miembro más de la banda. Esta situación se encontraría exenta de responsabilidad penal si entendemos que dichas actuaciones tienen una relación directa e imprescindible para la investigación y que se encuentran basadas en el criterio de la proporcionalidad. Conforme al requisito de proporcionalidad²⁵ habrá que tener en cuenta tanto la actuación del agente como la finalidad de la investigación. Por ejemplo en el caso de que el agente infiltrado matase por la espalda a uno de los miembros de la organización para liberar a unos rehenes, en este caso no habría que examinar si su muerte se ha producido justificadamente sino si es proporcional matar para liberar a esos rehenes bajo la amenaza de muerte.

Otro de los casos es que el agente se vea en la situación de cumplir una orden de matar a una persona con la finalidad de ofrecer una prueba de honestidad hacia la banda organizada. Aquel podrá actuar de varias maneras: por un lado el agente puede intentar salirse de la zona de vigilancia de la banda, abandonando la investigación y por lo tanto no cometiendo el delito. Otra posibilidad sería que este simule el cumplimiento de aquella orden y por lo tanto engañando al grupo de que ha cumplido con la obligación impuesta. Una última posibilidad sería verse en la situación de matar sin ninguna escapatoria, esta situación en la que se ve controlado por el grupo sería razonable para que cumpliera la orden como estado de necesidad. Con esto no se afirma que sea legítimo matar para investigar ya que estaríamos en este caso ante una situación límite. En este último supuesto sería aplicable la causa de exclusión de la culpabilidad por razón de una coacción moral irresistible.

Por lo tanto para que la actuación del agente encubierto se encuentre exenta de responsabilidad penal deberá ser necesaria para el desarrollo de la investigación. Además la actuación debe ser proporcional para la investigación de que se trate y por último la acción del agente no debe consistir en un acto de provocación. Según esto la actuación del funcionario se encontrará plenamente protegida si su actuación no produce una violación abusiva de los derechos fundamentales, así como encontrarse en el marco de la autorización judicial y con la finalidad de obtener información necesaria para la investigación.

²⁵ CARDOSO PEREIRA, Flávio, "Agente encubierto y proceso penal garantista: límites y desafíos", op.cit; pp.308-310.

Según CARDOSO PEREIRA²⁶, pueden verse determinados casos en los que se ponga en duda la exención de responsabilidad del agente encubierto. Una de las situaciones que podrían suceder es que el agente inicie una provocación de la acción de varias personas que integran la banda organizada, influyendo en el ánimo de las mismas. En este caso hablaríamos de un delito provocado, donde el agente infiltrado respondería del abuso cometido pero no de la práctica del delito así considerado, pudiendo ser castigado como inductor de ese delito. Otra de las situaciones, en este caso distintas, es cuando el agente encubierto realiza algún delito que anteriormente la banda organizada ya viene cometiendo y debido a su entrada en el grupo organizado lo practica. En este caso el agente no crea ninguna situación inductora a la voluntad del sujeto provocado ya que la situación ya existía con anterioridad y por lo tanto se encontraría exento de responsabilidad penal.

Se puede comprobar cómo la figura del agente infiltrado estaría constantemente cometiendo acciones delictivas, ya sea para adentrarse de una forma más directa en la banda organizada o ganarse la confianza de sus compañeros presuntamente criminales. Se podría decir que este apunte formaría parte de uno de los aspectos de la actuación de todo agente encubierto pero siempre basándonos en la regla general en la que el agente encubierto se encontrará exento de responsabilidad si sus actuaciones son totalmente necesarias para el desarrollo de la investigación así como proporcionales con la finalidad de ella. Muchos autores²⁷ hablan de la exención de responsabilidad criminal como una causa de justificación, amparando a los partícipes en el ámbito de la responsabilidad civil e incluyendo la responsabilidad subsidiaria del Estado. Esta justificación indica que el agente encubierto habrá actuado conforme a su deber dentro del plan de la operación por lo que estaría actuando bajo el estricto cumplimiento del deber.

Con respecto a la responsabilidad civil²⁸ hay que tener en cuenta que una vez finalizada la infiltración se deberán verificar las responsabilidades tanto penales como civiles por los actos que se han producido por el agente infiltrado. De esta forma dicha

²⁶ CARDOSO PEREIRA, Flávio, "Agente encubierto y proceso penal garantista: límites y desafíos", op.cit; p.310.

²⁷ En este sentido, LAJE ANAYA, CHOCLÁN MONTALVO, J.A. y NÚÑEZ PAZ, M.A. sostiene que "la naturaleza de la impunidad del agente encubierto estriba en una causa de justificación que aquél actúa en el legítimo ejercicio del cargo y actúa, en consecuencia, la ley".

²⁸ CARDOSO PEREIRA, Flávio, "agente encubierto y proceso penal garantista: límites y desafíos", op.cit; pp.311-312.

responsabilidad surge bien cuando el agente encubierto actúa bajo identidad supuesta, realiza actos o negocios jurídicos sin que sean necesarios para llevar a cabo la investigación (responsabilidad civil contractual) o bien aquella que deriva de la comisión de un ilícito penal (responsabilidad civil extracontractual).

En cuanto a la primera, la responsabilidad civil contractual, siguiendo con el ejemplo de GASCÓN INCHAUSTI²⁹, es aquella que surge cuando el agente no abona el hotel o vivienda dónde se encuentra alojado para llevar a cabo la infiltración policial, casos que como dice el autor “son aparentemente sencillos pero pueden complicarse” en el sentido de que por ejemplo el agente puede inscribir y gravar bienes a su nombre, todo ello sin perder de vista el fin último de la infiltración que es la obtención de información.

Cuando hablamos de responsabilidad civil debemos acudir al art.1911 Cc, el cual establece que *“del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros”*. Pero aquí el agente se encuentra realizando sus funciones, y la responsabilidad se da por el uso de la identidad supuesta del agente proporcionada por el Juez por lo que será también el Estado quién asuma responsabilidades en el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

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

De esta forma, la naturaleza de la exención de responsabilidad puede radicar bien en una causa de justificación, eximiendo de responsabilidad al que infringe la ley en el cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un oficio, o en su caso por obrar en estado de necesidad, o bien puede considerarse excusa absolutoria, en virtud de razones de política criminal, en cuyo caso afecta a la punibilidad del hecho que, por tanto es injusto, surgiendo la oportuna responsabilidad civil por los daños causados.

La STS 395/2014, de 13 de mayo, parece optar por esta solución respecto a la exención de responsabilidad: “Ha de tratarse de un miembro de la policía judicial que, por

²⁹ GASCON INCHAUSTI, Fernando, “Infiltración policial y agente encubierto” Comarés, Granada, 2001, p.276.

resolución 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 procesal. La exención de la responsabilidad criminal por los delitos en los que hubiera podido incurrir el agente encubierto se refiere a aquellas ilicitudes cometidas y que sean consecuencia directa de la autorización para la que se le confiere la condición de agente encubierto.”

En ningún caso se podrá considerar la exención de responsabilidad civil del agente encubierto cuando los actos civiles o mercantiles que se hayan realizado tengan el fin de lucrarse ya que el Estado no puede soportar los perjuicios financieros de los actos practicados dolosamente por sus funcionarios. Sin embargo en nuestro ordenamiento procesal no aparece una regulación expresa que fije unos límites para una futura responsabilidad civil de los infiltrados.

VIII: LA IMPORTANCIA DEL AGENTE ENCUBIERTO INFORMÁTICO.

VIII.1. Introducción.

Internet es para muchos uno de los mejores inventos de los últimos siglos pero a pesar de las ventajas, esta plataforma es para otras personas el método idóneo para la comisión de conductas delictivas. Por lo que hoy en día uno de los escenarios más importantes de actividades delictivas es internet ya que se ha ido confirmando este hecho a medida que se ha ido extendiendo el uso de la red. Así es como surgen los llamados “ciberdelitos”, que son actividades ilícitas³⁰ relacionadas con ordenadores y redes de comunicación. Son varias las formas de delito que se adaptan a estas características, un ejemplo de ello son los delitos de difusión y producción de pornografía infantil que han obtenido un gran desarrollo en los últimos años.

El problema que plantea internet es que imputar delitos en el plano virtual es complicado debido a que el anonimato es una de las características de esta red, por lo que deben buscarse soluciones para solventar este inconveniente. Una de las soluciones

³⁰ BUENO DE MATA, Federico, “El agente encubierto en internet: mentiras virtuales para alcanzar la justicia”, *Los retos del poder judicial ante la sociedad globalizada*, (coord.: NEIREA PENA, Ana), La Coruña, 2012, pp.295-297.

que surgen es analizar la figura del agente encubierto, la cual debe cambiar las características y modo de actuación para enfocarlo en el entorno virtual.

Este agente encubierto informático actuará bajo una identidad supuesta, en la que tendrá como finalidad sacar a la luz del anonimato de la red a esos delincuentes. A finales de marzo de 2011 el Senado aprobó regular la figura del agente encubierto en internet en investigaciones contra la pornografía infantil y la pedofilia.

En lo relativo al concepto del agente encubierto informático³¹ estaríamos hablando de un empleado o funcionario público que voluntariamente y por decisión de la autoridad judicial se infiltra en la red con el fin de obtener información sobre los autores que cometiesen actuaciones ilícitas a través de la misma. En cuanto a su función, esta consistirá en la ocultación de la verdadera identidad con la finalidad de entablar una relación de confianza durante un periodo de tiempo y así obtener información trascendental y necesaria para desenmascarar a los delincuentes.

El agente encubierto que realiza las actuaciones en terrenos físicos encuentra su regulación, como ya hemos dicho en varias ocasiones, en el art.282 bis LECrim. Si bien es cierto que el problema³² que nos encontramos es que este artículo, establece una enumeración tasada de delitos que impedirían la investigación de otros tipos delictivos existentes, concretamente en el apartado 4.d) enuncia los delitos relativos a la prostitución previstos en los arts.187-189 del Código Penal.

Esto puede generar confusión y duda respecto de su aplicación a delitos como puede ser la pornografía infantil, pero la inclusión de este delito en el art.189 despejaría toda duda. De manera que la figura del agente encubierto como medio de investigación puede ser utilizada en lo que se refiere a los delitos cometidos sobre menores de edad, tanto en los casos de prostitución como en la producción o difusión de pornografía infantil. Este último a continuación será analizando con detenimiento.

Ante las dudas que pudiesen observarse sería un error realizar una lista tasada de delitos. Anteriormente la figura del agente encubierto informático no estaba regulada en nuestra legislación, pero en la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación

³¹ BUENO DE MATA, Federico, "El agente encubierto en internet: mentiras virtuales para alcanzar la justicia", op.cit; pp.297-300.

³² URIARTE VALIENTE, Luis María, "El agente encubierto como medio de investigación de delitos de pornografía infantil en internet", *Estudios jurídicos*, 2012, pp.5-8.

de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, añade en el art.282.6 bis el cual indica que *“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.”* Así el legislador regula por fin la figura del agente encubierto informático, al cual como hemos dicho anteriormente, se le concede una identidad virtual falsa para poder actuar en los distintos canales de comunicación.

Su actuación no supone solo realizar una búsqueda en internet de información delictiva, sino también adoptar una postura activa pudiendo enviar o intercambiar archivos ilícitos, como bien señala el art.282.6 bis LECrim.

La autorización judicial³³ es válida tanto para participar como para ser integrante del grupo del foro cerrado con la finalidad de encontrar información delictiva, así como la autorización para el intercambio de material ilícito con los miembros del grupo.

Se detecta un problema en el ámbito del agente encubierto informático y es que resulta difícil determinar quién está detrás de esta delincuencia informática, ya que se ven protegidos por el llamado “Deep web”, el cual les permite actuar bajo el anonimato para publicar y traficar impunemente con todo tipo de contenidos delictivos.

Finalmente se considera que el agente encubierto informático se puede convertir en un mecanismo altamente eficaz en la persecución de delitos de pornografía infantil, organizaciones terroristas,...

VIII.2. Diferencias entre el agente encubierto en internet y el agente encubierto común.

A la hora de establecer las características³⁴ del agente encubierto informático es necesario indicar tanto las similitudes como las diferencias con el agente encubierto común. A la hora de indicar las cualidades de estado civil, edad, capacidad física o apariencia serían iguales a las del agente encubierto común, donde encontramos alguna

³³ LIDÓN MONTÓN GARCÍA, María, “Técnicas penales de investigación: confidente, agente provocador, agente encubierto (“físico”) y agente encubierto informático”, op.cit; pp.2148-2149.

³⁴ BUENO DE MATA, Federico, “El agente encubierto en internet: mentiras virtuales para alcanzar la justicia”, op.cit; pp.6.

diferencia es en las cualidades psicológicas como puede ser la empatía, confidencialidad, autonomía personal para la toma de decisiones adelantándose a situaciones.

En lo relativo al procedimiento que debe seguir el agente encubierto informático, en primer lugar y al igual que el agente encubierto común su actuación deberá ser autorizada por el Juez de Instrucción o por el Ministerio Fiscal pero dando cuenta inmediata al Juez tal y como enuncia el art.282.1 bis LECrim. Para acordar la actuación del agente encubierto informático se deben dar los mismos presupuestos que se dan para el común, que son la existencia de indicios suficientes como para hablar de esos delitos de especial gravedad, idoneidad de la medida y que sea necesaria.

Una vez que se autorice la investigación, el segundo paso y al igual que el agente encubierto común es la necesidad de una identidad falsa para el agente encubierto informático para profundizar en los foros o redes de la investigación. Esta identidad será otorgada por el Ministerio del Interior. En lo relativo a la identidad falsa valdría para este caso una serie de datos personales básicos sin la necesidad de una dirección, línea telefónica, historia de vida, cuenta bancaria,... que se le otorga al agente encubierto común.

En tercer lugar el modo de actuación de esta figura del agente encubierto infiltrado es la del engaño, el cual resulta la mejor opción para afrontar la seguridad y bienestar del conjunto de la sociedad y lograr así la justicia. Pero este engaño tiene que encontrarse en relación siempre con los principios de necesidad y proporcionalidad. Sería conveniente que para atraer la atención de los delincuentes eligiese el agente encubierto un apodo que pudiese además ser afín para practicar estos ciberdelitos. Pero en muchas ocasiones son los propios pederastas los que no se fían de la gente con la que hablan, en la actualidad se prevé expresamente la posibilidad de que los agente encubiertos puedan utilizar material ilícito siempre que sea necesario para los fines de la investigación.

VIII.3. El agente encubierto informático en relación con los delitos de pornografía infantil y pedofilia.

En relación al delito de pornografía infantil y pedofilia³⁵ se puede decir que hoy en día son de los delitos que habitualmente se cometen por las bandas organizadas.

El primero se encuentra constituido por las redes “peer to peer”, las cuales permiten distribuir de forma abundante los archivos pedófilos. El segundo escenario sería el de los foros y escenarios similares en los que los delincuentes además de poder intercambiar el material pedófilo también pueden mantener un contacto entre ellos.

Para la persecución de estos delitos una de las medidas más atractivas es la del agente encubierto, sin embargo se pueden contar de forma escasas sus intervenciones en la investigación de delitos de pornografía infantil cometidos por internet.

Las facultades que se regulan en la legislación para la actuación del agente encubierto en este marco de actuaciones contra los delitos relacionados con la pornografía infantil son escasas. En el supuesto de que este tipo de delito se produjese en el ámbito de los foros, hace que dadas las medidas de seguridad se produzcan grandes dificultades para perseguir el delito ya que es difícil poder ser invitado para acceder a tal información. Por lo que tal invitación supondrá una manifestación por parte del solicitante de su adicción al material pornográfico infantil. Una vez que el agente se encuentra dentro del grupo, su actividad será controlada por los integrantes de él exigiéndole además una actitud activa.

Las condiciones que debe reunir el agente encubierto que se encuentre ante tal investigación es que este debe mostrar un conocimiento de la materia así como mostrar esas tenencias pedófilas mediante la entrega de material pornográfico infantil para la posibilidad de acceder al grupo. Por supuesto este intercambio de material pornográfico tiene que conllevar la correspondiente autorización judicial y refiriéndose siempre a los archivos pornográficos especialmente seleccionados de los ya difundidos por internet así como relacionarse con el principio de proporcionalidad.

Hay una sentencia del Tribunal Supremo 767/2007 de 3 de octubre³⁶ en la que se reconoce que los delitos de pornografía infantil se encontrarán incluidos entre los que

³⁵ URIARTE VALIENTE, Luis María, “El agente encubierto como medio de investigación de delitos de pornografía infantil en internet”, op.cit; pp.5-7.

permiten utilizar la figura del agente encubierto. Otro de los apuntes importantes que indica esta sentencia es que el agente encubierto solo actuará una vez que el investigado haya enviado el material pedófilo. El Tribunal hace hincapié en que no ve ningún inconveniente para que estos delitos sean investigados por el agente encubierto pero aclara que la inadaptación de la norma a las peculiaridades de este delito cometido a través de internet hace que el Tribunal lleve a cabo un análisis particularizado de los diversos extremos de la investigación.

Hoy en día existe cobertura legal para la actuación del agente encubierto en la persecución de delitos relacionados con la pornografía infantil que pueden cometerse en internet. Aun así, es cierto que la regulación actual sufre de una serie de carencias que son las que anteriormente venían limitando la aplicación de esta figura en la investigación de estos delitos.

Finalmente lo que sí es cierto es que las investigaciones que tengan como objeto material pornográfico infantil no deberían requerir unas amplias facultades al agente encubierto ni tampoco unas exigencias legales para su constitución ya que con el simple anonimato policial se podría acceder a la red para observar los lugares donde se comete el delito y recabar pruebas que evidencien su comisión. Bastaría con que se permitiese al agente navegar en la red con una identidad supuesta para poder ganarse la confianza del delincuente. No sería recomendable atribuir al agente una identidad oculta completa ni tampoco mantener esta identidad hasta el momento del juicio oral.

IV. EL AGENTE ENCUBIERTO Y LA PRUEBA.

IV.1. Introducción.

En primer lugar hay que dejar claro lo que significa la actividad probatoria³⁶ en el proceso penal español, consistiendo esta en una reconstrucción de los hechos acontecidos que tiene como finalidad convencer al juez sobre la certeza de la existencia de un hecho. Pero para llegar a la condena del delincuente será necesario que a través de esa actividad probatoria no se haya violentado derechos y libertades fundamentales y

³⁶ URIARTE VALIENTE, Luis María, "El agente encubierto como medio de investigación de delitos de pornografía infantil en internet", op.cit; pp9-10.

³⁷ CARDOSO PEREIRA, Flávio, "agente encubierto y proceso penal garantista: límites y desafíos",op.cit; pp.415-422.

por lo tanto el órgano jurisdiccional a través de esas pruebas pueda tener una convicción de los elementos que puedan constituir el delito.

Lo que se pretende en el proceso penal es la búsqueda de la verdad, pero lo que ocurre realmente es que esta verdad que se puede alcanzar al final resulta ser una verdad relativa, pudiendo finalmente conseguir el éxito de un proceso justo, donde el juez reconstruye los hechos siempre basándose en los principios de imparcialidad, idoneidad y transparencia. Posteriormente se debería reconocer que esta verdad procesal es revelada por la prueba, esto se consigue a través de los agentes que obtienen informaciones, las cuales puedan presentarse como pruebas válidas y eficaces en el juicio oral. Ya que sin esta certeza de los hechos probados, no podrá practicarse un juicio justo.

Los hechos alegados como reales constituyen el punto de partida, formando el objeto de la prueba y la calificación jurídica que tendrá como fin una consecuencia jurídica extraída de la norma que se aplique. Por lo tanto la prueba podría definirse como aquél medio o instrumento que permite hacer llegar al juez los elementos que sean necesarios para así decidir sobre el hecho en el juicio. Para ello se pondrá a disposición del juez toda la información y datos necesarios para que este pueda hacer una reconstrucción de la verdad, la cual se presenta en forma de prueba. La actividad probatoria constituye un derecho, el cual se practica en el proceso penal para tratar de convencer al órgano jurisdiccional de lo discutido en dicho proceso, sin olvidarnos que todo ello se deberá realizar bajo el respeto de las garantías procesales fundamentales y los principios del Estado de Derecho.

Una de las cuestiones importantes es que el derecho a la prueba se considera como un derecho fundamental, ya que toda persona puede presentar pruebas así como debatir aquellas que se presenten en su contra. Su contenido se basará en la posibilidad de toda persona a utilizar los medios que le sean posibles para convencer al Juez sobre la verdad que se persigue. Al ser un derecho fundamental, el derecho a la prueba presenta un doble carácter: por una parte un carácter subjetivo ya que las partes tienen el derecho a todas aquellas pruebas que crean necesarias; y, por otro lado, presenta un carácter objetivo ya que es el Juez quien deberá actuar y dar mérito a los medios de prueba.

IV.2 Valor probatorio de las pruebas obtenidas por el agente encubierto.

En el punto en el que nos encontramos es necesario cuestionarse si son válidas las informaciones, datos y pruebas obtenidas por el agente encubierto en el momento de infiltrarse en una organización criminal. No hay otra dirección para el agente encubierto que el llevar a cabo pruebas³⁸, en ocasiones peligrosas, que den lugar a una confianza para los delincuentes, estas serán como un prerrequisito a la hora de admitir al agente encubierto en el “corazón” de la banda organizada.

Para otorgar validez a las pruebas obtenidas por el agente encubierto, debe llevarse a cabo un control judicial efectivo de sus actuaciones. Esto se llevará a cabo mediante la obligación que tiene el agente de informar en todo momento al órgano jurisdiccional sobre las investigaciones que vaya practicando. De manera que el valor probatorio de dichas diligencias deberá contener un examen de los criterios de proporcionalidad que se apliquen al caso concreto.

Las pruebas que realice el agente encubierto contendrán actuaciones que lleve a cabo la banda organizada para visualizar el descubrimiento de los secretos que en ella se puedan articular, así como la forma en la que se estructuran estos delincuentes. Junto a ello es necesario aclarar que en todo procedimiento probatorio en el que participen agentes encubiertos deberá ponerse especial atención, sobre todo porque pueden incluir medidas de investigación que restringen derechos fundamentales, ya que estas operaciones estarían limitadas por los principios penales en cuya virtud el Estado no podrá convertirse en partícipe de estos delitos.

Uno de los puntos importantes dentro de este apartado sería la relevancia que tiene el testimonio³⁹ del agente encubierto en el juicio. El agente infiltrado es en calidad de testigo un factor importante en el momento de constituir la prueba ya que las manifestaciones que puede realizar acerca de las experiencias vividas dentro de la banda organizada pueden contribuir a la convicción del Juez. Es de gran importancia para el órgano jurisdiccional oír los relatos, así como los conocimientos que ha adquirido durante la permanencia en la banda organizada ya que se exponen datos e informaciones relevantes sobre los hechos investigados. Sin embargo este testimonio no será suficiente

³⁸ CARDOSO PEREIRA, Flávio, “agente encubierto y proceso penal garantista: límites y desafíos”, op.cit; pp.423-428.

³⁹ CARDOSO PEREIRA, Flávio, “agente encubierto y proceso penal garantista: límites y desafíos”, op.cit; pp.429-438.

para fundamentar una sentencia condenatoria, si no se corrobora por otros medios de prueba válidos.

La regla que debe seguirse es que el agente encubierto debe declarar en la fase de instrucción como testigo, lo que supone una protección de su identidad real debido a los riesgos y peligros que supone la actividad como infiltrado. Algún autor sostiene incluso que el mantenimiento de esa identidad supuesta del agente infiltrado a la hora de declarar se debe configurar como una exigencia en la resolución judicial motivada, ya que el no revelar la identidad real del agente infiltrado debería suponer incluso una necesidad para su correcto funcionamiento. El agente encubierto mantendrá su anonimato pero ¿qué medidas concretas habría que adoptar para procurarle esa seguridad al agente encubierto que declara como testigo? ¿Podría darse la declaración mediante videoconferencia, ocultación tras un biombo o panel? En el art.3.2 de la ley 19/1994 de protección a testigos y peritos en causas criminales se establece que *“A instancia del Ministerio Fiscal y para todo el proceso o si una vez finalizado éste se mantuviera la circunstancia de peligro grave prevista en el artículo 1.2 de esta Ley se brindará a los testigos y peritos en su caso protección policial. En casos excepcionales podrán facilitárseles documentos de una nueva identidad y medios económicos para cambiar su residencia o lugar de trabajo. Los testigos y peritos podrán solicitar ser conducidos a las dependencias judiciales. al lugar donde hubiere de practicarse alguna diligencia o a su domicilio en vehículos oficiales y durante el tiempo que permanezcan en dichas dependencias se les facilitará un local reservado para su exclusivo uso. convenientemente custodiado.”* De tal manera que, el testimonio del agente infiltrado debe valorarse conforme a todas las circunstancias que han sacudido su actuación y además en comparación con las demás pruebas corroboradas.

En relación con este precepto, el art.4.3 de la misma ley indica que *“sin perjuicio de lo anterior, si cualquiera de las partes solicitase motivadamente en su escrito de calificación provisional, acusación o defensa, el conocimiento de la identidad de los testigos o peritos propuestos, cuya declaración o informe sea estimado pertinente, el Juez o Tribunal que haya de entender la causa, en el mismo auto en el que declare la pertinencia de la prueba propuesta, deberá facilitar el nombre y los apellidos de los testigos y peritos, respetando las restantes garantías reconocidas a los mismos en esta Ley.”* De esta forma, el mantenimiento de la identidad falsa en la fase de enjuiciamiento no podrá vulnerar el derecho de defensa, ni impedir la oportuna plenitud

del principio de contradicción, debiendo desvelarse la condición de Policía Judicial e identificar al funcionario a través de su NIP o TIP en caso de ser admitido su testimonio.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre la validez del testimonio del agente encubierto en su sentencia 3 de marzo de 2011: "La Sala de instancia concede credibilidad a este testimonio y ya hemos dicho que las declaraciones testificales en el plenario de los agentes policiales sobre hechos de conocimiento propio al estar prestadas con las garantías procesales propias del acto, constituyen prueba de cargo apta y suficiente para enervar la presunción de inocencia. En este sentido el art. 717 LECrim dispone que las declaraciones de las autoridades y funcionarios de la Policía Judicial tendrán el valor de declaraciones testificales, apreciables como éstas, según las reglas del criterio racional".

Finalmente lo que se debe dejar claro es que no se admite la incomparecencia injustificable en el juicio de este agente así como la sustitución por otros testigos de referencia argumentando razones de seguridad.

Parece de gran importancia hacer mención al problema que podría suscitar los hallazgos casuales⁴⁰ del agente encubierto en el proceso de una investigación. Cuando hablamos de "hallazgos casuales" nos referimos a que en el marco de la investigación aparezcan otros delitos diferentes de aquellos sobre los que se concedió la oportuna autorización para la investigación. Puede suceder que el agente encubierto tenga la noción de nuevos hechos delictivos distintos de los que se prevén en la autorización de la infiltración, será en ese momento cuando el agente tenga que poner en conocimiento de la autoridad judicial los datos obtenidos.

Cuando hablamos de hallazgos casuales también nos referimos a los descubrimientos ocasionales. De manera que en el desarrollo de la investigación el agente podrá adquirir de manera imprevista el conocimiento sobre la comisión de nuevos hechos delictivos que no se comprenden en el ámbito de la autorización. Surge así la duda de cómo valorar tal extensión automática.

⁴⁰ CARDOSO PEREIRA, Flávio, "agente encubierto y proceso penal garantista: límites y desafíos", op.cit; pp.449-451.

Sin duda alguna en estos casos lo que se debe hacer será la solicitud de una extensión de autorización. Por lo que finalmente estos descubrimientos que se producen de forma casual u obtenida de forma imprevista y sin autorización, deberán ser objeto de una nueva resolución autorizante.

Llegados a este punto cabría preguntarse qué puede suceder respecto al tema de la obtención ilícita⁴¹ de una prueba así como de sus consecuencias en el proceso penal. Según CARDOSO PEREIRA, la prueba ilícita incluye una variabilidad en el concepto y es que la configuración de esta prueba tiene que ver con la tensión que se puede producir entre la tutela de los bienes que pueden ser esenciales para la sociedad y las garantías exigidas ya sea para limitar los derechos fundamentales o para adoptar medidas necesarias. Por prueba ilícita se entiende aquella que es contraria a la dignidad humana o que produce una vulneración de los derechos fundamentales, por lo tanto es todo aquello que se ha podido obtener de manera ilegal.

De manera que en el caso de que se produzcan violaciones innecesarias la solución que se plantea es la ineficacia de la prueba obtenida mediante la vulneración de los derechos fundamentales, ya que se concreta la no admisibilidad de las pruebas obtenidas mediante la violación y por lo tanto su recibimiento procesal produce una ignorancia de las garantías del proceso.

⁴¹ CARDOSO PEREIRA, Flávio, “agente encubierto y proceso penal garantista: límites y desafíos”, op.cit; pp.451-454.

X. CONCLUSIONES.

Tras el estudio realizado acerca de la figura del agente encubierto, vengo a dar mi opinión sobre ella. Verdaderamente a pesar de ser una figura polémica, veo necesaria su existencia, sobre todo en la época en la que nos encontramos. Sí que es cierto que pueden existir otras medidas para desarticular a una banda organizada, pero no existirá un modo más eficaz para operar en el interior de esta banda, que no sea mediante la introducción en ella de la figura del agente infiltrado.

Bien es cierto que debería producirse alguna reforma legislativa en relación con la LECrim, sobre todo en dicha materia para potenciar una mayor utilización, así como garantizar la funcionalidad del agente encubierto. Es una realidad el elevado número de organizaciones criminales que nos encontramos hoy en día cometiendo multitud de hechos delictivos por lo que para disminuir su continuidad en la comisión de delitos veo necesario potenciar esta figura.

En la actualidad se puede observar también el crecimiento de los “ciberdelitos”, de manera que nuestra regulación en su art.282 bis de la LECrim alberga la figura del agente encubierto, incluyendo la posibilidad de ser utilizado en la investigación de delitos como puede ser los de pornografía infantil que se cometen a través de internet. Pero esta regulación no deja de ser insuficiente a la hora de establecer la actuación del agente informático por lo que sí que debería reconocerse una amplia regulación de dicha figura para la persecución de estos delitos cometidos a través de internet, sobre todo porque es la actualidad que nos rodea en el día a día.

Lo que debería plantearse en el caso de que se diese esta ampliación de la regulación debería ser la posibilidad de que se diese un mayor margen de actuación al agente encubierto así como poder ampliar los delitos enumerados en el art.282.4 de la LECrim, en los que la figura del agente encubierto es utilizada como medio para poder infiltrarse en las organizaciones delictivas.

Desde mi punto de vista, un elemento que forma parte de la investigación y del que no debería producirse ninguna novedad, es respecto a la autorización judicial del agente encubierto ya que en la normativa viene de forma clara y precisa tanto el contenido, como quién debe proceder a autorizar la investigación. Sí que es cierto que respecto a los hallazgos casuales descritos en el estudio, la normativa debería contener algún

precepto en el que se nombren, a pesar que resulta de forma clara que el agente encubierto en el momento de producirse estos hallazgos deberá proceder a la solicitud de una extensión de la autorización.

Finalmente debido a la envergadura que puede tener en la actualidad esta figura, así como las ventajas que puede conllevar una mayor profundización de dicha figura en la legislación veo necesaria una reforma de ella.

XI. BIBLIOGRAFÍA.

-DEL POZO PÉREZ, Marta, “El agente encubierto como medio de investigación de la delincuencia organizada en la ley de enjuiciamiento criminal español”, *Criterio Jurídico*, V.6, 2006, pp.267-310.

-EXPÓSITO LÓPEZ, Lourdes, “El agente encubierto”, *Revista de derecho UNED*, num 17, 2015, pp.251-286.

-CARDOSO PEREIRA, Flávio, “agente encubierto y proceso penal garantista: límites y desafíos”, Salamanca, 2012, defendida en Universidad de Salamanca en 2012, (https://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/121134/1/DDAFP_CardosoFlavio_Tesis.pdf), pp.1-551.

-GARCÍA LÓPEZ, Eloy, “Agente encubierto y agente provocador, ¿Dos figuras incompatibles?”, *Diario La Ley*, num 5822, 11 de Julio de 2003, pp.1504-1506.

-LIDÓN MÓNTON GARCÍA, María, “Agente provocador y agente encubierto: ordenemos conceptos”, *Diario La Ley*, tomo 3, 1999, pp.2127-2131.

-BUENO DE MATA, Federico, “El agente encubierto en internet: mentiras virtuales para alcanzar la justicia”, *Los retos del poder judicial ante la sociedad globalizada*, (coord.: NEIREA PENA, Ana), La Coruña, 2012, pp.295-306.

-URIARTE VALIENTE, Luis María, “El agente encubierto como medio de investigación de delitos de pornografía infantil en internet”, *Estudios Jurídicos*, N°2012, 2012.

-GUARIGLIA, Fabricio, “El agente encubierto ¿Un nuevo protagonista en el procedimiento penal?”, *Jueces para la democracia*, N°23, 1994, pp.49-60

-ALCOLADO CHICO, Maria Teresa, “La evolución hacia la moderna funcionalidad el “Agente encubierto”: Incidencia de las nuevas reglas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.”, *Revista Jurídica de Asturias*, N°39, 2016, pp.7-32.

-RIFÁ SOLER, José María, “El agente encubierto o infiltrado en la nueva regulación de la LECrim.”, *Revista del Poder Judicial*, N°55, 1999, pp.135-162.

- LIDÓN MONTÓN GARCÍA, María, “Técnicas penales de investigación: confidente, agente provocador, agente encubierto (“físico”) y agente encubierto informático”, *Derecho, Justicia, Universidad Liber amicorum de Andrés de la Oliva Santos*, Vol.II, (coord.: DIEZ-PICAZO GIMÉNE, Ignacio; VEGAS TORRES, Jaime), Madrid, 2016, pp.2135-2152.

- GASCON INCHAUSTI, Fernando,” Infiltración policial y agente encubierto”, Comares, Granada, 2001, pp.1-344.