



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Grado

EL AGENTE ENCUBIERTO COMO MEDIO DE INVESTIGACIÓN EN EL PROCESO
PENAL

Autor

Rubén Álvarez Abadías

Directora

Regina Garcimartín Montero

Facultad de Derecho

2023/2024

ÍNDICE

I. JUSTIFICACIÓN DEL TEMA ELEGIDO	4
II. METODOLOGÍA UTILIZADA	6
III. LA FIGURA DEL AGENTE ENCUBIERTO COMO TÉCNICA DE INFILTRACIÓN POLICIAL.....	7
1. EL CONCEPTO DE AGENTE ENCUBIERTO E INFILTRACIÓN POLICIAL	7
2. PRESUPUESTOS LEGALES.....	9
2.1. Requisitos legales.....	9
2.2. Sujetos legitimados para acordar la medida de investigación	13
2.3. Forma y duración de la autorización.....	16
IV. ÁMBITO DE ACTUACIÓN DEL AGENTE ENCUBIERTO. PROPUESTAS DE SU AMPLIACIÓN	19
VI. RESPONSABILIDAD CRIMINAL DEL AGENTE Y TRATAMIENTO POSTERIOR.....	24
1. COBERTURA DENTRO DEL ÁMBITO DE ACTUACIÓN NECESARIO	24
2. EL AGENTE PROVOCADOR Y EL DELITO PROVOCADO	26
3. LÍMITES DE LA ACTUACIÓN	27
VII. EL AGENTE ENCUBIERTO INFORMÁTICO	30
VIII . CONCLUSIONES	33
IX. BIBLIOGRAFÍA Y JURISPRUDENCIA	35
1. BIBLIOGRAFÍA	35
2. JURISPRUDENCIA	37

LISTADO DE ABREVIATURAS UTILIZADAS

- CE: Constitución Española
- CC: Código Civil
- CGI: Comisaría General de Información del Cuerpo Nacional de Policía
- CP: Código Penal
- EA: Estatuto de Autonomía
- LECrím: Ley de Enjuiciamiento Criminal
- LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial
- STC: Sentencia del Tribunal Constitucional
- STS: Sentencia del Tribunal Supremo
- STEDH: Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
- TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos
- UCO: Unidad Central Operativa de la Guardia Civil
- UDYCO: Unidad de Droga y Crimen Organizado de la Policía Nacional

I. JUSTIFICACIÓN DEL TEMA ELEGIDO

La sociedad moderna se caracteriza fundamentalmente por una creciente globalización y un desarrollo tecnológico que fomenta directamente la transformación de las organizaciones criminales, volviéndose estas cada vez más complejas, sofisticadas y peligrosas. Las organizaciones que se dedican al crimen organizado desarrollan multitud de actividades delictivas, siendo las más habituales las relativas al terrorismo, tráfico de especies de flora o fauna amenazada, el tráfico de drogas, armas o de municiones o explosivos, trata de seres humanos, delitos contra la salud pública, delitos de falsificación de moneda y delitos contra el patrimonio histórico, que dada su peligrosidad y relevancia no sólo afectan a la seguridad de la población y al orden público, sino también pueden tener un efecto negativo en la economía y la cohesión social que tantos años de esfuerzo nos ha costado conseguir.

En este contexto, la utilización de agentes encubiertos se ha convertido en una herramienta importante en la lucha contra el crimen organizado, permitiendo a las fuerzas de seguridad penetrar en estas organizaciones y obtener pruebas que de otro modo no podrían conseguir. La eficacia de un agente encubierto radica en la capacidad de integrarse en el entorno criminal y recopilar información relevante para dismantelar redes criminales complejas y bien organizadas.

La relevancia de la actuación de los agentes encubiertos en la sociedad moderna es clara en distintos aspectos, tales como que la delincuencia tecnológica y digital han permitido el surgimiento de nuevas formas de delincuencia, como el uso de las redes sociales, la Dark Web y las criptomonedas, dando lugar a que la presencia de actividades encubiertas en el dominio digital sea igualmente determinante para detectar y neutralizar estas amenazas.

Además, la globalización ha permitido que las organizaciones criminales operen a nivel transnacional, lo que requiere cooperación internacional y capacidades encubiertas que puedan adaptarse a diferentes contextos culturales y legales.

Las crisis económicas y sociales, como las provocadas por la pandemia de Covid-19, han aumentado la vulnerabilidad de ciertos grupos sociales y han sido aprovechadas por el crimen organizado para ampliar sus operaciones, haciendo necesaria la entrada de agentes encubiertos a estos entornos para evitar la explotación. y el comercio ilegal.

Las actividades delictivas organizadas son realmente complejas debido a que se componen de estructuras herméticas, organizadas mediante una estructura jerárquica, además de la diversificación de sus actividades y el uso de la violencia y la corrupción como medios para proteger sus intereses, lo que crea importantes desafíos para reunir pruebas y dismantelar estas organizaciones.

Resulta extremadamente importante garantizar que un agente encubierto deba equilibrar su función de investigación con el respeto a la integridad del proceso penal y a los derechos del investigado, evitando provocaciones innecesarias que puedan llevar a las personas que estén siendo investigadas a cometer un delito, debiendo garantizarse este equilibrio mediante el análisis de la legitimidad durante todo el proceso penal y garantizando que el proceso penal sea justo y conforme a Derecho como se analizará en el presente trabajo.

En resumen, aunque el medio de investigación del agente encubierto en el proceso penal resulte un medio poco utilizado en la práctica (incluso calificado en numerosas ocasiones como un medio extraordinario de investigación debido a las grandes confrontaciones de derechos que se producen por su aplicación) resulta innegable su enorme trascendencia jurídica y operativa debido a que existen determinados tipos delictivos que, sometidos a determinadas características de los sujetos activos y del entorno social conllevan una gran complejidad para realizar su investigación y obtener medios probatorios suficientes que puedan utilizarse en un posterior juicio oral con el fin de desarticular la organización criminal en cuestión y conseguir una sentencia condenatoria, o incluso para poder prevenir el desarrollo de futuras actividades delictivas sin que sea posible la utilización de otro medio de investigación diferente que resulte menos gravoso para los derechos de los investigados, para el propio sistema judicial y para el agente que se infiltra en la organización sin dejar escapar toda la información que se necesita para cumplir con los fines de la investigación. Es por ello que la ley recoge de forma meticulosa todos los requisitos y presupuestos procesales que deben concurrir en el caso concreto para adoptar la utilización del presente medio de investigación objeto de estudio en el presente trabajo.

II. METODOLOGÍA UTILIZADA

Para realizar el presente trabajo he utilizado diferentes herramientas para obtener la información, tales como la propia legislación vigente en nuestro país que regula la materia, un análisis jurisprudencial de sentencias relevantes que facilitan la comprensión del texto legal, diferentes artículos de juristas con reconocido prestigio en los que aportan nuevos datos y fundamentos a este medio de investigación extraordinario, aportaciones de propios policías que realizan el trabajo directo de infiltrar a agentes encubiertos en operaciones reales e informes del Ministerio Fiscal, todo ello con el objetivo de poder tratar el tema del agente encubierto como medio de investigación en el proceso penal desde diferentes puntos de vista del sector jurídico para poder reflejar en el trabajo una visión generalizada y lo más ajustada posible a la realidad.

Se puede considerar el presente Trabajo Fin de Grado como una revisión de aportaciones bibliográficas sobre un tema de interés social, valorando la analítica generalizada en los diferentes medios expuestos anteriormente, pudiendo realizar una crítica a algún apartado relevante del trabajo con el objetivo de facilitar su comprensión y dar voz a profesionales que trabajan con esfuerzo para conseguir mejoras en un tema de gran relevancia mediática e importancia cuando es utilizado en el proceso penal.

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

1. EL CONCEPTO DE AGENTE ENCUBIERTO E INFILTRACIÓN POLICIAL

Antes de adentrarnos a desarrollar el estudio de la figura del agente encubierto debe hacerse una clara distinción entre los conceptos del agente encubierto y la infiltración policial.

El agente encubierto es una figura procesal consistente en la infiltración de aquel que para obtener una información que no es de acceso general y resulta determinante para un fin justificado, actúa bajo una identidad falsa con el propósito de establecer un canal de comunicación con las personas que supuestamente puedan proporcionarla, estableciendo para ello una simulada relación de confianza.

En esta línea resulta relevante puntualizar que la infiltración policial es una técnica utilizada por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (miembros de la Policía Nacional y de la Guardia Civil) y por los agentes de policías autonómicas si tienen competencias como Policía Judicial (únicamente poseen dichas competencias las policías autonómicas de Cataluña, País Vasco y Navarra¹).

para combatir la delincuencia organizada, mediante la inserción de agentes encubiertos en grupos criminales con el objetivo de obtener información, recopilar pruebas y dismantelar estas organizaciones.

Este medio de investigación criminal se aplica exclusivamente en el contexto de la "delincuencia organizada", la cual implica la asociación de tres o más individuos para llevar a cabo de manera continua o repetida actividades con el objetivo de cometer alguno de los siguientes delitos: secuestro de personas; prostitución; ciertos delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico; delitos contra los derechos de los trabajadores; tráfico de especies de flora o fauna amenazada; tráfico de material nuclear y radiactivo; delitos contra la salud pública; delitos de falsificación de moneda; tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos; delitos de terrorismo; y, finalmente, delitos contra el patrimonio histórico (art. 282-bis.4 LECrim)

¹ Respecto a Cataluña así lo prevé el art.13 de su EA y los arts.13 a 15 Ley 10/1994, de 11 de julio sobre la Policía de la Generalitat. En País Vasco se regula en el art.17 EA y arts.112 a 115 Ley 4/1994, de 17 de julio de Policía del País Vasco y en Navarra se encuentra regulado en el art.51 Ley 13/1982, de 10 de agosto y en los arts.16 y 19 de la Ley Foral 23/2018, de 19 de noviembre, de las Policías de Navarra.

La figura del agente infiltrado se introdujo formalmente en la legislación española a través de la Ley Orgánica 5/1999 a través de la materia investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves. Sin embargo, en la práctica la jurisprudencia del Tribunal Supremo ya había reconocido la utilización de agentes encubiertos en múltiples decisiones judiciales, estableciendo un precedente importante en la lucha contra la delincuencia organizada en nuestro país.

El concepto de delincuencia organizada se caracteriza por su opacidad, flexibilidad, capacidad de adaptación y de recuperación, así como en ocasiones de operativa transnacional. Es capaz de desestabilizar los pilares políticos, económicos y sociales de los Estados mediante actuaciones que generen inseguridad generalizada en la población².

La actuación del agente encubierto se basa en el engaño y en el abuso de confianza por parte del Estado hacia los sujetos que se encuentran investigados durante el proceso de instrucción del proceso penal. No solo se oculta la condición de policía del agente infiltrado, sino que también se le proporciona una identidad falsa que le permita ganarse la confianza de los miembros de una organización criminal para poder obtener la información relevante.

Además, por un lado implica la tolerancia y la participación en delitos por parte del Estado, puesto que se retrasa la respuesta pública ante la evidencia de actividades aparentemente delictivas, y por otro lado, el agente infiltrado, de manera consciente o no, puede verse involucrado en la comisión de ciertos delitos.

El concepto de agente encubierto es el instrumento material que encarna la infiltración policial en la fase de instrucción del proceso penal y tan solo será útil cuando no exista otro medio menos gravoso posible, tanto para la investigación como para el investigado³.

² Departamento de Seguridad Nacional. Seguridad Nacional, un proyecto compartido, de <https://www.dsn.gob.es/es/sistema-seguridad>

³ EXPÓSITO LÓPEZ, L., *El agente encubierto*, Revista de Derecho UNED, 2015, p.257.

2. PRESUPUESTOS LEGALES

2.1. Requisitos legales

La utilización del medio del agente encubierto supone una intromisión importante en la esfera privada de los sujetos investigados, e incluso en ocasiones conlleva una restricción de los derechos fundamentales de los mismos, por lo que su adopción como medio de investigación está condicionada a unos requisitos legales estrictos⁴.

Tales presupuestos legales están amparados bajo la concurrencia de distintos principios que rigen el proceso penal que se exponen a continuación, atendiendo todo caso a la interpretación que deberá realizar el juez instructor del caso o en su defecto el Ministerio Fiscal dando cuenta inmediata a este, en los casos que señala el artículo 282 bis LECrim. En concreto, la conducta del agente se justificará si resulta necesaria y proporcionada a los fines de la investigación, y si además no supone una provocación al delito⁵.

Resulta relevante aclarar que la utilización del presente medio de investigación requiere que previamente se haya iniciado el proceso penal, concretamente se inicia en el momento en que el órgano judicial competente para conocer la instrucción dicte el auto que abra la instrucción. Esta resolución tan solo puede dictarla el juez cuando tenga conocimiento de la comisión de la denominada *notitia criminis* (hecho aparentemente delictivo), que como es muy habitual en los casos en que es posible que se solicite la utilización de la medida de investigación del agente encubierto, la propia Policía Judicial aporta al juez de instrucción dicha información que determina la mencionada *notitia criminis*, previamente a solicitar la adopción de la medida, o incluso puede caber su solicitud simultánea, es decir, que al juez de instrucción se le aporte una información que contenga unos hechos aparentemente delictivos que puedan justificar el inicio del proceso penal y a su vez, sea necesario igualmente adoptar la medida de investigación que se estudia en el presente trabajo.

Dicho auto judicial que abre la investigación será un auto incoación de diligencias previas si se trata de un procedimiento abreviado o, un auto de incoación del sumario si lo que se abre es un procedimiento ordinario por delitos graves, que atendiendo a la naturaleza de los tipos delictivos que encajan en el artículo 282 bis.4 LECrim, y siendo la pena en abstracto de la

⁴ MONTÓN REDONDO, A. y BARONA VILLAR, S. *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*, 9.^a ed, Tirant Lo Blanch, 2000, p. 207-209.

⁵ GASCÓN INCHAUSTI, F., *Derecho Procesal Penal*, 2023, p. 187.

mayoría de los delitos mencionados mayor a nueve años de prisión, debe indicarse que será más común la iniciación del proceso penal mediante el auto de incoación del sumario a través del procedimiento ordinario por delitos graves atendiendo al artículo 757 LECrim en su sentido inverso.

Puede señalarse con cierto interés para el estudio del momento en que se inicia el proceso penal que, la propia Policía Judicial cuando tiene conocimiento de un hecho aparentemente delictivo está obligada a efectuar las primeras diligencias policiales para comprobarlo y tratar de delimitar su alcance, debiendo confeccionar el correspondiente atestado policial (art.292 LECrim) en el que presenta la apariencia del delito, relatando el hecho punible y las diligencias practicadas para poder identificar al menos a un autor conocido, para lo que desde la reforma de 2015 del artículo 284.2 LECrim, la policía puede conservarlo hasta que proceda a la identificación del autor conocido a menos que se trate de delitos contra la vida, que se practique otra diligencia después de setenta y dos horas desde la apertura del atestado con resultado positivo o que, simplemente el MF o autoridad judicial solicite la remisión.

El principio de especialidad recogido en el artículo 588 bis a. LECrim es uno de los principios rectores del proceso penal y exige que una medida de investigación esté relacionada con la investigación de un delito concreto, sin embargo, en el caso del agente encubierto en la práctica no siempre se cumple debido a que en el momento de decidir si utilizar esta medida pueden existir evidencias de la existencia de una organización criminal que opere realizando actividades ilícitas pero no sea posible determinar de qué ilícitos penales se tratan debido a que se necesita una investigación más profunda y detallada. Es por tanto, el presente medio de investigación una excepción en la que no opera siempre el principio de especialidad del proceso penal.

Con posterioridad al inicio del proceso penal, se debe atender a los siguientes requisitos para que la adopción de la medida de investigación del agente encubierto se encuentre justificada:

1) Que se trate de investigaciones que afecten a actividades de la delincuencia organizada.

Debido a la prematura fase de investigación en la que se encuentran las actuaciones al momento de determinar la posible utilización del medio de investigación pertinente, es suficiente con

que de las actuaciones que puedan dar lugar a la comisión de un delito se desprendan indicios racionales de la comisión de un delito propio de la delincuencia organizada⁶.

Para poder determinar la veracidad de estos indicios racionales es necesario que la información sobre ellos sea lo suficientemente fiable y concreta para investigar el entorno delictivo en el que en un futuro pueda introducirse al agente infiltrado⁷. Este trabajo debe aportarlo el propio cuerpo policial encargado de la investigación al juez instructor competente, mediante la elaboración de los informes necesarios donde expondrán los indicios que acrediten que se trata de una organización delictiva para justificar la solicitud de esta medida conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad⁸.

El artículo 284 bis.4 LECrim establece los requisitos necesarios para poder determinar la existencia de organización delictiva:

“1.º La asociación de tres o más personas.

2.º Actividad permanente o reiterada.

3.º Realización de alguno o algunos de los delitos enumerados taxativamente en el apartado cuarto del precepto”

2) Que la finalidad de la medida sea la obtención de elementos probatorios para la investigación que no puedan obtenerse por otro medio.

Debido a la excepcionalidad de la medida de investigación en cuanto a ser un mecanismo de investigación severamente lesivo para los derechos fundamentales del investigado, debe ser el único medio posible para descubrir la actividad probatoria que posteriormente se practique en juicio oral.

3) Que haya necesidad y proporcionalidad conforme a los fines de la investigación.

El legislador al señalar que la medida será adoptada “teniendo en cuenta su necesidad a los fines de la investigación” significa que no se puede recurrir a ella en los casos en los que sea

⁶ STS Sala 2.ª, núm. 843/ 2007, de 25 de enero; STS Sala 2.ª, núm. 7815/2007, de 15 de noviembre.

⁷ GASCÓN INCHAUSTI, F., *Derecho Procesal Penal*, 2023, p.123.

⁸ GASCÓN INCHAUSTI, F., *Derecho Procesal Penal*, 2023, p.32 y 33.

posible alcanzar los mismos fines mediante un mecanismo de investigación menos lesivo de los derechos y libertades fundamentales del investigado⁹.

La implementación de la figura del agente encubierto se producirá cuando sea necesaria, por lo que se debe considerar que este medio de investigación deba ser necesario para alcanzar los fines de la actuación. Esta necesidad de adopción del medio debe ponerse en relación con la idea de que se deben haber agotado las alternativas de utilización de otras técnicas de investigación menos lesivas de derechos y garantías¹⁰. Es posible que no se utilice este medio de investigación si existe otro menos dañino que permita alcanzar la misma finalidad. Por otra parte, el agente encubierto desempeñará su función investigadora siempre “que sea proporcional a los fines que se pretenden alcanzar con ella”, atendiendo al artículo 282 bis LECrim.

4) Que la actuación esté sometida al principio de control judicial o del MF.

Este principio guarda una estrecha relación con un requisito indispensable para adoptar la medida de investigación del agente encubierto y para que las actuaciones que desempeñe el agente tengan valor probatorio en fase del juicio oral y prevenir que se pueda incurrir en “la teoría de los frutos del árbol envenenado”. La doctrina extendida en nuestro sistema jurídico en virtud de STC 81/1998, de 2 de abril refleja que cuando una prueba se haya obtenido de manera ilegal, no podrá ser utilizada en contra de cualquier persona durante el proceso judicial. A través de la obtención de la prueba nula, todas aquellas que estén viciadas directa o indirectamente o por cualquier conexión deberán considerarse igualmente nula. Un ejemplo interpretativo sería cuando la policía realiza una interceptación de los teléfonos de unos investigados sin cumplir los requisitos legales para su adopción y en una llamada descubren que el investigado se auto inculpa de un crimen que presuntamente ha cometido. En este caso, la llamada telefónica no tendría valor probatorio puesto que el medio a través del cual se ha descubierto es ilícito.

En virtud del caso Smith y Grady contra el Reino Unido, Sentencia No. 96/1998, 27 de septiembre de 1999, Tribunal Europeo de Derechos Humanos: “*Esta sala ha tenido ocasión de pronunciarse en numerosas ocasiones sobre los presupuestos de validez de la figura del agente*

⁹ GASCÓN INCHAUSTI, F., *Derecho Procesal Penal*, 2023, p.131.

¹⁰ EXPÓSITO LÓPEZ, L., *El agente encubierto*, Revista de Derecho UNED, 2015, p. 259-266.

encubierto y acerca de los límites para impedir la desnaturalización de esa diligencia, provocando como indeseable efecto una verdadera provocación al delito”¹¹.

Como se ha expuesto anteriormente, la Policía Judicial es el organismo que inicia la investigación de una presunta perpetración de una actividad delictiva y, una vez comprobada la veracidad de la información y de las circunstancias del caso y de los investigados, el propio cuerpo policial debe realizar los informes necesarios donde detallar la información de la que disponen para solicitar al órgano competente el establecimiento de la medida de investigación de agente encubierto si estima que concurren los requisitos y principios referidos.

En virtud del artículo 11.1 LOPJ se deberán respetar las reglas de buena fe en todo tipo de procedimiento, y en su defecto no surtirán efecto las pruebas obtenidas violentando los derechos o libertades fundamentales.

Por lo tanto, el Juez de Instrucción no puede acordar la autorización de la investigación si no se desprenden suficientes indicios de actividad organizativa delictiva sobre los delitos enumerados en el art.282 bis LECrim cometidos presuntamente en el ámbito de una organización criminal conforme a lo establecido en el art.282 LECrim.

Del art.282 bis.1 LECrim se pueden deducir dos posibles escenarios de autorización:

- Autorización del Juez de Instrucción.
- Autorización del Ministerio Fiscal, dando cuenta inmediata al juez.

2.2. Sujetos legitimados para acordar la medida de investigación

La legitimidad para autorizar el presente medio de investigación es compartida, debido a que puede autorizarlo tanto el Juez de Instrucción como el Ministerio Fiscal (con la peculiaridad que se estudiará a continuación):

A) El Juez de Instrucción

Una vez se haya obtenido la referida autorización, la Policía Judicial actuará bajo la dirección del Juez de Instrucción en el ámbito de la investigación preliminar¹².

Parece desprenderse del sentido literal del art.13 LECrim que la propia Policía Judicial tan solo puede actuar con total autonomía bajo su ámbito de competencia para poder llevar a cabo las

¹¹ STS Sala 2ª, de 28 de junio de 2013, recurso núm 11276/2012.

¹² EXPÓSITO LÓPEZ, L., *El agente encubierto*, Revista de Derecho UNED, 2015, p.267-268.

investigaciones que considere pertinentes para prevenir una actividad delictiva durante el transcurso de las diligencias de prevención y de las diligencias de comprobación que puedan producirse tras la recepción de una denuncia sobre otra actividad delictiva ya consumada y por tanto basado en un modelo de reacción policial, de forma previa a la emisión del correspondiente atestado policial y presentación de la referida autorización del Juez de Instrucción o del Ministerio Fiscal¹³.

La autorización judicial o del MF permite a la Policía Judicial establecer un plan de actuación entre sus funcionarios para llevar a cabo la investigación policial y poder actuar bajo identidad supuesta y adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos (art.282 bis LECrim). Esta autorización deberá revestirse mediante un auto judicial, permitiendo la ley únicamente la autorización expresa para llevar a cabo dichas actuaciones.

Se debe tener en cuenta desde el primer momento de la investigación ante qué presunto delito se puede encontrar la propia Policía Judicial pues, atendiendo a las normas de competencia es posible que la solicitud de la autorización judicial se deba presentar ante los Juzgados Centrales de Instrucción si los delitos que son base de la investigación son delitos de terrorismo (art.65.1a) LOPJ), de falsificación de moneda (art 65.1. b) LOPJ) o de tráfico ilícito de estupefacientes con carácter organizado de dichas actividades delictivas¹⁴.

El control judicial se inicia desde el momento en que el Juez de Instrucción dicta el auto de autorización y se mantiene durante todo el cauce de la fase de instrucción en la que se mantiene la actividad del agente encubierto, tal y como indica el art.282.1 bis: *“La información que vaya obteniendo el agente encubierto deberá ser puesta a la mayor brevedad posible en conocimiento de quien autorizó la investigación”*.

Como se puede apreciar en los fundamentos de derecho del Auto del Procedimiento Sumario 001/2020 del Juzgado de Instrucción N°2 de Granada, que acuerda la adopción de la diligencia de investigación solicitada por el Ministerio Fiscal prevista en el artículo 282 bis LECrim referida a la actuación de un agente encubierto de la UCO con el fin de acercarse a los grupos salafistas de la Mezquita del Albayzín para corroborar el contenido de las charlas que se producen en el interior de la Mezquita de la que tiene conocimiento la Guardia Civil, el Juez

¹³ ORTELLS RAMOS, M., *Problemas de contenido y delimitación de las fases del proceso abreviado (diligencias previas, fase intermedia, juicio oral)*, Comares, Granada, 1997, p.108.

¹⁴ RIFA SOLER., *El agente encubierto o infiltrado en la nueva regulación de la LECrim*, Revista del Poder Judicial núm. 55, 1999, p.157 y ss.

de Instrucción asienta las bases jurídicas de su decisión en el artículo 311 de la LECrim que exige que el Juez de Instrucción practique las diligencias de investigación que le soliciten las partes cuando las considere de utilidad para la investigación, además del ya mencionado artículo 282 bis de la LECrim.

B) El Ministerio Fiscal

El Ministerio Público también se encuentra legitimado para llevar a cabo diligencias de actuación, tal y como recoge el artículo 5.2 de Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (...) *el Fiscal puede llevar a cabo diligencias para el esclarecimiento de los hechos puede por sí mismo ordenar aquellas diligencias para las que esté legitimado según la Ley de Enjuiciamiento Criminal (...)*

El artículo 282 bis LECrim obliga a dar cuenta inmediata al juez, que es quien realmente permitirá en un futuro la actuación porque, es posible que una vez el Juez de Instrucción reciba el decreto del MF decida que no procede la actuación y mediante el correspondiente auto denegará la autorización emitida previamente por el Ministerio Fiscal. La Ley debería haber otorgado únicamente al Juez de Instrucción la facultad de autorizar la actuación del agente encubierto en cada caso específico. Esto se justifica por varias razones fundamentales, entre las cuales se encuentra el principio de oportunidad reglada. Además, la autorización que la ley requiere debe ser mediante resolución motivada, y solo el Órgano Jurisdiccional tiene la competencia para otorgarla. No tiene sentido alguno que se le exija esta motivación al Juez y no al Ministerio Fiscal, especialmente cuando se permite que el agente infiltrado pueda realizar actos delictivos de los que se le exime de responsabilidad penal. Añadir que, el órgano verdaderamente imparcial es el Judicial. Aunque el Ministerio Fiscal tiene consagrada su imparcialidad constitucionalmente, dentro del proceso penal podría mantener una posición de parte acusadora y defensora del interés público, que no parece ser del todo imparcial¹⁵.

Por lo tanto, estas diligencias de investigación están condicionadas a que el Ministerio Fiscal ponga en conocimiento del Juez de Instrucción las circunstancias del caso y los motivos por los que ha procedido a emitir dicha autorización mediante el correspondiente decreto motivado, con el fundamento de preservar la garantía procesal que determina que el órgano competente

¹⁵ NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., *La investigación penal por el Ministerio Fiscal: argumentos a favor*, Estudios Jurídicos Ministerio Fiscal VI, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia (Madrid), 2018, p. 134.

para llevar a cabo la instrucción en el proceso penal en nuestro sistema jurídico es el Juez de Instrucción.

Tal y como expone GASCÓN INCHAUSTI, *“es compatible con la Constitución una autorización no judicial (la realizada por el Fiscal) limitativa de los derechos fundamentales, siempre que se prevea un control judicial posterior de dicha autorización”*.

En el momento de la apertura formal del proceso penal concluye la investigación del Ministerio Público, porque supone el límite de la competencia de práctica de diligencias previas a su incoación (art.785 bis.3 LECrim).

2.3. Forma y duración de la autorización

La autorización puede revestir en forma de auto si es el Juez de Instrucción quien la emita, o en forma de decreto si la realiza el Ministerio Fiscal, con la condición de que de cuenta inmediata al juez.

El reconocido jurista DELGADO MARTÍN señala que el contenido de la autorización puede contener distintas formas de control jurisdiccional:

- Establecimiento de un responsable superior jerárquico de agente infiltrado que, se encargue de dar traslado a la autoridad judicial de la información que vaya proporcionando la investigación, denominado como vía de control.
- Delimitando periodos de duración del medio de investigación atendiendo a posibles prórrogas si son necesarias, que se acordarán mediante una nueva resolución que solicite de nuevo la ampliación de la duración de la autorización inicialmente acordada, pudiendo ser de nuevo aprobada por la autoridad judicial o denegada atendiendo a los principios de proporcionalidad y necesidad del medio utilizado¹⁶.

En todo caso la resolución debe ser fundada y reservada, incluyendo los indicios que evidencian acordar el presente medio de investigación por la comisión de una actividad delictiva organizada del artículo 282 bis LECrim.

Debido a la naturaleza de carácter público de los autos para las partes personadas en el proceso penal, es necesario ocultar la identidad del agente para preservar su seguridad proporcionando

¹⁶ EXPÓSITO LÓPEZ, L., *El agente encubierto*, Revista de Derecho UNED, 2015, p.273.

un código de identificación a efectos de la tramitación judicial y una posible comparecencia al juicio oral en calidad de prueba testifical.

El contenido del auto o decreto versará sobre

- Las actividades delictivas que se hayan cometido y sean el ámbito de actuación del agente encubierto, propias de la delincuencia organizada (art.282 bis.1 LECrim), especificando el delito concreto que da vía a acordar el medio de investigación (art.284 bis.4 LECrim).

- Plazo de duración de la medida (inicialmente 6 meses prorrogables)

- Identificación del investigado que se presenta como la base de la investigación.

- Facultades que pueda desarrollar el agente infiltrado (artículo 282 bis.1 LECrim), tales como “actuar bajo identidad supuesta” (para lo que el Ministerio de Interior le proporcionará una documentación falsa con la que trate de engañar al entorno donde se infiltre con el fin de contar con su confianza y obtener las pruebas necesarias para proceder a su imputación), “adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito” (con el fin de dotar de mayor credibilidad su actuación, pudiendo especificar la autorización los límites de la actuación del agente encubierto hasta el desarrollo de la libre voluntad del sujeto sin alcanzar el grado de inducción a cometer el delito).

En cuanto a la duración de la autorización se debe tener especial atención al principio de proporcionalidad de las actuaciones debido a que una excesiva duración de estas medidas de investigación puede generar una actuación desproporcionada, puesto que cuanto mayor tiempo infiltrado permanece el agente, mayor es el engaño que está realizando a la organización criminal y por lo tanto, más se lesiona el derecho a la intimidad de sus integrantes¹⁷.

Cuanto mayor sea la duración de la actuación del agente encubierto mayor será también el riesgo al que se enfrente este porque a mayor tiempo infiltrado es más fácil cometer errores que puedan filtrar su condición de agente de Policía Judicial. El lapso de tiempo será el mínimo necesario para cumplir con la finalidad de la investigación, siendo fijado un plazo mínimo de un mes como señala GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO¹⁸ debido a la complejidad y excepcionalidad de la operación, debe perdurar un tiempo razonable para justificar un

¹⁷ GASCÓN INCHAUSTI, F., *Derecho Procesal Penal*, 2023, p. 138.

¹⁸ GÓMEZ DE LIAÑO, J. M., y FONSECA HERRERO, M., *Manual del agente encubierto en la investigación criminal*, Colex, 2012.

despliegue tan complejo por parte de la Policía Judicial ya que se necesita desde un análisis detallado del entorno de actuación, como de una completa red de agentes que cubran la seguridad y den credibilidad a la presente actuación del agente, así como de los procesos burocráticos necesarios para poder alcanzar la licitud de las actuaciones.

Debe señalarse que la fase de instrucción durante el proceso penal está sujeta a ciertos plazos que, en términos generales, tienen un límite de duración. Según el artículo 324 LECrim, esta fase tiene como regla general un plazo máximo de seis meses para los casos que no son de extrema complejidad, si bien es cierto que el plazo de instrucción se puede extender hasta los dieciocho meses. No obstante, estos plazos no son inflexibles porque el Juez de Instrucción tiene la facultad de prorrogar la fase de instrucción si existen razones justificadas que lo requieran, como la complejidad del caso o la necesidad de realizar diligencias adicionales, pudiendo alcanzar incluyendo todas las prórrogas hasta los tres años si así se justifica en cada una de ellas, atendiendo igualmente al principio de proporcionalidad.

La prórroga de la duración de la autorización debe ser motivada, tal y como se desprende de la STC núm. 197/2009, de 28 de Septiembre en su fundamento jurídico 4º, es una exigencia impuesta por el derecho fundamental recogido en el artículo 18.3 CE, debiendo contener “todos los elementos indispensables para realizar el juicio de proporcionalidad y hacer posible su control posterior, en aras del respeto del derecho de defensa del sujeto pasivo de la medida”¹⁹.

Por lo tanto, el límite máximo permitido de una actuación de un agente encubierto se ceñirá en todo caso al límite establecido durante el periodo de instrucción del caso concreto, pudiendo ampliarse el límite máximo de los seis meses iniciales con sucesivas prórrogas si se respetan los principios expuestos anteriormente.

Considero que se debe atender siempre al caso concreto, puesto que existirán actuaciones que requieran una compleja preparación del agente encubierto (aunque pueda ser formado y preparado por la policía en ocasiones con antelación a la propia autorización para que pueda llevar a cabo las actuaciones de investigación) que retrasen el inicio de las actuaciones necesarias para los fines de la investigación y por ello se necesite un periodo más prolongado de la fase de instrucción del proceso penal.

¹⁹ STC núm. 299/2000, de 11 de diciembre.

IV. ÁMBITO DE ACTUACIÓN DEL AGENTE ENCUBIERTO. PROPUESTAS DE SU AMPLIACIÓN

La figura del agente encubierto es una herramienta esencial para salvaguardar la seguridad del Estado, especialmente en la lucha contra las formas más graves de delincuencia, ya sea en el contexto de un proceso penal o frente a las amenazas que ponen en peligro su existencia, tal como se indica en la planificación anual realizada por el Gobierno para los servicios de inteligencia.

En diciembre de 2022 se propuso sin éxito un anteproyecto de Ley Orgánica para reformar el artículo 282 bis LECrim con el propósito de ampliar la regulación de la figura y establecer un ámbito de aplicación más transparente puesto que el presente artículo establece que la medida de agente encubierto solo puede adoptarse en casos de delincuencia organizada, específicamente para los delitos enumerados en el apartado 4 del mismo artículo, siendo el concepto de delincuencia organizada utilizado en la LECrim obsoleto que de alguna manera fue creado en un momento histórico en el que no existía una definición legal de una organización criminal como la actual. Además, la restrictiva lista de delitos a los que se puede aplicar esta medida deja margen para la impunidad en delitos no incluidos en dicha lista, como aquellos cometidos por grupos criminales, delitos de terrorismo perpetrados por actores individuales, como los llamados "lobos solitarios" en relación con atentados terroristas perpetrados de forma individualizada por personas instadas por el Estado Islámico ocurridos en los últimos años²⁰.

Tal y como reprocha JOAQUÍN GADEA FRANCÉS, la actual regulación deja a los agentes en una situación de desprotección desconcertante, considerando la importancia de su labor para la seguridad nacional, siendo desalentador observar cómo se ignoran o subestiman medidas para proteger la identidad del agente, como ocultarlos de la vista del acusado o distorsionar su voz. Este trato injusto e inapropiado hacia quienes asumen riesgos tan significativos demanda una intervención urgente.

Resulta evidente que el agente encubierto desempeña un papel crucial en la lucha contra la delincuencia más grave y en la protección de nuestra sociedad, pero la regulación actual puede parecer en ocasiones insuficiente y necesita una reforma de urgencia.

²⁰ GADEA FRANCÉS, J., *El Agente Encubierto: tres razones para modificar su regulación actual*, 2023.

Es por ello que considero relevante realizar una comparación de la regulación de la materia con ordenamientos jurídicos de otros Estados, con el fin de poder realizar un análisis crítico del ámbito de actuación y tratamiento que recibe la actuación del agente encubierto en nuestro país. COCCHINI compara la legislación española con la de Reino Unido, detectando una diferencia fundamental entre el tratamiento que ambas legislaciones refieren al modo de recabar pruebas: el artículo 282 bis LECrim en su párrafo cuarto indica un *numerus clausus* de formas de actuación, dejando fuera del paraguas jurídico diferentes delitos que podrían encajar en el ámbito de actuación del agente: el delito de financiación ilegal de partidos políticos (un delito de suma relevancia histórica en la sociedad española) o incluso otros de interés social como los delitos contra la Administración pública o contra la Administración de Justicia²¹. De hecho, no tiene mucha lógica que otros delitos con penas más leves como el robo y uso de vehículos del artículo 244 CP sí encajen en el ámbito de actuación del agente. Incluso en Reino Unido, el Estado se ha implicado tanto en combatir diferentes delitos de interés público cometidos por funcionarios en el desarrollo de sus actividades profesionales que incluso ha sido pionero en establecer una regulación que permita que el desarrollo de las actividades de investigación del agente encubierto sea de gran utilidad para su práctica en el futuro del proceso penal, destacando la *Regulation of Investigatory Powers Act -RIPA-* del año 2000.

Esta regulación (RIPA) permite la implementación de operaciones encubiertas en amplios supuestos relativos a la prevención y detección del crimen, en delitos relativos a la seguridad nacional e incluso para preservar el bienestar económico del Estado. Pero no tan solo destaca por su amplio ámbito de actuación, sino que el RIPA incluye una cláusula en su Sección 29 para cubrir las posibles lagunas del sistema legislativo y dotar a la actuación investigadora de una enorme eficacia práctica para el desarrollo de los fines de la investigación.

Por todo ello, sería conveniente establecer una ampliación al ámbito competencial del medio de investigación presente en cuanto a un mayor número de delitos que puedan ser investigados, incluyendo además los delitos de corrupción de funcionarios públicos que igualmente han aumentado exponencialmente en las últimas décadas en nuestro país, pero respetando en todo caso el *numerus clausus* del artículo 282 bis LECrim para asegurar que la medida continúe siendo de carácter excepcional y con un número amplio de requisitos estrictos que deban cumplirse para decidir su adopción.

²¹ COCCHINI, A., *La necesidad de las operaciones encubiertas como arma jurídica contra la corrupción (inter)nacional*, Revista Anales de Derecho, vol. 37, n. 1, 2019, p.14 – 21.

V. IDONEIDAD DEL AGENTE. FORMACIÓN Y ACTUACIÓN POLICIAL

Un agente encubierto es un funcionario de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (miembros de la Policía Nacional y de la Guardia Civil) o de las distintas policías autonómicas si tienen competencias como Policía Judicial, que de forma voluntaria accede a infiltrarse en el marco de una organización criminal (art.282 bis.2 LECrim).

El siguiente desarrollo de la actividad de los agentes encubiertos, así como su preparación y actuación es analizado desde el punto de vista del Cuerpo Nacional de Policía.

En este cuerpo policial, la UDYCO perteneciente a la Brigada Central de Estupefacientes dentro de la Policía Judicial es la unidad del cuerpo que solicita la presencia de este medio de investigación dado su ámbito de competencia enfocado en la lucha contra el tráfico de estupefacientes y el crimen organizado principalmente.

Si bien es cierto que es necesaria la colaboración de diferentes unidades y sectores de la Policía Nacional, como la CGI, con unas funciones algo ambiguas: *Captación, recepción tratamiento y desarrollo de la información de interés para el orden y la seguridad pública, así como la utilización operativa de la información, específicamente en materia antiterrorista en el ámbito nacional e internacional*²². Concretamente la CGI colabora en la preparación del entorno de actuación del agente infiltrado, desde el momento en que se detecta la posible actividad del grupo organizado procede a realizar las comprobaciones necesarias para obtener todos los datos relevantes para la futura investigación. No obstante, en ocasiones la CGI puede ser quien reciba una información que proceda de otros servicios secretos, “*sobre todo del servicio de inteligencia estadounidense (CIA) llegan a las entidades y cuerpos encargados de la lucha antiterrorista numerosas informaciones relacionadas con distintos datos sin verificar referidos a posibles atentados yihadistas en suelo español*”²³.

El Cuerpo Nacional de Policía trabaja intensamente y de forma hermética para preparar a los futuros agentes encubiertos. Cada agente encubierto es preparado para una operación en concreto, atendiendo a las circunstancias y dificultades del asunto en cuestión, pues la actuación del agente puede resultar muy diferente dependiendo del entorno en el que se vaya a realizar su infiltración: variando entre distintos territorios en nuestro país o incluso en otros

²² Real Decreto 400/2012, de 17 de febrero. (2012). Boletín Oficial del Estado, número 42, de 18 de febrero de 2012.

²³ SANJUÁN, I., *Operación Protector. La infiltración policial al descubierto*, Rosaméron, 2022.

Estados, el nivel de experiencia delictiva de la organización criminal, las relaciones de confianza que tengan los miembros de la organización entre ellos o el tipo de delito que se trate.

Tal y como expone el inspector IÑAKI SANJUÁN en su obra *Operación Protector. La infiltración policial al descubierto*, los candidatos a ser un agente infiltrado deben superar diferentes seguimientos y pruebas inverosímiles durante un periodo de entrenamiento duro e intenso en el que deberán demostrar sus altas capacidades físicas y cognitivas:

“Tu misión es que te abran una cuenta en esa sucursal sin presentar un documento de identidad”

“La prueba consistía en hacerse amigo del heredero de la fortuna, para lo cual contaba con un dossier muy completo de los movimientos de los últimos cinco días del objetivo. Una vez se hicieran amigos tendría una misión delicada: conseguir la clave de una caja fuerte que tenía en un apartamento de lujo que su padre compró hacía unos años y que utilizaba como lugar de reunión”.

“Tienes treinta minutos para asomarte por cualquiera de esas ventanas del edificio de viviendas”²⁴.

Las anteriores son algunas de las pruebas que los agentes de la CGI le hacen pasar al aspirante a ser agente encubierto en la obra basada en hechos reales de Iñaki Sanjuán, Inspector Jefe de la Policía Nacional y miembro de gran relevancia en la lucha contra el narcotráfico y terrorismo en nuestro país.

En cuanto a la preparación física, antes de actuar como un agente encubierto, el miembro de la Policía Nacional es sometido a un duro entrenamiento consistente en la superación de alguno de los distintos cursos de extrema exigencia para acceder a otras unidades como el GEO o el GOES.

La actuación del agente encubierto está dotada de la máxima seguridad para el propio agente, extremando las precauciones cuando este actúa con los investigados, mediante la elaboración previa de un plan meticuloso llevado a cabo por todo un equipo de la Policía Judicial. De hecho,

²⁴ SANJUÁN, I., *Operación Protector. La infiltración policial al descubierto*, Rosaméron, 2022.

el agente infiltrado nunca actúa en solitario pues, siempre sea posible se concretan lugares públicos o de fácil acceso donde concretar los encuentros y reuniones con los miembros de la organización criminal, hasta el punto de introducir en el entorno a otros policías armados de paisano para darle cobertura al agente²⁵.

La intención de la exposición es desvirtuar el pensamiento social de que el agente encubierto actúa solo y asumiendo el peligro que conllevaría el caso en que sea descubierto. Sin embargo, a pesar de realizar toda la preparación y elaboración de todo un equipo de cobertura es innegable que este medio de investigación presenta un alto riesgo para la seguridad del propio agente.

²⁵ SANJUÁN, I., *Operación Protector. La infiltración policial al descubierto*, Rosamerón, 2022.

VI. RESPONSABILIDAD CRIMINAL DEL AGENTE Y TRATAMIENTO POSTERIOR

1. COBERTURA DENTRO DEL ÁMBITO DE ACTUACIÓN NECESARIO

El ámbito de actuación del agente encubierto debe delimitarse en la propia autorización judicial revestida en forma de auto del Juez de Instrucción competente o en forma de decreto si lo emite el Ministerio Fiscal dando cuenta inmediata al juez. La actuación del agente encubierto quedará exenta de responsabilidad criminal siempre que esté amparada por una autorización judicial, por lo que la ley establece que *“quedará exenta 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 al delito”* (art.282 bis.5 LECrim). Se debe poner en relación con alguna de las causas de justificación previstas en el artículo 20 CP: la causa de justificación de responsabilidad penal de obrar en cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo (artículo 20.7 CP) e incluso encajaría en muchas ocasiones la causa de justificación de obrar en estado de necesidad (artículo 20.5 CP)²⁶.

El agente encubierto debe realizar las actividades que le sean necesarias para perseguir los fines de la investigación autorizada, mediante una actuación orientada al engaño de los integrantes de la organización criminal bajo su identidad falsa, siempre conforme al objeto de la autorización y respetando los límites establecidos como la no provocación del delito ni comisión de delitos en un momento anterior a la emisión de la autorización judicial, por lo ante este tipo de conductas debe valorarse la proporcionalidad de la actuación del agente encubierto durante el desarrollo de las operaciones necesarias para la investigación, y como indica ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS “esta clase de actuaciones a pesar de tener apariencia de delito, se desarrollan bajo el rol adoptado por el agente sólo durante la operación, siempre que sean necesarias para la desintegración total del entramado organizativo”²⁷.

El Derecho penal abarca una última posibilidad a la que podría acogerse el agente encubierto en caso de que el agente considere que su actuación se encuentre amparada por una causa de justificación errónea, es decir, a través de un error de prohibición contemplado en el artículo 14.1 CP, el agente encubierto alegue que era consciente de la prohibición de realizar la

²⁶ VALIÑO CES, A., *Dimensiones operativas y normativas en la lucha contra el crimen organizado, Perspectivas de Reforma*, .M Bosch, 2021, p.38 - 39.

²⁷ ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R., *El policía infiltrado*, Tirant Lo Blanch, 2010, p.394 – 396.

actividad delictiva, pero pensara mediante indicios objetivos y racionales que su conducta se justifica conforme a los fines perseguidos por la investigación, excluyendo su responsabilidad criminal si se tratara de un error invencible, o castigando la infracción como imprudente si fuera un error vencible²⁸.

Debe aclararse que la figura del agente encubierto no está encaminada a cometer ilícitos penales, sino que dicha actividad delictiva es un medio para dotar de credibilidad al agente y conseguir el fin de la integración en el entorno de la organización criminal. Dicha actividad puede suponer la lesión de derechos fundamentales de los investigados debido a que la relación de confianza es simulada puesto que los miembros de la organización no conocen la verdadera identidad del sujeto con quien se relacionan, y mucho menos su condición de miembro policial.

Un ejemplo evidente para aclarar lo anterior sería un supuesto en el que el agente es invitado a una casa de un investigado para mantener una reunión, pudiendo considerar que el consentimiento otorgado por el propietario está viciado debido al engaño producido por el agente, ya que si conociera su verdadera identidad seguramente no le permitiría entrar a su vivienda. Esta situación quedaría amparada por la exención de responsabilidad penal si consideramos la actividad necesaria para perseguir el fin objeto de la investigación, aplicando el principio de proporcionalidad²⁹. Sin embargo, no podría considerarse exenta de responsabilidad criminal la actuación de un agente encubierto referida a participar activamente en un tiroteo frente a miembros de otra organización criminal causando el resultado de muerte de otra persona por mucho que pudiera ser una muestra de otorgamiento de confianza y lealtad a la organización, debido a que el fin perseguido por la investigación tiene menos relevancia que la vida de una persona.

En consecuencia, para que la actuación del agente encubierto se encuentre amparada por la exención de la responsabilidad criminal es necesario dispensar de una autorización judicial, cumplir con los principios de proporcionalidad y oportunidad y que no se trate de un acto de provocación al delito.

²⁸ ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R., *El policía infiltrado*, Tirant Lo Blanch, 2010, p. 396 – 401.

²⁹ CARDOSO PEREIRA, F., *Agente encubierto y proceso penal garantista*, Tesis Doctoral U. Salamanca, 2012.

2. EL AGENTE PROVOCADOR Y EL DELITO PROVOCADO

El agente provocador es *“aquel que induce otro a cometer un delito que de otro modo no hubiese cometido y procede o informa sobre dicho delito”* ³⁰.

La jurisprudencia en nuestro país lo define como una construcción jurisprudencial, así como la STS núm.104/2019, de 27 de febrero establece las principales características de esta figura con el fin de diferenciarlo del agente encubierto.

En cuanto al agente provocador, la sentencia señala las diferencias fundamentales entre esta figura y el agente secreto. Mientras que un agente encubierto se infiltra profundamente en una organización criminal, un agente provocador no lo hace, sino que mantiene una conexión superficial con una organización o delito en particular. De hecho, el agente provocador, aunque oculta su identidad como policía, no hace uso de una identidad ficticia. En cuanto a la afectación de los derechos fundamentales de los sujetos pasivos, las acciones de un agente provocador se consideran menos dañinas que las de un agente encubierto porque el nivel de engaño es menor. Incluso los dos agentes persiguen finalidades distintas: el agente encubierto comete ilícitos penales como medio para obtener la información relevante para el caso, mientras que el agente provocador incita a un individuo a cometer un delito³¹.

Igualmente, el TEDH en su sentencia de 1 de marzo de 2011, señala que *“se considera que ha tenido lugar una incitación por la policía cuando los agentes implicados no se limitan a investigar actividades delictivas de una manera pasiva, sino que ejercen una influencia tal sobre el sujeto que le incitan a cometer un delito que sin esa influencia, no habría cometido”*.

En nuestra jurisprudencia se rechaza taxativamente la utilización de la técnica del agente provocador debido a la ruptura que presenta con nuestro sistema democrático y de Derecho, además de un sistema procesal penal garantista, en relación con los principios de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y legalidad³².

³⁰ Comisión Real Británica sobre el Crimen, 1928.

³¹ STS núm. 503/2021 de 10 junio.

³² GASCÓN INCHAUSTI, F., *Derecho Procesal Penal*, 2023, p.32.

3. LÍMITES DE LA ACTUACIÓN

El ámbito de actuación del agente encubierto se circunscribe a la delincuencia organizada, entendida como la asociación de tres o más personas cuya finalidad es cometer alguno de los delitos referenciados.

Si bien es cierto que la actuación de los agentes encubiertos ha generado mucha polémica a lo largo de la historia de nuestro país debido a los reproches morales que suscita en la sociedad el hecho que, un funcionario policial pueda entrometerse en la esfera privada de una organización criminal y pueda conocer y actuar las antípodas de esta, a la espera del momento necesario para actuar y proceder a su desintegración. Se debe considerar como un límite en todo caso que nunca podrá prevalecer el interés público de poner fin a la organización criminal mediante unas actividades pongan en peligro la vida o integridad física de las personas³³.

Igualmente resulta determinante ponderar de nuevo el principio de proporcionalidad con el desarrollo de la investigación para fijar el límite de esta. Dicho principio es imperativo fundamental para evitar que la actuación del agente encubierto se convierta en arbitraria o injustificada, atendiendo al fin constitucionalmente legítimo que autorizó la medida de investigación, a la idoneidad de la actuación para alcanzar los fines propuestos y la necesidad de actuar cometiendo nuevos hechos ilícitos por el agente³⁴.

A continuación, expondré diferentes casos ilustrativos con relevancia mediática en la sociedad española acontecidos en los últimos años. La investigación llevada a cabo en los años 70 mediante la infiltración de un agente español en la banda terrorista ETA, fue una de las más exitosas todavía a día de hoy, que consistió en la infiltración del agente encubierto “el Lobo” en la cúpula de esta organización terrorista con el fin de desarticular su cúpula organizativa y proceder a la detención de más de 150 miembros. Este caso demuestra hasta qué extremos se lleva a cabo la cobertura del agente, puesto que una vez finalizada la investigación el agente tuvo que someterse a operaciones de cirugía plástica para modificar su rastro facial debido a la peligrosidad a la que se enfrentaba después de haberse hecho pasar por un miembro de la cúpula de la organización y, ser conocido por los principales mandos de ETA, como dice IÑAKI SANJUÁN “*se puede proporcionar una nueva identidad, pero el rostro sigue siendo el mismo*”. Se debe puntualizar que esta infiltración del agente encubierto es previa a la

³³ ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R., *El policía infiltrado*, Tirant Lo Blanch, 2010, p.401 - 407.

³⁴ HOYOS SANCHO, M., *Abogacía y Proceso Penal*, Tirant lo Blanch, 2021, p.64.

regulación actual que se trata en el presente trabajo, e incluso es posible que “el Lobo” se tratara de un miembro real de ETA, al menos momentos antes de la infiltración, por lo que apenas comparten similitudes con la figura actual del agente encubierto, como medio de investigación en el proceso penal.

Otro caso reciente que generó polémica en la sociedad catalana fue la reciente infiltración que realizó la Policía Nacional mediante un agente encubierto en el movimiento okupa y anticapitalista independentistas en Barcelona durante los años 2020 y 2022, en el que el agente mantuvo relaciones sexuales con cinco mujeres que posteriormente presentaron querrela contra este alegando que se valió de su condición de agente para relacionarse con ellas y así obtener información sobre sus actividades presuntamente delictivas.

El Ministerio Fiscal se opuso a investigar este caso emitiendo un informe contundente en la materia, alegando que *“constituye una técnica de investigación policial dirigida a la prevención y castigo del delito de la que todos los servicios de seguridad hacen uso”* y de la que es necesaria la utilización *“del engaño y el uso de identidad supuesta”* para garantizar la *“confianza necesaria para la obtención de información”*. Además, el Fiscal no aprecia ningún indicio que pueda hacer pensar la existencia de un posible delito contra la libertad sexual de las querellantes que mantuvieron relaciones sexuales con el agente, puesto que aceptaron libremente, sin violencia ni intimidación.

En el presente caso no parece que el supuesto de engaño del policía pueda comprometer el consentimiento libre que otorgaron las mujeres porque no conllevaría un trato degradante por mucho que posteriormente se descubra un elemento de engaño, además el Ministerio Fiscal manifiesta que *“en el marco de las relaciones sexuales esporádicas, parece ilusorio que el agente pretendiera incumplir con su condición”*, por lo que tampoco encaja la pretensión alegada por estas acerca de que hizo uso de la cualidad de agente para mostrar una condición de superioridad.

Si bien es cierto que la actuación analizada puede ser moralmente reprochable a efectos de quien realice el juicio moral, más aún al tratarse de un ente público que actúa en un proceso penal garantista, pero resulta determinante indicar que no encaja en ningún tipo penal y en consecuencia, la actuación del agente encubierto sería lícita y conforme a nuestro ordenamiento jurídico, con el resultado que ello conlleva a efectos de medio de prueba en un hipotético juicio oral.

Por último, en Mayo del presente año, 2024 se hizo eco una noticia en la que otro agente encubierto se infiltraba en movimientos sociales en Madrid, y supuestamente amenazaba a un miembro de la organización mediante mensajes de textos. Si bien estamos ante un nuevo caso que puede ser moralmente reprochable pero la actuación del agente podría estar amparada presumiblemente por la exención de responsabilidad penal del artículo 282 bis.5 LECrim si se considera que las amenazas son necesarias para presionar a algún miembro de la organización con el fin de obtener información relevante para la investigación o, simplemente para dotar de mayor seguridad al agente si es un medio para ganarse la confianza del entorno.

4. EVENTUAL PROTECCIÓN DEL AGENTE COMO TESTIGO

La actuación del agente encubierto no siempre finaliza una vez finalizada la investigación, sino que puede ser considerado como testigo ante el consecuente juicio oral. Ante estos casos es preciso indicar que esta figura se encuentra amparada por la LO 19/1994, de protección a testigos y peritos en causas criminales cuando adquieran la condición de testigo.

El resultado de las investigaciones realizadas por el agente puede verse reflejado en su comparecencia en el juicio oral como prueba testifical ordinaria, garantizando las exigencias de publicidad o contradicción de cualquier declaración testifical. Para ello, la identidad real del agente encubierto siempre permanecerá en el anonimato cuando sean citados a declarar a través de un número registrado únicamente en archivos policiales, con el objetivo de preservar su derecho a la intimidad y garantizar la seguridad del agente más allá del procedimiento³⁵.

La ocultación de la verdadera identidad del agente no supone ninguna restricción del derecho de defensa del acusado debido a que es un dato carente de relevancia alguna para las partes más aún con la esencial característica de identidad supuesta del agente que se ha abordado a lo largo de este trabajo, que carecería de sentido alguno si fuera desvelada en el momento del interrogatorio durante el juicio oral, suponiendo que ningún policía judicial quisiera desempeñar dicho trabajo si no se le garantizara la seguridad mediante la ocultación de su identidad real³⁶. Ante las razones expuestas debe aplicarse al agente encubierto las medidas de protección previstas en la LO 19/1994.

³⁵ LÓPEZ BARRIA DE QUIROGA, *El agente encubierto en “La Ley” de 20 de abril de 1999*.

³⁶ DELGADO, M., *La criminalidad organizada*, p. 102-103.

VII. EL AGENTE ENCUBIERTO INFORMÁTICO

El enorme avance tecnológico producido en la última década ha generado un mundo interconectado digitalmente. Como consecuencia de este desarrollo tecnológico se han producido nuevos escenarios sociales tanto de carácter positivo como negativo. Ello supone innumerables beneficios para la sociedad, tales como una mayor facilidad para relacionarse con otras personas a través de las redes sociales, o la inclusión de la modalidad del teletrabajo, una medida que puede ayudar a la conciliación entre la vida familiar y laboral fomentada a raíz de la necesidad generada por el confinamiento como medida para hacer frente a la reciente pandemia del COVID-19.

Si bien es cierto que todos estos beneficios en la práctica para los ciudadanos han sido igualmente aprovechados por aquellos que deseen cometer actos delictivos, dando lugar a nuevas conductas delictivas generadas gracias a la sofisticación tecnológica y el anonimato que brindan las nuevas herramientas digitales a los criminales, dificultando todavía más el trabajo de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Las herramientas de encriptación, las plataformas en la Dark Web y las criptomonedas permiten a los criminales operar con mayor impunidad. SAMUEL VÁZQUEZ enfatiza *“la urgencia de que la sociedad e instituciones se adapten a estos cambios, creando nuevas estrategias y tecnologías para combatir estos delitos”*.

La propia INTERPOL expone en su diario que “El phishing, el ransomware y las violaciones de la seguridad de los datos son solo algunos ejemplos de las actuales ciber amenazas, eso sin contar que continuamente están surgiendo nuevos tipos de ciberdelitos. Los ciberdelincuentes son cada vez más ágiles y están mejor organizados, como demuestra la velocidad con que explotan las nuevas tecnologías, y el modo en que adaptan sus ataques y cooperan entre sí de forma novedosa”³⁷.

Frente a estas nuevas amenazas el legislador español promulgó la LO 13/2015 para modificar la LECrim aportando una nueva serie de garantías procesales a través de una nueva figura de investigación tecnológica a través de la implementación de dos nuevos apartados.

El reputado Fiscal del TS, D. JAVIER ZARAGOZA TEJADA lo define como “un miembro de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado que, voluntariamente, y mediando la

³⁷ INTERPOL, *Delitos de ciberdelincuencia*. <https://www.interpol.int/es/Delitos/Ciberdelincuencia>

correspondiente resolución judicial, se infiltra en la Red con el fin de obtener información sobre prácticas delictivas producidas a través de la misma”³⁸.

En primer lugar, el apartado sexto del artículo 282 bis LECrim habilita al nuevo agente encubierto informático a actuar bajo una identidad supuesta a través de los canales cerrados de comunicación en cuanto se trate de una investigación de alguno de los delitos consumados previamente enumerados en el apartado 4º del artículo 282 bis y artículo 588 ter a) LECrim, con la base común de que su perpetración se realiza a través de las tecnologías de la comunicación e información.

En segundo lugar, el apartado séptimo del presente artículo 282 bis LECrim igualmente introduce la novedad de que el agente encubierto informático pueda grabar imágenes y conversaciones entre el investigado y el agente mediante autorización judicial (sometida a los mismos presupuestos legales que para el caso de la actuación de un agente encubierto genérico), con el fin de obtener unas pruebas que puedan utilizarse en el consiguiente juicio oral para desvirtuar la presunción de inocencia del investigado.

El legislador hace referencia a los canales cerrados de comunicación, es decir, aquellos que se utilizan para mantener conversaciones a las que no puede acceder cualquier persona, sino únicamente los miembros del propio canal cerrado. Por consiguiente, no se contempla la utilización del agente en el ámbito de los canales abiertos de comunicación, puesto que no es necesaria al ser públicas y por ello de acceso general³⁹.

El ámbito de actuación del agente encubierto informático se extiende en un triple ámbito:

- Para las tipologías delictivas del apartado 4º del artículo 282 bis LECrim en relación con el apartado 6º del artículo 282 bis LECrim.
- Para los delitos contenidos en el artículo 588 ter a LECrim.
- Para la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica de artículo 579.1 LECrim.

Por lo tanto, la medida de investigación del agente encubierto informático encaja en las actividades que se puedan considerar realizadas por una organización criminal (numerus clausus), en relación con el artículo 579.1 LECrim que amplía el ámbito de actuación a los

³⁸ ZARAGOZA TEJADA, J. y BERMÚDEZ GONZÁLEZ, J., *Investigación tecnológica y derechos fundamentales*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2017, p.329.

³⁹ LO 13/2015, exposición de motivos.

delitos cometidos “a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o de la comunicación”.

De la misma forma que respecto al agente encubierto ordinario, el artículo 282 bis LECrim permite al agente actuar bajo identidad supuesta y adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos. En el ámbito del agente informático en investigaciones referidas a delitos de tenencia y distribución de pornografía infantil, la autorización judicial permite al agente a enviar las imágenes necesarias para fortalecer la comunicación y comunicación con el investigado, pero tan solo cuando se trate de utilización de material pornográfico ficticio generado a través de la recreación de imágenes mediante personas mayores de edad o generadas por Inteligencia Artificial, puesto que bajo ningún concepto puede permitirse el envío de material pornográfico infantil obtenido en otras investigación en virtud de la protección de la imagen y el derecho al honor de los perjudicados.

Por último, esta modalidad de infiltración policial igualmente requiere proporcionar al agente una identidad supuesta, aunque muy diferente a la que se le pueda otorgar a un agente encubierto ordinario, puesto que en el ámbito informático no se necesita “recibir el mismo entrenamiento físico, psicológico y técnico para el buen desarrollo de sus actividades”⁴⁰.

⁴⁰ CARDOSO PEREIRA, F., *Agente encubierto y proceso penal garantista*, Tesis Doctoral U. Salamanca, 2012.

VIII . CONCLUSIONES

En mi opinión, la utilización de la figura del agente encubierto como medio de investigación en el proceso penal resulta totalmente necesaria para aquellos casos en que los sujetos investigados pertenezcan a una organización criminal y desarrollen actividades que sean susceptibles de encajar en uno de los tipos penales referenciados en los artículos mencionados de la LECrim debido en primer lugar, a la extrema complejidad que suscita realizar una investigación dentro del marco de actuación de una organización criminal atendiendo a la opacidad y medios que sustentan en muchas ocasiones, y en segundo lugar, a los presuntos delitos que puedan cometer sus miembros, ya que los delitos enumerados en el ámbito de imposición de la medida de investigación referida son considerados de notorio interés social, relevancia y peligrosidad que justificarían la utilización de este medio pese al despliegue que conlleva su adopción.

He considerado separar desde un primer momento dos figuras similares que plantean problemas de interpretación y comprensión, aún en el contexto jurídico que nos encontramos se utiliza uno y otro concepto para hacer alusión a la infiltración del agente, debido a la terminología que utiliza el legislador que resulta cuanto menos confusa: el agente encubierto y la infiltración policial. El agente se trata como el medio que se utiliza para realizar la actividad de infiltrarse en una organización criminal.

La legislación procesal-penal prevé un entramado complejo de requisitos que deben cumplirse para adoptar este medio de investigación que, a pesar de que pueda llegar a ser considerado demasiado exigente, no es más que otra muestra de nuestro sistema penal garantista.

También he estimado conveniente hacer una pequeña crítica a la regulación actual que ostenta la figura del agente encubierto en nuestro país realizando una comparación con Reino Unido, uno de los sistemas penales europeos que más me han convencido en cuanto a la regulación de la materia, siendo un sistema más completo, actualizado y autosuficiente que encajaría de la misma manera en España si se consiguiera realizar la ansiada reforma, intentada sin éxito en 2022 aunque simplemente se dedicara a implementar nuevas figuras delictivas dentro del marco de actuación del presente medio de investigación.

Igualmente he profundizado en la materia del trabajo gracias a la lectura del libro “Operación Protector. La infiltración policial al descubierto”, si bien es cierto que por motivos personales por incidir en la materia que me resulta de interés a efectos de poder conocer un poco más las

características e historias reales que se abordan en la obra, aunque aborda el tema desde el punto de vista policial, en todo caso distinto al que se pretende plantear en el estudio pero que merece un apartado meramente informativo para promocionar algo más la visión que tiene el propio cuerpo policial en cuanto a la preparación y despliegue de medios que conlleva este medio de investigación extraordinario.

Me ha llamado mucho la atención el ámbito de la exención de la responsabilidad criminal durante el desarrollo de la actividad investigadora del agente, pues, hasta que ciertamente no he investigado en la materia no he sido realmente consciente de todo lo que puede estar permitido por la ley siempre y cuando se cumplan los requisitos que se establecen para ello. En cuanto el tratamiento que recibe el agente una vez finalizada la investigación, debe considerarse igualmente importante y no permitir que estos agentes caigan en el olvido de la justicia en cuanto al soporte de medidas psicológicas o legales que puedan necesitar una vez alcanzado el objetivo de la investigación revestido aunque mínimamente por las condiciones de testigo protegido si se propusiera su interrogatorio testifical en el juicio oral, si bien es cierto que lo ideal sería el establecimiento de la prueba preconstituida para evitar hacer pasar al agente por la desagradable situación de comparecer en una audiencia pública con el riesgo que conlleva para su seguridad y la de sus allegados sobre todo en el ámbito de la delincuencia organizada.

Por último, la figura del agente encubierto informático ostenta una regulación un poco distinta al ordinario debido a las dispares características en la actuación propiamente dicha del agente. Esta figura informática es cada vez más utilizada para combatir los enormes peligros que conlleva el uso de las redes, todavía fácilmente accesibles por menores de edad que pueden enfrentarse a potenciales criminales que hagan uso de su vulnerabilidad para obtener lucro económico o sexual a través del engaño hacia ellos con el fin de la obtención de contenido sexual. Es por ello que debe utilizarse el agente encubierto informático, un “tapado” en los canales cerrados de comunicación que pueda hacer frente a los criminales que se aprovechen de las vulnerabilidades para hacerles frente mediante las mismas cartas del engaño aunque con la determinante diferencia de su amparo legal.

IX. BIBLIOGRAFÍA Y JURISPRUDENCIA

1. BIBLIOGRAFÍA

CARDOSO PEREIRA, F., Agente encubierto y proceso penal garantista, Tesis Doctoral U. Salamanca, 2012.

COCCHINI, A., La necesidad de las operaciones encubiertas como arma jurídica contra la corrupción (inter)nacional, Revista Anales de Derecho, vol. 37, n. 1, 2019.

DELGADO, M., *La criminalidad organizada*, Tirant lo Blanch, 2020.

EXPÓSITO LÓPEZ, L., El agente encubierto, Revista de Derecho UNED, 2015.

GADEA FRANCÉS, J., El Agente Encubierto: tres razones para modificar su regulación actual, 2023.

GASCÓN INCHAUSTI, F., Manual de Derecho Procesal Penal, 2023.

HOYOS SANCHO, M., *Abogacía y Proceso Penal*, Tirant lo Blanch, 2021.

LÓPEZ BARRIA DE QUIROGA, *El agente encubierto en “La Ley” de 20 de abril de 1999*.

MONTÓN REDONDO, A. y BARONA VILLAR, S. Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal, 9.ª ed, Tirant Lo Blanch, 2000.

NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., La investigación penal por el Ministerio Fiscal: argumentos a favor, Estudios Jurídicos Ministerio Fiscal VI, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia (Madrid), 2018.

ORTELLS RAMOS, M., Problemas de contenido y delimitación de las fases del proceso abreviado (diligencias previas, fase intermedia, juicio oral), Comares, Granada, 1997.

RIFA SOLER., El agente encubierto o infiltrado en la nueva regulación de la LECrim, Revista del Poder Judicial núm. 55, 1999.

SANJUÁN, I., Operación Protector. La infiltración policial al descubierto, Rosamerón, 2022.

VALIÑO CES, A., Dimensiones operativas y normativas en la lucha contra el crimen organizado, Perspectivas de Reforma, .M Bosch, 2021.

ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R., El policía infiltrado, Tirant Lo Blanch, 2010.

ZARAGOZA TEJADA, J. y BERMÚDEZ GONZÁLEZ, J., *Investigación tecnológica y derechos fundamentales*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2017.

2. JURISPRUDENCIA

STC, n° 299/2000, de 11 de diciembre.

STS, n°. 843/2007, de 25 de enero.

STS, n°. 7815/2007, de 15 de noviembre.

STS, n° 503/2021, de 10 de junio.

STS n° 835/2013, de 6 de noviembre

STS n° 395/2014, de 14 de mayo.

STS n° 250/2017, de 5 de abril.

STS n° 313/2017, de 3 de mayo.

