



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Grado

El agente encubierto y su valor probatorio

Autor

Javier Beguería Bueno

Directora

Rosa Gutiérrez

Facultad de Derecho
2019

Índice

Abreviaturas	3
Introducción.....	4
Desarrollo del trabajo	6
1. Concepto: el agente encubierto.....	7
1.2. Diferencias con otras figuras	9
1.2.1. El informante.....	9
1.2.2. El agente secreto.....	9
1.2.3. El agente provocador	10
2. Supuestos en que se permite la actividad encubierta.....	12
3. Autorización para la infiltración	14
3.1 La iniciativa policial.....	15
3.2 La autorización inicial de la infiltración.....	15
3.3 Forma y contenido de la autorización	16
4. Personas que pueden actuar como agentes encubiertos	17
5. Autoridad competente para el control de la infiltración.....	18
6. Principios básicos en la actuación del agente encubierto.....	19
6.1 Principio de legalidad	19
6.2 Principio de especialidad	19
6.3 Principio de subsidiariedad.....	20
6.4 Principio de proporcionalidad	20
7. Efectos de la infiltración.....	20
7.1 La declaración testifical del agente encubierto	20
7.1.2 La declaración en la fase de instrucción	20
7.1.2 La declaración testifical en la fase oral.....	22
7.2 Valor probatorio	23

8. Posibles delitos cometidos por el agente encubierto.....	24
8.1 Responsabilidad penal	24
8.2 Responsabilidad civil	25
8.3 Responsabilidad disciplinaria	26
Conclusiones.....	26
Bibliografía.....	28
Obras doctrinales	28

Abreviaturas

LO: Ley Orgánica.

LECrim: Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Art.: Artículo.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

SAN: Sentencia de la Audiencia Provincial.

CE: Constitución Española.

Introducción

Nos encontramos en un mundo en el que han aparecido multitud de nuevas formas de delincuencia y las ya existentes han ido avanzando acorde a los avances tecnológicos e industriales que ha sufrido la sociedad. La constitución de organizaciones criminales, unidas a la transnacionalización, ha provocado que las técnicas policiales

convencionales queden obsoletas. Sin embargo, la figura del agente encubierto o agente infiltrado sigue siendo una forma fundamental de investigación y persecución de las organizaciones criminales. Sin embargo, no se ha podido lograr un método para poner fin, o por lo menos limitar, el avance de estos nuevos tipos de criminalidad sin que en el intento de estos objetivos se lesionen derechos fundamentales. Por ello, uno de los desafíos que plantea la técnica policial del agente encubierto, es la armonización de actuaciones que se llevan a cabo en una infiltración con los derechos recogidos constitucionalmente.

Teniendo en cuenta que el crimen organizado ha alcanzado unos altos niveles de complejidad, tanto a nivel logístico como económico, es necesario que los encargados de la persecución criminal utilicen nuevas formas de investigación que penetren en la estructura organizativa de las diferentes bandas criminales.

Frente a esta situación, la 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, introdujo en su artículo 282 bis un nuevo medio extraordinario de investigación: el agente encubierto. Esta figura, también se encuentra recogida en diversas normas internacionales, como en el art. 20 del Instrumento de Ratificación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000, o en la Declaración de aplicación provisional del Convenio de asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, hecho en Bruselas el 29 de mayo de 2000.

Mi interés en este tema surge principalmente por mi intención de presentarme a las oposiciones a la Escala Ejecutiva del Cuerpo Nacional de Policía y, por consiguiente, entender el funcionamiento de la figura del agente encubierto dentro del Cuerpo Nacional de Policía.

Resulta muy interesante conocer los límites de las actuaciones del agente encubierto, ¿puede cometer delitos?, ¿está legitimado para vulnerar derechos fundamentales tales como el derecho a la intimidad o el derecho al secreto de comunicaciones? Las

respuestas a estas preguntas y otras preguntas las he podido encontrar al realizar este trabajo, por lo que creo que ha sido algo muy fructífero para mí.

Desarrollo del trabajo

La metodología que he seguido para la realización de este trabajo ha sido la de la revisión bibliográfica, que consiste en una labor de investigación de fuentes jurídicas, recogidas en libros, obras colectivas, revistas y recursos electrónico. El problema que me he encontrado es que se trata de un tema que, a pesar de ser de gran importancia, no existen muchos libros dedicados a este tema. Esto unido a que el ordenamiento jurídico español apenas le dedica un artículo en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, hace que las principales fuentes de información del trabajo hayan sido revistas y obras de investigación jurídicas

El trabajo comienza con la definición de “agente encubierto”; qué es en España el agente encubierto y la diferenciación con otras figuras que se le pueden parecer. A continuación, desarrollo en que situaciones se permite la actividad encubierta, cómo ha de ser la autorización que se necesita para la infiltración, quién puede actuar como agente encubierto y cuál es la autoridad competente para llevar a cabo el control de la infiltración.

Posteriormente, trato los principios básicos sobre los que ha de apoyarse la actuación del agente encubierto, así como efectos que tendrá la infiltración en el proceso penal haciendo referencia a la declaración testifical del agente encubierto y su valor probatorio.

Para finalizar, hago referencia a las posibles responsabilidades penales, civiles y disciplinarias que pueden aparecer en caso de que la actuación del agente encubierto no haya sido del todo correcta y haya realizado algún acto que no estaba autorizado para realizar o no fuese necesario para la consecución del fin deseado.

1. Concepto: el agente encubierto

En el proceso penal quien de verdad soporta el peso de la investigación es la policía, que son las personas cualificadas y con una estructura, especialización, etc., acorde a las

necesidades de la investigación.¹. Por ello los cuerpos de investigación policial son de vital importancia.

El concepto de agente encubierto es un concepto legal en el que el término “agente” hace referencia al “agente policial”, y el adjetivo “encubierto” se refiere a la ocultación de la identidad, condición e intenciones de policía². En nuestro ordenamiento jurídico, la LO 5/1999, de 13 de enero³, incorporó a la LECrim el art. 282 bis, donde se recogen las características y los pasos a seguir para que llevar a cabo la infiltración, además del agente encubierto.

La STS 1140/2010, de 29 de diciembre⁴ lo define así:

«El término *undercover* o agente encubierto, se utiliza para designar a los funcionarios de policía que actúan en la clandestinidad, con identidad supuesta y con la finalidad de reprimir o prevenir el delito. Agente encubierto, en nuestro ordenamiento será el policía judicial, especialmente seleccionado, que bajo identidad supuesta, actúa pasivamente con sujeción a la Ley y bajo el control del Juez, para investigar delitos propios de la delincuencia organizada y de difícil averiguación, cuando han fracasado otros métodos de la investigación o estos sean manifiestamente insuficientes, para su descubrimiento y permite recabar información sobre su estructura y modus operandi, así como obtener pruebas sobre la ejecución de hechos delictivos, debiéndose aclarar que es preciso diferenciar esta figura del funcionario policial que de forma esporádica y aislada y ante un acto delictivo concreto oculta su condición policial para descubrir un delito ya cometido».

¹ Cfr. Pérez Gil, J., "Entre los hechos y la prueba: reflexiones acerca de la adquisición probatoria en el proceso penal", *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 14, 2008, pág. 226

² Gascón Inchausti, F., "Infiltración policial y agente encubierto", Comares, Granada, 2001, pág. 14.

³ 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 (BOE 14 de enero de 1999).

⁴ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 29 de diciembre de 2010 (FJ 6º), Roj: STS 7184/2010.

1.2. Diferencias con otras figuras

1.2.1. El informante

En la lucha contra la criminalidad, ya sea la delincuencia convencional o la organizada, las declaraciones de los informantes o confidentes pueden resultar primordiales en la investigación.

No se debe confundir el "infiltrado" o "agente encubierto", cuya misión es detectar la comisión de posibles delitos y obtener las necesarias pruebas inculpatorias, con la figura del "informante", que es aquella persona cuyos datos son reservados y que confidencialmente brinda material informativo acerca de ilícitos, prestando una valiosa ayuda a los funcionarios policiales en la investigación del delito. Sin embargo, el infiltrado, al contrario del informante, ejecuta su labor en razón de su previsión legal en el ordenamiento jurídico y respetando los requisitos estipulados por la ley penal⁵.

Por tanto, un confidente no es un miembro de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, sino que normalmente son delincuentes de escasa importancia que a cambio de favores de la autoridad dan información. También pueden ser ciudadanos que conocen o tienen acceso a cierta información sin formar parte de ese ambiente criminal.

En cuanto al uso de la información prestada por parte del informante, hay que tener en cuenta que no podrá ser usada como prueba salvo que en el juicio se revele la identidad del confidente⁶, lo cual no ocurre nunca, ya que de esta forma se pondría en peligro la integridad del confidente y su esfera personal además de que se perdería una importante fuente de información.

1.2.2. El agente secreto

No se puede de modo alguno confundir el trabajo del agente encubierto, que utiliza recursos de inteligencia policial y criminal con la finalidad de recabar datos e

⁵ Cardoso Pereira, F., *“El agente infiltrado desde el punto de vista del garantismo procesal penal”*, Juruá, 2016, pág 256.

⁶ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 13 septiembre de 2018 (FJ 2º), Roj: STS 3150/2018.

informaciones que serán entregadas a las autoridades de persecución criminal; con la tarea ejercida por los agentes secretos o de inteligencia, cuya misión institucional es a través del empleo de técnicas inherentes a la inteligencia estatal, promover la defensa de la soberanía de un determinado territorio, evitando que informaciones confidenciales y secretos de Estado sean descubiertos, poniendo en riesgo la seguridad nacional.⁷

Por ello, el agente secreto y el agente encubierto son dos figuras que se encuentran en puntos distintos del organigrama administrativo, ya que la finalidad del agente secreto no está relacionada directamente con el proceso penal y los bienes jurídicos que se buscan proteger son diferentes.

1.2.3. El agente provocador

Se define al agente provocador como aquél sujeto que suscita a otro a la comisión de un delito con el fin de que el autor de dicho delito sea castigado precisamente a causa de ese hecho, sin que tenga voluntad de consumación del delito y poniendo para ello las medidas necesarias. [...]. Se trata pues, de una forma de ausencia de respecto a los derechos fundamentales de la persona que acaba siendo engañada y llevada a practicar un delito que en principio no estaría dispuesto a cometer.⁸

El agente provocador crea la ocasión para que se ejecute el delito, de manera que se entiende que o bien el sujeto actúa sin libertad ni espontaneidad, movido por la maquinación del agente, o bien el delito no pasa de ser una apariencia artificial, creada únicamente por la actuación del agente provocador⁹

Por ello, las principales características del agente provocador son:

- El agente provocador no necesita una identidad falsa ni tampoco una autorización judicial.

⁷ Cardoso Pereira, F., “*El agente infiltrado desde el punto de vista del garantismo procesal penal*”, Op., cit., pág. 262.

⁸ Cardoso Pereira, F., “*El agente infiltrado desde el punto de vista del garantismo procesal penal*”, Op., cit., pág. 264.

⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 3ª, de 16 de noviembre de 2001 (FJ 5º). Roj: SAP V 6351/2001.

- El agente provocador no tiene por qué pertenecer a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.
- La finalidad de su actuación es la detención del delincuente en el instante y no la obtención de información.

La Sala del Tribunal Supremo en su Sentencia 4038/2018, de 26 de noviembre¹⁰, señala que el delito provocado «es el que surge "por obra y a estímulos de provocación" (Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 1972). Pues bien, el delito provocado es 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 que de su torcida inclinación se espera simulando primero allanar y desembarazar el *iter criminis* y obstruyéndolo finalmente, en el momento decisivo, con lo cual se consigue que por el provocador no sólo la casi segura detención del inducido sino la obtención de pruebas que se suponen directas e inequívocas.»

Por ello, se deducen tres elementos característicos y constitutivos de delito provocado:

1. Un elemento objetivo, constituido por la incitación del agente.
2. Un elemento subjetivo, representado por la intención del agente a lograr el castigo de la persona provocada.
3. La adopción de medidas preventivas para evitar la puesta en peligro del bien jurídico protegido.¹¹

¹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 26 de noviembre de 2018 (FJ 3º). Roj: STS 4038/2018.

¹¹ Delgado García, M. D., “*El agente encubierto: técnicas de investigación. Problemática y legislación comparada*” en Gutiérrez-Alviz Conradi, F. (coord.), “*La criminalidad organizada ante la Justicia*”, Secretariado de publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1996., pág. 76.

El problema que surge llegados a este punto es si las pruebas obtenidas por el agente encubierto se pueden considerar lícitas o no, y la posible punibilidad del delito provocado.

En lo referente a la licitud o no de las pruebas obtenidas mediante el delito provocado, el art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial¹² nos dice que «no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales.»; por lo que las pruebas obtenidas mediante este tipo de conducta se considerarán ilícitas.

En cuanto al punibilidad del delito provocado y como se ha dicho anteriormente, una de las características del delito provocado es que el agente toma las medidas necesarias para que el bien jurídico protegido no sufra ningún tipo de daño. El delito se define como una conducta que lesiona o pone en peligro un bien jurídico¹³. Por ello, el delito provocado es un delito impune al faltar uno de los elementos que componen la tipicidad del delito.

2. Supuestos en que se permite la actividad encubierta

El ámbito de actuación del agente encubierto es muy reducido debido a la posible restricción de derechos y garantías fundamentales durante la investigación encubierta, limitándose únicamente a actividades delictivas especialmente graves, es decir, aquellos que presentan una pena privativa de libertad alta junto con una gran trascendencia social¹⁴.

En el propio artículo 282 bis de la LECrim se dice «[...] cuando se trate de investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada, el Juez

¹² Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE 2 de julio de 1985).

¹³ Romeo Casabona, C. M^a.; Sola Reche, E.; Boldova Pasamar, M. A. (Coords)., “*Derecho Penal Parte General: Introducción, Teoría Jurídica del Derecho*”, Comares, Granada, 2016, pág. 14.

¹⁴ Cardoso Pereira, F., “*El agente infiltrado desde el punto de vista del garantismo procesal penal*”, Op., cit., pág. 278-279.

de Instrucción competente o el Ministerio Fiscal [...], podrán autorizar a funcionarios de la Policía Judicial, [...], a actuar bajo identidad supuesta [...]»¹⁵.

Por lo tanto, la actividad encubierta es exclusiva y solo está permitida por la Ley en supuestos en los que la única manera de lograr un esclarecimiento de los actos o hechos delictivos sea a través de la infiltración por parte de la policía judicial en el organigrama de una banda o grupo que se considere como delincuencia organizada. La definición de delincuencia organizada, junto con conductas delictivas específicas sobre las que se puede llevar a cabo la infiltración, viene dada en el propio artículo 282 bis.4:

«[...] 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.

¹⁵ 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 (BOE 14 de enero de 1999).

- g) Delitos contra los derechos de los trabajadores previstos en los artículos 312 y 313 del Código Penal.
- h) Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros previstos en el artículo 318 bis del Código Penal.
- i) Delitos de tráfico de especies de flora o fauna amenazada previstos en los artículos 332 y 334 del Código Penal.
- j) Delito de tráfico de material nuclear y radiactivo previsto en el artículo 345 del Código Penal.
- k) Delitos contra la salud pública previstos en los artículos 368 a 373 del Código Penal.
- l) Delitos de falsificación de moneda, previsto en el artículo 386 del Código Penal, y de falsificación de tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje, previsto en el artículo 399 bis del Código Penal.
- m) Delito de tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos previsto en los artículos 566 a 568 del Código Penal.
- n) Delitos de terrorismo previstos en los artículos 572 a 578 del Código Penal.
- o) Delitos contra el patrimonio histórico previstos en el artículo 2.1.e de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando.»¹⁶

3. Autorización para la infiltración

El hecho de que sea necesario someter el inicio de la infiltración a una autorización previa, es indicativo de que solamente la intervención de un agente encubierto lleva aparejada una vulneración de derechos fundamentales; siendo principalmente vulnerado

¹⁶Ley 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 (BOE 14 de enero de 1999).

el derecho a la intimidad ya que la figura del infiltrado se basa en el engaño para poder acceder a la esfera privada de las personas sometidas a investigación.¹⁷

3.1 La iniciativa policial

La iniciativa para que se lleve a cabo una infiltración corresponde a la Policía Judicial, al ser el cuerpo de la Policía Nacional cualificado para llevar a cabo una operación de estas características.

Una vez llegue a conocimiento de la Policía Judicial la existencia de indicios de la comisión de una actividad delictiva organizada, y se haya comprobado la veracidad de la información y las posibilidades de éxito de este mecanismo, corresponde a los mandos policiales responsables de la investigación solicitar su aplicación. Para ello, se elaborarán los informes oportunos, en los que se expondrán los indicios que acrediten que se trata de una organización delictiva, siendo entregados al órgano competente, con el fin de valorar la necesidad y proporcionalidad de la medida¹⁸

3.2 La autorización inicial de la infiltración

Esta cuestión la resuelve el art. 282 bis de la LECrim en su apartado primero:

«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

¹⁷ Cfr. Gómez de Liaño Fonseca-Herrero, M. “*Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación*”, COLEX, Madrid, 2004, pág. 181.

¹⁸ Expósito López, L., “*El agente encubierto*”, Revista de Derecho UNED, n. 17, 2015, pág. 267.

habilitados para actuar en todo lo relacionado con la investigación concreta y a participar en el tráfico jurídico y social bajo tal identidad. »¹⁹

Admitido que la infiltración policial afecta a derechos fundamentales, hay que precisar las condiciones y los requisitos bajo los cuales resulta admisible tal restricción, y como es lógico, la primera de ellas no es otra que la habilitación legal de la medida.²⁰

3.3 Forma y contenido de la autorización

La autorización judicial puede consistir simplemente en la autorización para la actuación bajo identidad supuesta, o puede comprender, además, que el agente encubierto pueda adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos.²¹

La autorización será mediante auto si proviene del Juez de Instrucción o mediante decreto si proviene del Ministerio Fiscal; teniendo también forma de auto la resolución del Juez de Instrucción confirmando o revocando la autorización de la medida por el Fiscal. De igual manera, también podrán incluirse otras formas de control jurisdiccional:

1. Estableciendo las vías mediante las que el infiltrado debe cumplir su deber de información. En caso de que corra peligro la integridad física del agente, se podrá designar a un segundo agente que sea el encargado de transmitir la información obtenida al Juez.
2. Fijando períodos para trasladar la información que se vaya obteniendo, sin perjuicio de comunicar de forma inmediata la información que sea relevante para la investigación.

¹⁹ 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 (BOE 14 de enero de 1999).

²⁰ Cfr. Gómez De Liaño Fonseca-Herrero, M., *"Infiltración policial y proceso penal"*, Op., cit., págs. 139 y 208.

²¹ J. A., Choclán Montalvo, J. A., *"La organización criminal: tratamiento penal y procesal"*, Madrid, 2000, pág. 63.

3. Acotando el tiempo de la infiltración, con posibilidad de prorrogarla en función de los resultados obtenidos.²²

Particularmente el ordenamiento procesal penal español dispone en el artículo 282 bis 1º LECrim que la autorización será mediante "resolución fundada".²³ Por ello, tanto el auto judicial como el decreto deben estar fundamentados por la concurrencia de los siguientes elementos²⁴:

1. La existencia de indicios racionales de la comisión de una actividad delictiva organizada a las que se refiere el apartado cuarto del artículo 282 bis LECrim. Corresponde a la Policía Judicial acreditar la existencia de estos indicios, y al Juez o al Fiscal fundamentar suficientemente que concurren en el caso concreto.
2. La medida ha de resultar necesaria a los fines de la investigación y guardar una proporcionalidad con el delito objeto de investigación.²⁵

4. Personas que pueden actuar como agentes encubiertos

Como se dice en el propio art. 282 bis.1 LECrim «[...] podrán autorizar a funcionarios de la Policía Judicial, [...]», solo podrán actuar como agentes encubiertos los miembros de la Policía Judicial exclusivamente; «no podrán intervenir en una operación de infiltración los funcionarios policiales que no formen parte de la Policía Judicial en sentido estricto»²⁶

Es necesaria una definición del concepto de Policía Judicial con la finalidad de determinar quiénes podrán participar en una investigación encubierta. Para ello, utilizaremos la ya tradicional distinción entre Policía Judicial genérica y específica.

Concretamente podrán infiltrarse:

²² Expósito López, L., *"El agente encubierto"*, Op., cit., pág. 273.

²³ Molina Mansilla, M. C., *"Mecanismos de investigación policial: entrega vigilada y agente encubierto"*, Bosch, Barcelona, 2009, pág. 29.

²⁴ Gascón Inchausti, F., *"Infiltración policial y agente encubierto"*, Op., cit., pág. 207-208.

²⁵ Expósito López, L., *"El agente encubierto"*, Op., cit., pág. 274.

²⁶ Gómez de Liaño Fonseca-Herrero, M., *"Tratamiento procesal penal de la investigación encubierta"*, Op., cit.

1. Miembros de la Policía Nacional.
2. Miembros de la Guardia Civil.
3. Agentes de policías autonómicas si tienen competencias como Policía Judicial; con la salvedad de que no podrán participar en investigaciones encubiertas con implicaciones internacionales, puesto que no son funcionarios de Policía a efectos del Convenio de Schengen.²⁷

También podrán realizar actuaciones encubiertas en nuestro territorio aquellos agentes extranjeros cuyo Estado se encuentre adherido al Convenio de asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea²⁸ y no se encuentre desvinculado de forma expresa al art. 14 de dicho Convenio.

Por el contrario, a los efectos previstos en la LECrim., no pueden ser agentes infiltrados:

1. Los agentes de los servicios de inteligencia del Estado. Sin perjuicio, de que los miembros del Centro Nacional de Inteligencia, que no son agentes de la autoridad puedan recurrir al uso de medios y actividades encubiertas con la finalidad de proteger y defender la seguridad nacional.
2. Los agentes de la policía local o municipal.
3. Los agentes del servicio de vigilancia aduanera.²⁹

5. Autoridad competente para el control de la infiltración

El último párrafo del art. 282.1 bis LECrim dice que «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

²⁷ Del Pozo Pérez, “*El agente encubierto como medio de investigación de la delincuencia organizada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal Española*”, Revista Criterio Jurídico, 2006, pág. 287.

²⁸ Declaración de aplicación provisional del Convenio de asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, hecho en Bruselas el 29 de mayo de 2000 (BOE 15 de octubre de 2003).

²⁹ Del Pozo Pérez, “*El agente encubierto como medio de investigación de la delincuencia organizada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal Española*”, Op., cit., pág. 287-288.

aportarse al proceso en su integridad y se valorará en conciencia por el órgano judicial competente.» Esto quiere decir que será el Juez de Instrucción o el Ministerio Fiscal quien se encargará de recibir esa información y de ir tomando las medidas necesarias en cuanto a prórroga o finalización de la actividad encubierta. Cuando se trate de limitar derechos fundamentales, solo el Juez se encargará de tomar las medidas necesarias en cuanto a prórroga o finalización de la actividad encubierta.

6. Principios básicos en la actuación del agente encubierto

El hecho de que la actividad encubierta se caracterice por el uso de identidad falsa y el engaño supone que se puedan vulnerar algunos derechos constitucionales.

6.1 Principio de legalidad

El principio de legalidad es el más importante y elemental de los principios que rigen la actividad encubierta al encontrarnos en un Estado de Derecho y ser de vital importancia que todas las actividades, tanto de los ciudadanos como del Estado, estén justificadas con la Ley. De esta forma, este medio extraordinario de investigación está previsto de forma explícita en el ordenamiento jurídico.³⁰

6.2 Principio de especialidad

La intervención del infiltrado debe estar relacionada con la investigación de un delito concreto, sin que puedan autorizarse mecánicamente, de modo genérico, ante cualquier solicitud policial³¹.

De esta forma se evita que se realicen operaciones encubiertas que puedan suponer abusos y limitaciones de derechos a cualquier sujeto sometido a la persecución policial.

Asimismo, se impide la presencia de agentes encubiertos de forma permanente y por tiempo indeterminado, ya que sólo adoptará esta medida cuando se pruebe la sospecha

³⁰ Cardoso Pereira, F, “*El agente infiltrado desde el punto de vista del garantismo procesal penal*”, Op., cit., págs. 291-292.

³¹ Molina Mansilla, M^a. C., “*Mecanismos de investigación policial: entrega vigilada y agente encubierto*”, cit., pág. 32.

cierta de que se está cometiendo o se va a cometer un hecho delictivo de los recogidos en el art. 282 bis LECrim.³²

6.3 Principio de subsidiariedad

Este principio supone que para que se realice la operación encubierta, previamente se han de haber agotado todos los métodos y técnicas de investigación menos intrusivos e invasivos de derechos, es decir, ha de tener un carácter excepcional, lo que normalmente se traduce en que la misma sea la *ultima ratio*.³³

6.4 Principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad se encuentra estrechamente relacionado con la limitación de tal figura al ámbito de la criminalidad organizada, de modo que el agente encubierto sólo puede actuar en casos de extrema gravedad como son el terrorismo o el narcotráfico.³⁴ Dicho principio no solo tiene que estar presente en la adopción de la medida, sino también en la actuación del agente encubierto con respecto a los demás integrantes de la organización criminal.³⁵

7. Efectos de la infiltración

7.1 La declaración testifical del agente encubierto

7.1.2 La declaración en la fase de instrucción

En el apartado 2 del art. 282 bis de la LECrim se dice que, «los funcionarios de la Policía Judicial que hubieran actuado en una investigación con identidad falsa [...], podrán mantener dicha identidad cuando testifiquen en el proceso [...]». Esto supone

³² Cardoso Pereira, F., “*El agente infiltrado desde el punto de vista del garantismo procesal penal*”, Op., cit., pág. 293.

³³ Suiña Pérez, N., “*La diligencia de investigación por medio del agente encubierto*”. Dentro, Martín, P. (ed.), “*La actuación de la Policía Judicial en el Proceso Penal*”, Marcial Pons, Barcelona, 2006, pág. 248.

³⁴ Cardoso Pereira, F., “*El agente infiltrado desde el punto de vista del garantismo procesal penal*”, Op., cit., pág. 295.

³⁵ Espinosa De Los Monteros, R. Z., “*El policía infiltrado. Los presupuestos jurídicos en el proceso penal español*”, Valencia, 2010, págs. 367-368.

una medida de protección especial para el agente encubierto además de que es totalmente lógico que no se pueda descubrir la identidad real del agente en el juicio cuando se ha estado ocultando durante toda la operación encubierta.

En esta situación el agente encubierto es considerado como un testigo, por lo que las medidas de protección a las que tiene acceso son aquellas recogidas en la Ley Orgánica 19/1994.³⁶ Los requisitos necesarios para que le sean de aplicación las medidas de protección recogidas en dicha Ley, «la autoridad judicial deberá apreciar racionalmente un peligro grave para la persona, libertad o bienes de quien pretenda ampararse en ella, su cónyuge o persona a quien se halle ligado por análoga relación de afectividad o sus ascendientes, descendientes o hermanos.» (art. 1.2 LO 19/1994). En caso de que el Juez de Instrucción apreciase algunos de los peligros citados, acordará las medidas pertinentes recogidas en el artículo 2:

- a) Que no consten en las diligencias que se practiquen su nombre, apellidos, domicilio, lugar de trabajo y profesión, ni cualquier otro dato que pudiera servir para la identificación de los mismos, pudiéndose utilizar para ésta un número o cualquier otra clave.
- b) Que comparezcan para la práctica de cualquier diligencia utilizando cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual normal.
- c) Que se fije como domicilio, a efectos de citaciones y notificaciones, la sede del órgano judicial interviniente, el cual las hará llegar reservadamente a su destinatario.

Del artículo 3 de la citada Ley, se obtienen otras formas de protección de los testigos y peritos:

- a) Los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, el Ministerio Fiscal y la autoridad judicial cuidarán de evitar que a los testigos o peritos se les hagan fotografías o se tome su imagen por cualquier otro procedimiento, debiéndose

³⁶ Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales (BOE 24 de diciembre de 1994).

proceder a retirar el material fotográfico, cinematográfico, videográfico o de cualquier otro tipo a quien contraviniera esta prohibición.

- b) A instancia del Ministerio Fiscal y para todo el proceso, o si, una vez finalizado éste, se mantuviera la circunstancia de peligro grave, se brindará a los testigos y peritos protección policial. En casos excepcionales podrán facilitárseles documentos de una nueva identidad y medios económicos para cambiar su residencia o lugar de trabajo.

Cuando el Juez alce el secreto de sumario, no se descubrirá ningún dato personal del policía, protegiendo de esta forma su persona, así como de las personas que formen parte de su esfera personal.

Estas medidas son totalmente necesarias debido a la alta peligrosidad de las personas que son acusadas en el proceso y la capacidad que tienen las organizaciones a las que pertenecen de tomar represalias contra el agente encubierto.

7.1.2 La declaración testifical en la fase oral

La normativa procesal de la infiltración no modifica las reglas generales sobre aportación y valoración de la declaración testifical durante el juicio oral. De esta forma, la declaración del agente no ratificada en el juicio oral tendrá el valor de denuncia, por lo que no constituirá un medio de prueba; y en el caso de que las declaraciones prestadas por el agente en la fase de instrucción y en el juicio oral muestre disconformidad, las partes podrán solicitar la lectura en juicio de la declaración sumarial (art. 714 LECrim).

Por otra parte, el testimonio de referencia (aquel prestado por quien no estuvo presente en el lugar de los hechos, sino que supo de ellos a través de terceras personas) por razones de seguridad del agente encubierto no está permitido; al igual que no se permite la incomparecencia en juicio oral del testigo protegido por razones exclusivas de seguridad.

Finalmente, el uso de medios audiovisuales como instrumentos para la toma de declaración de personas que, por motivos de seguridad, deben permanecer ocultas en

determinado lugar, ha sido admitido como forma de ejecución de la prueba testifical, siempre que se respeten los derechos procesales de las partes.³⁷

7.2 Valor probatorio

El valor probatorio del testimonio del agente, realizado previo juramento o promesa de decir la verdad y bajo los principios de inmediación y contradicción, no resulta de las actas levantadas, sino de la verosimilitud de su testimonio en la medida en que su contenido esté adverbado por el conjunto de la actividad probatoria y así se deduce de lo dispuesto sobre este extremo por el artículo 4.5 de la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre de protección a testigos y peritos en casos criminales, que dispone lo siguiente: "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 ratificadas en el acto del juicio oral en la forma prescrita en la Ley de Enjuiciamiento Criminal por quien los prestó"³⁸

Otro supuesto que se puede dar es que las pruebas no sean válidas:

- Cuando las pruebas se han obtenido vulnerando algún derecho fundamental, quedarían excluidas de la fundamentación de la sentencia.³⁹
- Si se hubiera realizado la infiltración sin contar con la autorización pertinente o infringiendo alguno de los requisitos del apartado 1 del art. 282 bis LECrim. En caso de que hubiera pruebas obtenidas en un tiempo en que la autorización no estuviera vigente y otras pruebas cuando la autorización si que lo estuviese, solo serán válidas las que al tiempo de su obtención estuviera vigente la autorización judicial.
- Tampoco podrán ser valoradas las pruebas obtenidas mediante la realización de diligencias complementarias a las permitidas por la autorización judicial. Este

³⁷ Gómez de Liaño Fonseca-Herrero, M., "*Tratamiento procesal penal...*", Op., cit., p. 234-237.

³⁸ Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, de 26 de abril de 2018 (FJ 1º), Roj: SAN 1519/2018.

³⁹ Cfr, Gómez de Liaño Fonseca-Herrero, M., "*Tratamiento procesal penal...*", Op., cit., p. 239.

supuesto se puede dar cuando las pruebas se obtengan entrando en un domicilio y en la autorización no se hubiera permitido esta vulneración.

En caso de que no se dijese la identidad del agente encubierto en el juicio y se le tratase como testigo anónimo y de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, para poder erigirse en prueba de cargo, la declaración del testigo anónimo debe reunir tres concretos requisitos. El primero de ellos, que el anonimato haya sido acordado por el órgano judicial en una decisión motivada en la que se hayan ponderado razonablemente los intereses en conflicto; el segundo, que los déficits de defensa que genera el anonimato hayan sido compensados con medidas alternativas que permitan al acusado evaluar y, en su caso, combatir la fiabilidad y credibilidad del testigo y de su testimonio; y el tercero, que la declaración del testigo anónimo concorra acompañado de otros elementos probatorios, de manera que no podrá, por sí sola o con un peso probatorio decisivo, enervar la presunción de inocencia.⁴⁰

8. Posibles delitos cometidos por el agente encubierto

En el ejercicio de la operación encubierta, el agente infiltrado tiene una alta posibilidad de cometer algún tipo de delito al tener que comportarse como un criminal para poder infiltrarse de forma creíble y obtener la información necesaria.

8.1 Responsabilidad penal

El apartado 5 del art. 282 bis de la LECrim, establece las condiciones bajo las que los actos realizados por el agente encubierto quedarán exentos:

«El agente encubierto estará exento de responsabilidad criminal por aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, siempre

⁴⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Primera, de 8 de abril de 2013 (FJ 5º), Roj: STC 75/2013.

que guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma y no constituyan una provocación al delito.»⁴¹

Esto supone que el agente infiltrado solo podrá cometer aquellos delitos que sean necesarios para el objetivo de la infiltración, dentro de ciertos límites y siempre que obedezcan al principio de proporcionalidad.⁴²

Por tanto, para que la actuación delictiva del agente encubierto esté exenta de responsabilidad penal deben concurrir simultáneamente y de forma inexcusable los requisitos expuestos en el apartado 5 del art. 282 bis de la LECrim:

- El hecho delictivo tiene que haber sido cometido por un Policía Judicial que cuente con la autorización judicial inicial para infiltrarse en una organización criminal. Esta exención de responsabilidad penal no será extensible a aquellos policías que realicen una operación encubierta sin la correspondiente autorización.
- Los hechos delictivos se han tenido que realizar de forma necesaria para el desarrollo de la investigación además de ser proporcionales con la finalidad de la misma.⁴³
- Las actuaciones no han de constituir una provocación al delito.

El examen sobre esos requisitos se realizará sobre las circunstancias acaecidas en el momento de su ejecución.⁴⁴

8.2 Responsabilidad civil

Ciñéndonos al ordenamiento procesal español consideramos interesante señalar que a diferencia de la existencia de una regulación expresa del sistema de modulación de la

⁴¹ 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 (BOE 14 de enero de 1999).

⁴² Cfr. Expósito López, L., “*El agente encubierto*”, Op., cit., págs. 283-284.

⁴³ Cfr. Gómez de Liaño Fonseca-Herrero, M., “*Criminalidad organizada...*”, Op., cit., págs. 258-260.

⁴⁴ Gómez de Liaño Fonseca-Herrero, M., “*Criminalidad organizada...*”, Op., cit., págs. 259-260.

responsabilidad penal del agente encubierto, no hay en el ordenamiento procesal precepto alguno que fije límites a una futura responsabilidad civil de los infiltrados.⁴⁵

El actor civil deberá dirigirse de forma conjunta contra el agente y el Estado y en caso de que sea estimada la exención de la responsabilidad penal del agente, desaparecerá automáticamente la responsabilidad civil del agente y, subsidiariamente, del Estado.

Otra situación distinta sería la del agente encubierto frente a terceros de buena fe, es decir, quienes desconocen la verdadera identidad del agente y contra el que dirigirían la reclamación civil pensando que es un verdadero delincuente. Para la doctrina alemana, el policía debe comunicar su posición de infiltrado a todo tercero con quien entable una relación jurídica. Pero, para evitar estas posibles controversias, el Estado ha debido facilitar al agente encubierto toda una infraestructura (coches, teléfonos, etc.) y de suficientes medios económicos.⁴⁶

8.3 Responsabilidad disciplinaria

De acuerdo con el art. 7 de la LO 4/2010⁴⁷, se considera como falta muy grave, «Haber sido condenado en virtud de sentencia firme por un delito doloso relacionado con el servicio o que cause grave daño a la Administración o a las personas.»

Las sanciones que puede acarrear esta falta muy grave vienen recogidas en el art. 10 de la misma Ley y son: la separación del servicio, la suspensión de funciones desde tres meses y un día hasta un máximo de seis años y el traslado forzoso.

Conclusiones

1-El crecimiento y aparición de nuevas formas de criminalidad exige una necesaria adecuación de las formas de investigación policiales. La figura del agente encubierto viene precisamente a reforzar los mecanismos de investigación sobre todo en determinados delitos cuya persecución es extremadamente complicada. Sin

⁴⁵ Gómez De Liaño Fonseca Herrero, M., “*Criminalidad organizada...*”, Op., cit., pág. 269.

⁴⁶ Cfr. Gómez de Liaño Fonseca-Herrero, M., “*Criminalidad organizada...*”, Op., cit., p. 270.

⁴⁷ Ley Orgánica 4/2010, de 20 de mayo, del Régimen disciplinario del Cuerpo Nacional de Policía (BOE 21 de mayo de 2010).

embargo, debemos tener en cuenta que nuestro ordenamiento jurídico prevé un derecho garantista, por lo que es necesario mantener un equilibrio entre el respeto de los derechos fundamentales de los investigados y la investigación policial llevada a cabo para evitar que los delitos de especial gravedad queden impunes. Por esta razón, una de las cuestiones que con más precisión deben regularse son precisamente los supuestos en que la intervención policial puede afectar a algún derecho fundamental.

2- En la 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, se regula la figura del agente encubierto como medio extraordinario de investigación, concretamente en el art. 282 bis LECrim

3.-Esta figura se caracteriza especialmente por la ocultación de su verdadera identidad e intenciones, con lo que puede incorporarse a una organización criminal y obtener toda la información y pruebas necesarias para su posterior detención y enjuiciamiento. Pero, como ya he apuntado anteriormente, es necesario fijar los límites de su actuación. En tal sentido se fijan unos requisitos de inexcusable apreciación cuyo cumplimiento es de vital importancia al tratarse la infiltración de una medida que puede ser lesiva de derechos fundamentales tales como el derecho a la intimidad, a la inviolabilidad del domicilio o al secreto de las comunicaciones. Merece especial atención la necesidad de una autorización judicial en la que se especifiquen los datos de la nueva identidad, así como las actuaciones que puede realizar el agente,

4- El agente encubierto no está exento de responsabilidad, puesto que éste puede incurrir tanto en responsabilidad penal o civil, como responsabilidad disciplinaria. Sin embargo, se exceptúan aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria del transcurso de la investigación, siempre y cuando no atenten contra derechos fundamentales sin la debida autorización.

5- En lo relativo a la actividad probatoria, se admite la testificación en el proceso del agente encubierto, con la particularidad de que jamás se revelará su verdadera identidad, sino únicamente la falsa identidad que se le proporcionase con la autorización judicial inicial. Además, las pruebas obtenidas por el agente durante su infiltración serán admitidas en el proceso; salvo que éstas hayan sido obtenidas mediante la inobservancia

o infracción de alguno de los apartados del art. 282 bis LECrim., o se traten de pruebas relativas a otro caso para el cual no se autorizó la infiltración policial. El valor probatorio del testimonio del agente, realizado previo juramento o promesa de decir la verdad y bajo los principios de inmediación y contradicción, no resulta de las actas levantadas, sino de la verosimilitud de su testimonio en la medida en que su contenido esté adverbado por el conjunto de la actividad probatoria.

Bibliografía

Obras doctrinales

Pérez Gil, J., "Entre los hechos y la prueba: reflexiones acerca de la adquisición probatoria en el proceso penal", *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 14, 2008.

Gascón Inchausti, F., *Infiltración policial y "agente encubierto"*, Comares, Granada, 2001.

Cardoso Pereira, F., "El agente infiltrado desde el punto de vista del garantismo procesal penal", Juruá, 2016.

Expósito López, L., "El agente encubierto", *Revista de Derecho UNED*, n. 17, 2015.

Gómez de Liaño Fonseca-Herrero, M., *Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación*, COLEX, Madrid, 2004.

- “Límites y garantías procesales en la investigación mediante agentes encubiertos”, *LA LEY*, 7 de diciembre de 2004, pp. 1531-1538.

Choclán Montalvo, J. A., *La organización criminal: tratamiento penal y procesal*, Madrid, 2000.

Molina Mansilla, M. C., *Mecanismos de investigación policial: entrega vigilada y agente encubierto*, Bosch, Barcelona, 2009.

Pozo Pérez, M., “El agente encubierto como medio de investigación de la delincuencia organizada en la ley de enjuiciamiento criminal española”, *Revista Criterio Jurídico*, n. 6, 2006, pp. 267-310.

Suita Pérez, N., "La diligencia de investigación por medio del agente encubierto" en Martín, P. (ed.), “La actuación de la Policía Judicial en el Proceso Penal”, Marcial Pons, Barcelona, 2006.

Espinosa De Los Monteros, R. Z., *El policía infiltrado. Los presupuestos jurídicos en el proceso penal español*, Valencia, 2010.

Delgado García, M. D., “El agente encubierto: técnicas de investigación. Problemática y legislación comparada” en Gutiérrez-Alviz Conradi, F. (coord.), *La criminalidad organizada ante la Justicia*, Secretariado de publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1996.

Romeo Casabona, C. M^a.; Sola Reche, E.; Boldova Pasamar, M. A. (Coords)., “*Derecho Penal Parte General: Introducción, Teoría Jurídica del Derecho*”, Comares, Granada, 2016.