

ISDE LAW BUSSINES SCHOOL

Grado en Derecho



“Técnicas de Investigación para la lucha contra el Crimen Organizado: el Agente Encubierto”

Trabajo final de Grado

Alumno/a

Beatriz Aguado Gutiérrez

Tutor/a:

Carmen Ladrón de Guevara Pascual

Derecho Procesal

RESUMEN:

La evolución de las tecnologías y el afán por un mundo cada vez más globalizado y sin fronteras, han invitado al desarrollo de nuevos métodos para delinquir, presididos por la participación de agentes modernos: la delincuencia organizada, el grupo y la organización criminal. Para combatirlas, la Comunidad Internacional ha buscado configurar nuevos mecanismos de investigación que permitan, desde una perspectiva interna, dismantlar y erradicar dicho fenómeno. Surge así el agente encubierto, y más tarde su modalidad virtual. Desde el respeto a la legalidad y proporcionalidad, dicho agente será autorizado para adentrarse en el entramado delictivo y obtener pruebas que permitan fundamentar una sentencia de condena, debiendo, en todo momento, observar el sistema de garantías propio del proceso penal. Sin embargo, no cabe olvidar que se trata de un suceso transnacional, y que ya no solo desde una perspectiva internacional, sino desde dentro de la Unión Europea, los Estados deben prever supuestos de cooperación y asistencia judicial que luchen contra el crimen organizado.

PALABRAS CLAVE:

Delincuencia organizada, agente encubierto, infiltrado, diligencia de investigación, derechos fundamentales.

ABSTRACT:

The evolution of technologies and the desire for an increasingly globalized and borderless world have led to the development of new methods of criminality, with the participation of modern agents: organized crime, the criminal group or organization. In order to combat them, the International Community has sought to set up new investigative mechanisms to dismantle and eradicate this phenomenon from an internal perspective. This has led to the emergence of the undercover agent, and later its virtual version. With respect for legality and proportionality, this agent will be authorized to enter into the criminal network and obtain evidence to support a conviction, while observing the system of guarantees inherent to criminal proceedings. However, it should not be forgotten that this is a transnational event, and that not only from an international perspective, but also from within the European Union, States must provide for cooperation and judicial assistance in the fight against organized crime.

KEY WORDS:

Organised crime, undercover agent, investigation, fundamental rights.

ÍNDICE

I. ABREVIATURAS.	6
II. INTRODUCCIÓN	7
1. EL AGENTE ENCUBIERTO COMO MEDIO DE INVESTIGACIÓN	9
1.1 LA DELINCUENCIA ORGANIZADA.	9
1.2 LA INFILTRACIÓN POLICIAL: EL CONCEPTO DE AGENTE ENCUBIERTO.	16
2. PRESUPUESTOS PARA LA INTERVENCIÓN DEL AGENTE ENCUBIERTO Y DISTINCIÓN CON OTRAS FIGURAS AFINES.	19
3. REQUERIMIENTOS PROCESALES PARA LA INFILTRACIÓN DEL AGENTE.	27
3.1. AUTORIZACIÓN PARA LA INFILTRACIÓN.	28
3.2. DURACIÓN DE LA INFILTRACIÓN.	33
3.3. EXTINCIÓN DE LA INFILTRACIÓN	35
3.4. CONTROL DE LA INFILTRACIÓN.	37
4. LÍMITES A LA INFILTRACIÓN: DERECHOS Y GARANTÍAS AFECTADOS EN LA INVESTIGACIÓN POR AGENTE ENCUBIERTO.	38
4.1. DERECHOS FUNDAMENTALES AFECTADOS.	38
4.2. ESTUDIO DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN CADA UNO DE LOS DERECHOS AFECTADOS.	40
5. EL AGENTE ENCUBIERTO INFORMÁTICO.	45
6. EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DEL INFILTRADO.	49
7. ANÁLISIS PRÁCTICO DE ESTE MEDIO DE INVESTIGACIÓN.	54
III. CONCLUSIONES	57
IV. BIBLIOGRAFÍA Y REFERENCIAS DOCUMENTALES.	59
LEGISLACIÓN	59
<i>Europea</i>	59
<i>Española</i>	59
OTROS DOCUMENTOS	60
JURISPRUDENCIA	60
<i>Audiencia Nacional</i>	60
<i>Tribunal Supremo</i>	60
<i>Tribunal Constitucional</i>	60
<i>Tribunal Europeo de Derechos Humanos</i>	61
OBRAS DOCTRINALES	61
WEBGRAFÍA	64

I. ABREVIATURAS.

AN: Audiencia Nacional

Art.: Artículo

CC: Código Civil

CDFUE: Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea

CE: Constitución Española

CEDH: Convenio Europeo de Derechos Humanos

CIDP: Congreso Internacional de Derecho Penal

CNP: Cuerpo Nacional de Policía

CP: Código Penal

FCSE: Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado

FJ: Fundamento Jurídico

LECrím: Ley de Enjuiciamiento Criminal

LO: Ley Orgánica

LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial

ONU: Organización de Naciones Unidas.

RD: Real Decreto

SAN: Sentencia de la Audiencia Nacional

SS: Sigüientes.

STEDH: Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

TC: Tribunal Constitucional

UE: Unión Europea

II. INTRODUCCIÓN

La constante evolución hacia una sociedad transnacional, en la que no existan fronteras ni límites a la comunicación, ha señalado como uno de los principales retos de los ordenamientos jurídicos, tanto nacionales como internacionales, la lucha contra la delincuencia organizada.

La preocupación por el surgimiento de esta nueva forma de criminalidad ha motivado la solidaridad de los Estados, y reunidos, han buscado la construcción de nuevas formas de investigación y erradicación de esta manera de delinquir. En numerosos textos internacionales y supranacionales (Tratados, Convenios, Directivas Europeas...) se ha configurado la idea de un agente encubierto, que facilite la investigación desde dentro de los entramados criminales.

Entre la normativa internacional y de la Unión, cabe destacar el Convenio de la ONU contra la Delincuencia Organizada Transnacional, de 15 de noviembre de 2000; el Proyecto de Acción Conjunta (6823/98), de 21 de diciembre de 1998; y la Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo de la UE, de 24 de octubre de 2008, entre otros.

En España, el legislador, con ayuda de la jurisprudencia, fue adaptando las normas procesales y sustantivas a la realidad que se estaba imponiendo: se introdujeron reformas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a través de la Ley Orgánica 5/1999, que incluyó en el art. 282 bis, el régimen de actuación del agente encubierto; y junto a ellas, en el año 2010, el Código Penal se modificó para distinguir a los dos protagonistas del crimen organizado, los grupos y las organizaciones criminales.

Nuestro sistema penal se encuentra presidido por las dos normas señaladas, la LECrim, que regula el proceso penal, tanto ordinario como los especiales, desde la fase de instrucción y posterior enjuiciamiento, hasta que recae la sentencia; y el Código Penal, que recoge la normativa material, es decir, la teoría del delito, incluyendo tipos penales y las posibles eximentes, atenuantes y agravantes. Aunando estos dos textos legales, con los derechos fundamentales recogidos en la Constitución, se configura el sistema de garantías que debe regir todo proceso, y que a su vez, se alza como uno de los límites a la actuación el agente infiltrado.

Con el avance de las nuevas tecnologías, la crispación causada por este tipo de delincuencia ha ido aumentando, y los medios tradicionales han quedado obsoletos. En este sentido, la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la LECrim para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, introdujo nuevas formas de perseguir la ciberdelincuencia, y con ello se instauró el concepto del infiltrado virtual o informático.

En definitiva, un estudio a través de la figura de la infiltración policial, con especial mención en el agente encubierto, permite estudiar el surgimiento de esta medida en el contexto la delincuencia organizada, sus principales características y cualidades concretas, como son la voluntariedad, el uso de una identidad ficticia y su delimitación a los delitos previstos en el art. 282 bis.4; hasta llegar a la actualidad, en la que internet se ha convertido en la nueva plataforma para la comisión de hechos delictivos, lo que ha exigido nuevas medidas como el agente virtual.

1. EL AGENTE ENCUBIERTO COMO MEDIO DE INVESTIGACIÓN

1.1 La delincuencia organizada.

En el último siglo, producto de la creciente globalización, la proliferación de estructuras internacionales que persiguen la libertad de circulación de personas y bienes, la mundialización de la economía, así como el incesante desarrollo del mundo de las comunicaciones y la tecnología, la criminalidad ha ido adquiriendo un nuevo enfoque.

Esto ha supuesto un reflejo en nuestro ordenamiento permitiendo diferenciar dos grandes bloques¹: la criminalidad tradicional, o convencional, que se basa en procedimientos y mecanismos ya conocidos por las fuerzas y cuerpos de seguridad, y la criminalidad organizada, o delincuencia organizada, que ha provocado que los tradicionales instrumentos de investigación policial devengan obsoletos e ineficaces generando, así, un conflicto social².

Para centrar el estudio en la figura del agente encubierto, conviene analizar esta última, delimitando sus principales características y comprendiendo su *modus operandi*. La criminalidad organizada consiste, tal y como recoge parte de la doctrina, entre ellos Herrero (1997) en delitos cometidos en grupo, de forma estructurada, jerarquizada y permanente.

Así, podríamos definir como posibles elementos de esta clase de actuaciones, los siguientes: pluralidad de personas, lo que les permite actuar de forma organizada y en diversos focos; el carácter permanente, es decir, que la relación sea duradera; la división de tareas, facilitando así una mayor jerarquización, aunque cierta parte de la doctrina lo considera un elemento prescindible; la finalidad delictiva y el posible uso de armas³. Si bien es cierto dicha conceptualización ha ido evolucionando como consecuencia de la

¹ CARDOSO PEREIRA, Flavio «Tesis doctoral. El agente encubierto y proceso penal garantista: límites y desafíos», Programa de Doctorado «Estado de derecho y buen gobierno». Salamanca 2012

² NUÑEZ PAZ, Miguel Ángel y GUILLÉN LÓPEZ, Germán «Entrega de vigilada, agente encubierto y agente provocador. Análisis de los medios de investigación en materia de tráfico de drogas (1)», ADPCP, vol. LXI, 2008

³ BUENO A., F. «Política judicial común en la lucha contra la criminalidad organizada», en J. C. Ferré O. & E. Anarte B, *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Huelva, 1999, pp. 59-84.

sofisticación y profesionalización de este tipo de delincuencia, se procederá a un estudio desde el punto de vista legal y jurisprudencial.

Para comenzar con dicho estudio, cabe señalar que la primera definición que se otorga en nuestro ordenamiento jurídico a través de un texto legal, a este tipo de criminalidad, se introduce en la LECrim, con la reforma efectuada por la LO 5/1999, de 13 de enero, en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves. Es en la Exposición de Motivos en la que el legislador refleja su preocupación por el surgimiento o agravación de esta modalidad delictiva señalando: *«La criminalidad organizada ha adquirido en nuestro tiempo una alarmante dimensión, tanto por su importancia, como por el “modus operandi” con que actúa.» «La persecución de los fenómenos relacionados con la delincuencia organizada (...) ha sido en los últimos años materia de urgente atención y absoluta prioridad, como viene a demostrar la elaboración de distintos instrumentos jurídicos internacionales.»*⁴

Para luchar contra dicha situación y conseguir una mayor colaboración internacional, se incluye el art. 282 bis, que en su apartado cuarto, respondiendo a los fines previstos para el nombramiento de un agente encubierto, define este tipo de delincuencia como *«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.*

⁴ Exposición de Motivos de 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.

- 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.»*

Dicho precepto recoge una definición de delincuencia organizada que podría considerarse incompleta⁵. Al haber restringido, el legislador, los casos en los que dicha organización podría cometer una acción culpable y típicamente antijurídica, a la disposición numerada de unos supuestos, este artículo podría ser un *numerus clausus*; sin embargo, la inclusión en el año 2010 de las letras a), c) y h) nos induce a pensar que esta lista se ensanchará tanto como se desarrollen nuevos mecanismos y formas de atentar contra los bienes jurídicos que estos tipos protegen. Es decir, la evolución y sofisticación de estas entidades es sin duda el motivo principal por el cual se está viendo ampliada, como antes se mencionaba.

Ante la insuficiente labor del legislador, la jurisprudencia asumió, influenciada por las corrientes y convenciones internacionales que más tarde se describirán, lo que la doctrina llevaba tiempo realizando: el deber de definir de forma completa esta manifestación de

⁵ DEL POZO PÉREZ, Marta, «El Agente Encubierto como medida de investigación de la delincuencia organizada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal Española», en *Criterio Jurídico*, vol. 6, Santiago de Cali, pp. 267-310

delincuencia en masa. En este sentido, cabe destacar la Sentencia del Tribunal Supremo (en adelante, STS), en su Sala Segunda, 1182/2000 de 28 de junio de 2000 sobre un asunto de tráfico y distribución en territorio nacional de heroína y cocaína. En el fundamento jurídico (FJ) cuarto señala, tal y como hace la Audiencia Nacional (AN, en lo sucesivo) en la sentencia recurrida, que «la existencia de una organización, pues existió un acuerdo previo para delinquir, existían unos medios idóneos, transmisores, teléfonos móviles, lugares de almacenamiento; concurría una continuidad temporal en la actuación delictiva, con una distribución de cometidos y una jerarquización de los acusados que en todo caso actuaban obedeciendo las órdenes impartidas por Gonzalo, que actuaba como Jefe adoptando decisiones que los demás obedecían, lo que obliga a imponer a éste la pena fijada en el artículo 370 del Código Penal». Para concretar el término organización, a reglón seguido recoge el Alto Tribunal, que debe apreciarse por ese concepto “las actividades relacionadas (con el tráfico ilícito de las drogas) sean desarrolladas por dos o más personas, aunadas en un mismo proyecto o propósito para llevar a cabo una determinada acción delictiva, aunque no pueda considerarse necesaria una estructura perfectamente constituida; debiendo concurrir también -de ordinario- una determinada jerarquía, un reparto de papeles y una cierta permanencia.»⁶

La STS 745/2008 de 25 de noviembre, en su FJ octavo, confirma la ausencia de un concepto preciso en el art. 282 bis 4, por lo que añade que la doctrina la ha venido definiendo como «aquella que se realiza a través de un grupo o asociación criminal revestido de las características de carácter estructurado, permanente, antirrenovable, jerarquizado, dedicado a lucrarse con bienes y servicios ilegales o a efectuar hechos delictivos.»⁷

Como consecuencia de los sucesivos pronunciamientos jurisprudenciales, y de la normativa europea, entre la que cabe destacar la más reciente en esos momentos, la Decisión Marco 2008/841/JAI, de 24 de octubre del Consejo de la UE sobre la Lucha contra la delincuencia organizada, se procede, en el año 2010, a reformar el CP, estableciendo una fundamental diferencia entre las asociaciones ilícitas y las organizaciones o grupos criminales, existiendo a su vez, una distinción entre estos.

⁶ STS 1182/2000, de 28 de junio de 2000. A esta definición se suman autores y catedráticos tales como Silva.

⁷ STS 745/2008, de 25 de noviembre de 2008.

Con la inclusión de esta distinción en los preceptos 570 bis y ter CP, se suprime el apartado segundo del art. 515 CP, que tipificaba como punibles determinadas asociaciones ilícitas, en concreto “las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas”. Además, la Circular de la Fiscalía 2/2011, de 2 de junio, explica, como venía señalando la jurisprudencia del TS, que los supuestos planteados en el art. 515 hacen referencia a grupos de personas cuyos fines no son necesariamente la comisión de hechos delictivos, sino que pueden tener otras finalidades, y que en caso de ser la de cometer ilícitos penales, se aplicará el criterio de alternatividad (art. 8.4 CP).

Así, aunando las definiciones doctrinales y jurisprudenciales, el art. 570 bis define, a los efectos del CP, la organización criminal como *«la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos, así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas.»* En el mismo sentido, el art. 570 ter define el grupo criminal como *«la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos o la comisión concertada y reiterada de faltas.»*

En definitiva, y de la mano de la Circular de la Fiscalía, las notas características de estos dos conceptos son la pluralidad de personas, la existencia de una estructura en la que deban de reconocerse las relaciones de jerarquía y disciplina, y la voluntad delictiva, que el fin sea la comisión de delitos. Sin embargo, en la figura del grupo criminal se prescinde de dos elementos definitorios de la organización: la permanencia con cierto grado de estabilidad y el reparto de tareas de manera coordinada.⁸

Como consecuencia de la globalización a la que se ha hecho referencia anteriormente, la delincuencia organizada transnacional ha tendido a superar el ámbito estatal, aumentando la vulnerabilidad de los Estados, lo que ha implicado la participación de organizaciones

⁸ PARDO-GEJO RUIZ, Raúl, «De la diferencia entre el concepto de organización criminal, grupo organizado, codelincuencia. Acerca de la denominada “asociación ilícita”», en *Lawyerpress News*, Julio 2019. Apoyada en jurisprudencia: STS 309/2013, de 1 de abril y STS 1035/2013, de 9 de enero de 2014.

internacionales y supranacionales en la lucha contra este fenómeno, fomentando la creación y participación en tratados y convenciones.

El auge de este tipo de criminalidad causó un grave estupor entre los estudiosos del derecho penal que en septiembre de 1999 se congregaron en Budapest para reflexionar sobre «Los sistemas penales ante el reto del crimen organizado» en el XVI Congreso Internacional de Derecho Penal (CIDP). Tras un profundo estudio orientado a comprender y dar soluciones, los juristas concluyeron que el Derecho penal clásico era incapaz de dar una respuesta eficaz a las nuevas formas del crimen, sin embargo, afirmaron que durante el proceso penal se podía hacer uso de «servicios especializados, de policía, judiciales o administrativos»⁹ con el máximo respeto a los principios del proceso penal. Entre estos servicios podemos encontrar la figura del agente encubierto que más adelante se desarrollará.

En ese Congreso se presentó una moción al Secretario General de Naciones Unidas para colaborar en la elaboración de una convención internacional que aunase lo conocido hasta el momento de esta delincuencia, y ordenase diferentes mecanismos de asistencia judicial. A razón de lo anterior, la ONU, con el firme propósito de prevenir y combatir la delincuencia organizada, en el año 2000, configura el Convenio de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 15 de noviembre (también conocida como Convención de Palermo). Dicho texto internacional impulsa la cooperación de los Estados a través de medidas específicas de actuación en caso de intervención de una organización criminal, el enjuiciamiento de las mismas, el posterior decomiso de los bienes utilizados para cometer la acción ilícita, la extradición de sus miembros, la comisión de delitos por personas jurídicas, y la asistencia judicial, entre otros.

En su artículo 2 define el «grupo delictivo organizado» y el «grupo estructurado» que constituyen el precedente de los conceptos anteriormente señalados como organización y grupo criminal de nuestro ordenamiento jurídico. La principal diferencia entre estos dos

⁹ «XVI Congreso internacional de derecho penal (Budapest, 5 - 11 septiembre 1999)», *Revue internationale de droit pénal*, 2015/1-2 (Vol. 86), pp. 609-624. DOI: 10.3917/ridp.861.0609. URL: <https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-penal-2015-1-page-609.htm>

conceptos es la estabilidad en el tiempo, la organización o estructura y la asignación de funciones entre los miembros.

En Europa, destacan las acciones presididas por la Unión Europea (UE) y las del Consejo de Europa. En el ámbito de la UE, destacan principalmente (1) el Proyecto de Acción Conjunta (6823/98), de 21 de diciembre de 1998, relativo a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva, que la define en su art. 1 como «*una asociación estructurada de más de dos personas, establecida en el tiempo y que actúe de manera concertada con el fin de cometer crímenes y delitos sancionables (...) o un medio para obtener beneficios patrimoniales, y en su caso, de influir de manera indebida en el funcionamiento de la autoridad pública*». A su vez, y para delimitar el concepto de organización criminal, (2) la Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo de la UE, de 24 de octubre de 2008, persigue la armonización de las legislaciones de los Estados miembros en la lucha contra la delincuencia transfronteriza. Esta admite básicamente los criterios de la Convención de Palermo, e impone la reforma de nuestra Legislación Penal para adaptarnos a los criterios armonizados del Derecho Penal Europeo.¹⁰

Finalmente, el Consejo de Europa también se suma a esta lucha y en la Recomendación del Comité de Ministros REC (2001) 11E, de 19 de septiembre de 2001, introduce una serie de principios o directrices contra el crimen organizado en materia procesal, si bien también define este concepto como «el grupo estructurado de tres o más personas, existente durante un periodo de tiempo, y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves, entendiendo por tales los castigados con cuatro o más años de prisión, para obtener directamente un beneficio financiero o material».

Tras un rápido estudio sobre la figura de la delincuencia organizada, y su afección transnacional, y los sujetos que la conforman, podemos concluir que es un fenómeno creciente que ha superado las barreras estatales ayudado, en cierta medida, por la liberalización del comercio, la globalización de la economía y la eliminación de las fronteras. Se encuentra presidida por organizaciones o grupos criminales que, de manera coordinada y estable, han ido desarrollando, cada vez más, un *modus operandi* sofisticado e interestatal.

¹⁰ STS 855/2013, de 11 de noviembre de 2013 (FJ 22) y STS 719/2013, de 9 de octubre.

A raíz de este exponencial crecimiento, los métodos de investigación policial tradicionales han resultado ineficaces y desfasados. Esta situación ha derivado en supuestos de vulnerabilidad construyendo la necesidad de perfeccionar, crear o buscar en las jurisdicciones vecinas, nuevas técnicas de investigación y persecución criminal que permitan conocer las estructuras jerárquicas y organizativas de estos entes, informar de las actividades que realizan y en su caso, identificar los posibles delitos cometidos, consiguiendo así obtener pruebas que permitan demostrar los hechos y perseguir a sus autores.

1.2 La infiltración policial: el concepto de agente encubierto.

Para luchar contra el crimen organizado, como señalaba el XVI CIDP, los Estados, en el ámbito de la jurisdicción penal, podían valerse de «desarrollados servicios especializados, por la policía, judiciales o administrativos»¹¹. Entre estos servicios, destaca la infiltración policial.

La infiltración policial es una medida de investigación extraordinaria¹² que permite, en términos generales, conocer la vida interna de la organización o grupo criminal: las actividades que realizan; la división de funciones; los sujetos que conforman la cúpula de poder, o también denominados «hombres de atrás»¹³; en definitiva, obtener un conocimiento completo de la entidad con el objetivo de llegar a desarticularla.

Según GASCÓN INCHAUSTI, se puede definir la infiltración como «la acción de aquél que, para obtener una información que no es de acceso general y que le es necesaria para un propósito concreto, oculta tanto su identidad real como sus intenciones y, bien directamente, bien a través de un tercero, entra en contacto con las personas aparentemente susceptibles de suministrarla, estableciendo con ellas una falsa relación de confianza que, con el trascurso del tiempo, le permita obtener la información deseada».

¹¹ «XVI Congreso internacional de derecho penal (Budapest, 5 - 11 septiembre 1999)», *Revue internationale de droit pénal*, *op. cit.*, pp. 609-624.

¹² CARDOSO PEREIRA, Flavio «Tesis doctoral. El agente encubierto y proceso penal garantista: límites y desafíos», *op. cit.*, pp. 18 y ss.

¹³ CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio «Prescripción de la acción penal y criminalidad organizada, ¿un modelo de excepción?», en *Actualidad jurídica Aranzadi*, 2001, núm. 488, 2001, pág. 2-3.

La infiltración tiene por tanto una característica esencial: la ocultación o encubrimiento de la identidad del agente o sujeto sobre el que recae este mandato. En el caso concreto, se inmiscuirá en la organización para establecer una relación de confianza e intimidad con los participantes y altos cargos, obteniendo información que facilitará, en último término, la persecución penal de estos¹⁴.

Antes de comenzar con las características propias de la actuación de los agentes encubiertos, es importante dejar constancia de una distinción en cuanto a las formas de infiltración. La infiltración policial es un medio de investigación que puede ser considerado público, semipúblico y/o privado o semiprivado. En el primero de los casos es realizado por el poder público, el cual entra en la organización para satisfacer un interés del mismo talante: la prevención y represión del delito, donde cabe enmarcar al agente encubierto. Cuando hablamos de semipública, a pesar de estar controlada por el poder público, es realizada por particulares con el propósito de obtener una recompensa o beneficio procesal, entre ellos destaca el arrepentido o confidente que posteriormente se traerán a colación. Finalmente, las privadas o semiprivadas, donde cabría encuadrar a los detectives privados.¹⁵

Así, el agente encubierto es uno de los medios necesarios para la realización de una actividad de infiltración, que es la fuente de prueba. En la SAN 33/2018 de 25 de septiembre, en su FJ cuarto establece en lo que respecta a esta figura, «se trata de un concepto legal, en el que el término agente se toma de una de sus acepciones, la de agente policial, y en la que el adjetivo encubierto hace referencia a la ocultación de la identidad, condición e intenciones.»

Aunque dicha medida no es una novedad en nuestro ordenamiento, puesto que ha sido utilizada como medio para la obtención de información para los procesos de inteligencia en materia de seguridad¹⁶, se positiviza por primera vez en el año 1999. Se trata, como se ha señalado, de un medio de investigación extraordinario, lo que precisaba de una

¹⁴ CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL, Adán, «La infiltración policial en España como medio de investigación en la lucha contra la corrupción», en *Revista Bras. De Direito Processual Penal*, vol. 3, n. 2, mayo-agosto 2007, pp. 511-536.

¹⁵ ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Rocío, *El policía infiltrado. Los presupuestos jurídicos en el proceso penal español*, Valencia, 2010, pp. 63-67.

¹⁶ SAN 33/2018, de 25 de septiembre de 2018 (FJ 2º).

habilitación legal, para la actuación del agente, como de la posible validez procesal posterior, para las pruebas e indicios obtenidos por el mismo, respetando en todo momento los principios propios del proceso justo, entre ellos, el principio de legalidad (art. 9.3 CE, art. 1 LECrim y 1.1 del CP), representando una manifestación de seguridad jurídica del ciudadano frente al sistema punitivo.¹⁷

Cumpliendo con lo anterior, el art. 282 bis.1 LECrim admite la posibilidad de autorizar, en las investigaciones por delincuencia organizada, a un funcionario de la Policía Judicial, a actuar bajo identidad supuesta, en los términos que indica la Ley y con control judicial, estando legítimamente habilitado para intervenir en todo lo relacionado con el supuesto concreto, cuando los demás mecanismos han fracasado o venido insuficientes. Es decir, regula tanto la técnica de investigación como el instrumento, señalando los presupuestos, la forma de ejecución, el estatuto de responsabilidad y la protección concedida.

«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 (...).»

En el mismo sentido que lo anterior la STS 1140/2010, de 29 de diciembre, en su FJ sexto señala que «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

¹⁷ RUIZ VADILLO, Enrique, «Los principios del proceso penal», en *Revista de UNED de Melilla*, nº 24, 1995, pp. 24-46

como obtener pruebas sobre la ejecución de hechos delictivos (...)). Así lo recogen también la STS 395/2014 de 13 de mayo y la SAN 33/2018 de 25 de septiembre.

Tal y como recoge ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, el agente encubierto permite atacar la organización criminal desde el interior, desvirtuando la superioridad de esta, situando al Estado en una posición de igualdad frente a los criminales y los altos cargos de la misma.¹⁸

2. PRESUPUESTOS PARA LA INTERVENCIÓN DEL AGENTE ENCUBIERTO Y DISTINCIÓN CON OTRAS FIGURAS AFINES.

Para que la infiltración policial se desarrolle dentro del marco de la legalidad debe concurrir la «proporcionalidad, necesidad y racionalidad de la situación»¹⁹, lo que implica cumplir con determinadas condiciones mínimas. Estos requisitos básicos pueden clasificarse como presupuestos subjetivos (quién puede ser nombrado agente encubierto, elementos necesarios para su intervención), objetivos (en que situaciones puede solicitarse o practicarse dicha diligencia de investigación) y teleológicos o de finalidad (motivo de la intervención del agente).

Por tanto, se pueden señalar como principales características de la función de estos agentes:

1. La identidad supuesta. *«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»*. El agente encubierto al infiltrarse en una organización o grupo criminal actúa bajo la cobertura de una identidad ficticia, ocultando su condición de policía con la intención de llegar a entablar contacto con los distintos miembros, escalar puestos y llegar a conocer a los «hombres de atrás», para conseguir obtener información relativa a sus actividades.

¹⁸ ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Rocío, *El policía infiltrado. Los presupuestos jurídicos en el proceso penal español*, op. cit., pp. 32.

¹⁹ SÁNCHEZ TOMÁS, José Miguel. *Derecho de las drogas y las drogodependencias*, FAD, Madrid, 2002, pág. 214.

Sin embargo, la infiltración policial no tiene por que tener siempre la misma duración. De esta forma, cuando el propósito de la investigación sea de corta duración, no será necesaria la concesión de una identidad nueva, si no, la simple ocultación de la condición de policía.²⁰ En cambio, si lo que se pretende es la infiltración total, en un periodo de 6 meses (como veremos más adelante que prevé la LECrim), entonces, sí será necesaria esta identidad. Es decir, las autoridades competentes realizarán un juicio de proporcionalidad y verán en que supuesto se vulneran o no los derechos de las demás partes de ese procedimiento.

Esta identidad supuesta no supone crear simplemente un nombre falso, sino un nuevo personaje, puesto que se le permite, con respeto a la ley y a los fines de la investigación, actuar en el tráfico jurídico, lo que implica la concesión de un DNI, pasaporte, o la documentación necesaria relativa a su nueva personalidad.²¹

Por ello, una vez resuelto el procedimiento, y condenados o absueltos los presuntos delincuentes, el agente al que se ha concedido esa nueva identidad, debe poder hacer uso de la protección de testigos. Así lo recoge también el art. 282 bis.2 *«2. Los funcionarios de la Policía Judicial que hubieran actuado en una investigación con identidad falsa de conformidad a lo previsto en el apartado 1, podrán mantener dicha identidad cuando testifiquen en el proceso que pudiera derivarse de los hechos en que hubieran intervenido y siempre que así se acuerde mediante resolución judicial motivada, siéndole también de aplicación lo previsto en la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre.»*

Es evidente, entonces, que el engaño va a presidir la conducta del agente encubierto, lo cual supondrá en última instancia la traición a los integrantes de ese grupo, puesto que, concluida la investigación, la confianza ganada se verá transgredida. Como señala ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, hay que

²⁰ ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Rocío, *El policía infiltrado. Los presupuestos jurídicos en el proceso penal español*, op. cit., pp. 69-76.

²¹ DELGADO MARTÍN, J., *Criminalidad Organizada. Comentarios a la LO 5/1999, de 13 de enero de modificación de la LECrim*, Bosh, Barcelona, 2001, pág. 80. Incluso, en la operación de infiltración deberá el agente «contar con el respaldo documental que acrediten esta nueva identidad: DNI, pasaporte, permiso de conducir, incluso cuando sea necesario para salvaguardar los resultados de la investigación y garantizar la protección del agente, se le podrá proporcionar antecedentes penales y policiales necesarios según las actividades y características de la organización con el objetivo de no levantar sospechas».

diferenciar el engaño del secreto, el cual, como se prevé en la LECrim, se podrá decretar de determinadas actuaciones durante el proceso, no permitiendo a las demás partes conocer de ellas, puesto que si se conoce que hay una persona infiltrada la investigación correrá peligro.

2. Voluntariedad. «*Ningún funcionario de la Policía Judicial podrá ser obligado a actuar como agente encubierto.*» El agente que decida infiltrarse debe formar su voluntad de forma libre y consciente, puesto que a partir de ese momento su actuación se concentrará en un ambiente peligroso y tenso.

En este sentido, ningún miembro de las fuerzas estatales, por mucha formación que tenga o por muy cualificado que se encuentre, puede estar obligado a aceptar este encargo, ya que no solo implica realizar una simple investigación, ni un mero informe, sino renunciar durante el tiempo previsto para la misma, a su vida y sus relaciones personales, para actuar como si fuese otra persona.²²

Junto a este requisito, aunque no se exijan como tal en la LECrim, los miembros del Cuerpo de Policía, como ahora se señalará, deben acreditar una serie de requisitos tanto a nivel de formación y conocimientos técnicos o jurídicos, como cualidades personales o prácticas. Entre estas últimas cabe destacar la alta inteligencia, la flexibilidad, la confianza en sí mismo, la empatía y la capacidad de asumir riesgos, entre otros.²³ En ningún caso pueden tratarse de elementos característicos como el sexo, la edad, religión o rasgos físicos, puesto que quedaría prohibido en virtud del art. 14 CE.

3. Realizar las funciones que les han sido encomendadas actuando y participando en el tráfico jurídico. «*Quedando legítimamente habilitados para actuar en todo lo relacionado con la investigación concreta y a participar en el tráfico jurídico y social bajo tal identidad.*»

²² CARDOSO PEREIRA, Flavio «Tesis doctoral. El agente encubierto y proceso penal garantista: límites y desafíos», *op. cit.*, pp. 287-288

²³ DEL POZO PÉREZ, Marta, «El Agente Encubierto como medida de investigación de la delincuencia organizada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal Española», *op. cit.*, pp. 288-290.

Para entender las funciones que le son encomendadas, así como su marco de actuación, cabe hacer una consideración previa. Tal y como prevé el precepto que se está analizando, el agente encubierto será nombrado «*cuando se trate de investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada*». Por lo que, el principal requisito para que se dé este tipo de infiltración policial es la existencia de un supuesto de delincuencia organizada. Recoge así la SAN 33/2018, de 25 de septiembre «En primer lugar, en lo que respecta al posible ámbito de actuación del agente encubierto, debemos partir de que, ya desde el apartado 1 del art. 282 bis LECrim, se establece como requisito que nos encontremos ante “investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada”. Además, el apartado 4 se encarga de establecer qué debemos entender por delincuencia organizada, disponiendo que “a los efectos señalados en el apartado 1 de este artículo, se considerará como delincuencia organizada la asociación de tres o más personas” y añadiendo a continuación una serie tasada de delitos cuya comisión, de forma permanente o reiterada, es requisito indispensable para posibilitar la actuación del agente encubierto.»

Enmarcadas las funciones del agente, este se encuentra legítimamente habilitado para actuar, en lo relativo a la investigación, sin necesidad de que solicite ningún tipo de autorización, con la excepción de que afecten a los derechos fundamentales, en cuyo caso deberá ser autorizado por el órgano competente en virtud de lo que la Constitución y las leyes especiales indiquen. Por tanto, su actitud no será la de un mero observador, ni siquiera la de un miembro pasivo, sino que tendrá una conducta activa. Si bien es cierto, dicha actuación tiene límites: el respeto a los derechos fundamentales y al sistema de garantías que todo ser humano posee, aunque haya cometido los delitos más atroces.²⁴

Infiltrado, deberá obtener y cumplir con lo que se le encomendó, conseguir ganarse la confianza de los miembros y así obtener la información necesaria para la investigación. Dicha información deberá aportarse al proceso, tan pronto como se disponga de ella, y el juez la valorará atendiendo al caso concreto. «*La información que vaya obteniendo el agente encubierto deberá ser puesta a la*

²⁴ ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Rocío, *El policía infiltrado. Los presupuestos jurídicos en el proceso penal español*, op. cit., pp. 77.

mayor brevedad posible en conocimiento de quien autorizó la investigación. Asimismo, dicha información deberá aportarse al proceso en su integridad y se valorará en conciencia por el órgano judicial competente.»

La SAN 33/2018 señala que «como se puede observar, no se fija un plazo determinado para el cumplimiento de este deber sino que el legislador se limita a disponer que “deberá ser puesta a la mayor brevedad posible”. Tampoco se establece la forma concreta de la puesta en conocimiento ni se exige la comparecencia personal del agente. Todo ello supone que se deje en manos de la jurisdicción competente la resolución de estos aspectos y la determinación del modo en que esta información será puesta en conocimiento, atendiendo a cada investigación en concreto, puesto que el agente se puede encontrar con serias dificultades en determinadas ocasiones para remitir la información personal e inmediatamente.»

Para terminar esta característica, cabe mencionar que, con carácter general, el agente no será responsable por aquellas acciones que, durante la infiltración, puedan dar lugar a una indemnización, tal y como se recoge en el apartado quinto del precepto y como se señalará más adelante.

4. Debe ser un funcionario o miembro de la policía. *«Podrán autorizar a funcionarios de la Policía Judicial, mediante resolución fundada y teniendo en cuenta su necesidad a los fines de la investigación»*

En virtud del art. 282 bis, únicamente podrán ser agentes encubiertos los funcionarios de la Policía Judicial, título en el cual se encuadra este precepto en la LECrim. La Policía Judicial es una «función específica dentro de las funciones de la Policía General, basada en los criterios de la Policía científica, destinada a la investigación de los hechos punibles, la persecución y aseguramiento de los delincuentes, poniendo a disposición de la autoridad judicial y eventualmente, del Ministerio Fiscal, los resultados de su averiguación»²⁵.

²⁵ QUERÁLT JIMENEZ, J., *Introducción a la Policía Judicial*, 3ª edición, Bosch, Barcelona, 1999, pág. 13.

Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, y en concreto, el Cuerpo Nacional de Policía, la Guardia Civil y las policías autonómicas si tuviesen competencias como Policía Judicial²⁶, son por tanto, los que pueden desempeñar la función de agente encubierto, no pudiendo ser encargada a particulares u otros cuerpos de seguridad.

Por lo que, vistas las características principales, el agente encubierto es un medio de investigación subsidiario²⁷ en el proceso penal por el medio del cual un funcionario de la policía, de manera voluntaria, actuando bajo una identidad supuesta y con engaño, podrá introducirse en una organización o grupo criminal, realizar actividades como si fuese uno de ellos, con la obligación de obtener información e incorporarla al proceso tan pronto como sea posible.

Sin embargo, junto a la figura de la infiltración pública, nos encontramos con la semipública, en la que participan particulares con el objetivo o propósito de obtener una recompensa o beneficio, si bien, se encuentra dirigida también por el poder público. Entre estos supuestos encontramos lo que se conoce como figuras afines a la condición de agente encubierto, y que han supuesto una ardua tarea de distinción, por parte de la jurisprudencia, para evitar confusiones. Destacan así la figura del arrepentido, el agente provocador y el denunciante anónimo.

Comenzando por el arrepentido, se trata de un individuo que, siendo miembro de la organización o grupo delictivo colabora con la policía suministrándole datos relevantes que permiten desarticular la actividad y perseguir a los jefes. Al ser parte del grupo, suelen actuar a cambio de beneficios, protección o cualquier recompensa procesal²⁸. Es decir, es un presunto delincuente que, facilitando información a la policía conseguirá beneficios procesales como puede ser una reducción de la condena.

²⁶ DEL POZO PÉREZ, Marta, «El Agente Encubierto como medida de investigación de la delincuencia organizada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal Española», *op. cit.*, pp. 287-292

²⁷ CARDOSO PEREIRA, Flavio «Tesis doctoral. El agente encubierto y proceso penal garantista: límites y desafíos», *op. cit.*, pp. 294 y 316

²⁸ QUINTANAR DÍEZ, Manuel F., «Justicia penal y los denominados arrepentidos», Madrid, 1996, pp. 282 y ss.; BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio Francisco, «El colaborador con la justicia. Aspectos Sustantivos, procesales y penitenciarios derivados de la conducta del arrepentido», Madrid, 2004, pp. 72 y ss.

El confidente, o también denominado colaborador judicial, es otra de las figuras que debe ponerse en conexión con el arrepentido y el agente encubierto. Se trata de aquel particular, aunque también puede tratarse de una pequeña infiltración, que proporciona información sobre la comisión de hechos delictivos. Normalmente, al tratarse de «contactos» de la policía, su identidad no suele conocerse, amparándose estos en el derecho de no revelar los datos ni la identidad del informador.²⁹

La figura del arrepentido tiene cabida en nuestro ordenamiento, atendiendo a la lista de delitos del art. 282 bis, tanto en el delito de terrorismo, objeto de estudio (art. 579 CP), como en el de tráfico de drogas (art. 376 CP). Si bien, la confesión de los hechos delictivos se prevé como atenuante en el art. 21.4 CP («4.ª *La de haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades*»).

En segundo lugar, destaca el agente provocador. Se trata de aquel agente que induce a terceros a cometer un delito, o contribuye a la ejecución del mismo con actos de autoría, pero sin la intención de causar un daño al bien jurídico protegido, sino de que el que comete el acto, también llamado provocado, sea sancionado por dicha actuación.³⁰ Autores como PERALS CALLEJA afirma que estas figuras son completamente diferentes, ambas acogen la infiltración policial en un grupo delictivo bajo una identidad supuesta, sin embargo, el agente provocador busca intervenir en la preparación y realización del delito y conseguir la consumación del mismo.³¹

El TS diferencia estas figuras estableciendo un límite a la actuación del agente infiltrado, así, la STS 848/2013 de 13 de junio prevé que «el delito provocado aparece cuando la voluntad de delinquir surge en el sujeto, no por su propia y libre decisión, sino como consecuencia de la actividad de otra persona, generalmente un agente o un colaborador de los Cuerpos o Fuerzas de Seguridad, que, guiado por la intención de detener a los sospechosos o de facilitar su detención, provoca a través de su actuación engañosa la

²⁹ VELASCO NUÑEZ, «El confidente», en *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*, vol. dedicado a *Delitos contra la salud pública*, CGPJ, Madrid, 1992.

³⁰ NUÑEZ PAZ, Miguel Ángel y GUILLÉN LÓPEZ, Germán «Entrega de vigilada, agente encubierto y agente provocador. Análisis de los medios de investigación en materia de tráfico de drogas (1)», *op. cit.*, pp. 32

³¹ PERALS CALLEJA, J. «Técnicas de investigación del crimen organizado: el agente encubierto, confidente, regulación en España y validez de la prueba obtenida en el extranjero, problemas práctica de la heterogénea regulación de la materia», Cendoj, 2010, p. 18.

ejecución de una conducta delictiva que no había sido planeada ni decidida por aquél, y que de otra forma no hubiera realizado, adoptando al tiempo las medidas de precaución necesarias para evitar la efectiva lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido.» En este mismo sentido se pronuncia las STS 1992/1993 de 15 de septiembre, 1114/2002 de 12 de junio y la SAN de 9 de abril de 2018 (ROJ: SAN 973/2018).

Por lo que, podríamos decir que las principales diferencias son:

- La infiltración: el agente provocador se limita a un contacto leve con la organización o algún delincuente
- Identidad ficticia: el agente provocador simplemente oculta su condición de agente, pero no hace uso de una identidad supuesta para operar en el tráfico jurídico como el encubierto.
- Duración: la intervención del agente provocador es más corta que la del infiltrado, por lo que la afección a los derechos fundamentales y el engaño será menor.
- Finalidad. Mientras que la del provocador es detener al delincuente en el instante, impidiendo el agotamiento del delito; la del agente encubierto es «recabar información, ya que por encima de la incautación de efectos del delito o detenciones concretas está la desarticulación de una organización criminal.»³²

Por último, el denunciante anónimo. Tal y como indica el nombre de la figura, se trata de aquella persona que ocultando su identidad (al igual que hace el agente encubierto), pone en conocimiento de las autoridades policiales la comisión de hechos delictivos. Según explica GASCÓN INCHAUSTI, suele ser, como regla, «un particular que pone en conocimiento de la autoridad la comisión de hechos delictivos y que, a menudo, conduce a ésta hacia algún elemento probatorio de relevancia, pero cuya identidad se mantiene oculta en el proceso penal, bien por desconocerla todos aquéllos que en él intervienen, bien porque quien la conoce no la revela, amparándose, con o sin fundamento, en alguna modalidad de secreto profesional.»

El denunciante anónimo comunicará a las autoridades los hechos, de forma oral o escrita, a través de una denuncia. Esta forma de incoar el procedimiento penal se regula en la LECrim (arts. 259 a 269). Se trata de uno de los medios habituales para iniciar el proceso

³² STS 65/2019, de 7 de febrero de 2019.

penal y requiere la identificación del denunciante, por lo que la denuncia anónima plantea un problema de validez y eficacia de su contenido. Por ello, múltiple jurisprudencia se ha pronunciado indicando que, si bien sirve como fuente de información y permite iniciar el proceso de investigación de los hechos acaecidos, sin embargo, no se constituye como prueba de cargo ni como indicio suficiente para imponer medidas restrictivas de los derechos fundamentales, requiriendo en estos casos más elementos que permitan constituir estos indicios.

En conclusión, la insuficiencia de los medios tradicionales de investigación en materia de criminalidad organizada, implementados por el Poder Judicial, los fiscales y las FCSE, como consecuencia de sus complejas estructuras, la expansión internacional, instrumentos financieros ilícitos, la comisión de delitos y la presencia estable en la sociedad, ha provocado la aparición de nuevos métodos tales como la infiltración policial, y en concreto, la intervención de aquel policía que, poseyendo una serie de cualidades específicas, acepta voluntariamente inmiscuirse en una organización o grupo criminal para lograr desarticularla identificando las actividades ilícitas y a quien se encuentra detrás de ellas, jefazos y promotores.³³

3. REQUERIMIENTOS PROCESALES PARA LA INFILTRACIÓN DEL AGENTE.

Junto al cumplimiento de los presupuestos materiales, el legislador ha exigido también el de los procesales o de forma, lo que permitirá que dicha medida se adapte a la legalidad y respete su condición de subsidiaria. En este sentido, la LECrim exige al juez u órgano competente que analice el caso concreto, y emita un auto autorizando o no dicha medida motivadamente.

En caso de ser autorizada, la duración será de seis meses prorrogables. Tras la consecución de la intervención, la actuación del agente estatal se verá sometida a un exhaustivo control por parte del órgano judicial para comprobar el grado de cumplimiento de sus funciones, evitar las posibles vulneraciones a los derechos fundamentales y castigar aquellas cometidas, lo que permitirá, en última instancia, analizar su régimen de responsabilidad.

³³ DELGADO GARCÍA, María Dolores, «El agente encubierto: técnicas de investigación. Problemática y legislación comparada», 1996, pp. 1-15

3.1. Autorización para la infiltración.

Este medio de investigación de los hechos punibles y del entramado criminal, tendrá cabida únicamente cuando se hayan agotado el resto de las técnicas y métodos menos lesivos de los derechos y garantías del proceso³⁴. En este sentido, se trata de un mecanismo caracterizado por la subsidiariedad. El director del Instituto Superior de Ciencias Políticas y Seguridad Interna de Portugal, el profesor GUEDES VALENTE (2008), afirma que dicha medida solo debe ser usada cuando las demás sean incapaces o ineficaces para lograr desvelar la verdad. En definitiva, el órgano judicial acordará esta medida cuando los medios tradicionales devienen obsoletos, y nunca como *prima ratio*³⁵.

Asimismo, al suponer una continua restricción de los derechos fundamentales, no se puede hablar únicamente de subsidiariedad sino también de excepcionalidad, suponiendo su adopción cuando sea la medida menos gravosa para los procesados, lo que la define como la *ultima ratio*³⁶. Así, cuando las partes acusadoras en el proceso consideran que no cabe otra medida menos lesiva solicitarán al órgano competente la autorización para la infiltración de un agente bajo identidad supuesta, quien deberá someterla a un juicio de proporcionalidad, comprobando la idoneidad, adecuación, necesidad y estricta proporcionalidad de la misma en el momento procesal concreto.

A tal efecto, la SAN 33/2018 de 25 de septiembre, señala la necesidad de que medie, en todo momento, una autorización judicial: «Ello se debe a que nos encontramos de nuevo ante una figura que, a través de su actuación, puede afectar a derechos fundamentales, tales como el derecho a la intimidad, a la inviolabilidad del domicilio o al secreto de las comunicaciones. La limitación de estos derechos fundamentales, llevada a cabo por la autoridad pública, debe obedecer a un fin legítimo, ser proporcional y estar amparada legalmente, lo cual es previsto por el legislador a través de esta exigencia de autorización judicial previa, autorización que debe estar motivada y ser precisa para el logro de los fines de la investigación en marcha. Los agentes de policía de esta manera se verán

³⁴ GÓMEZ DELLIANO FONSECA-HERRERO, Marta., «Investigación y prueba en el proceso penal», Nicolás GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO (dir.) y Ágata M^a. SANZ HERMIDA (coord.), Madrid, 2006, pág. 208.

³⁵ CARDOSO PEREIRA, Flavio «Tesis doctoral. El agente encubierto y proceso penal garantista: límites y desafíos», Programa de Doctorado «Estado de derecho y buen gobierno», *op cit.*, pág 294.

³⁶ SUITA PÉREZ, N., "La diligencia de investigación por medio del agente encubierto", en P. MARTÍN (ed.) *La Actuación de la Policía Judicial en el Proceso Penal*, Barcelona, Marcial Pons, pp. 247-248.

autorizados “a actuar bajo supuesta y a adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos” ex art. 282 bis 1 LECrim.»

La subsidiariedad y excepcionalidad de esta medida exigen, por tanto, la existencia de unos indicios racionales de criminalidad organizada, que permitan justificar y motivar la autorización concedida para la infiltración. De este modo, los agentes encargados de la investigación de los hechos comprobarán la veracidad de estos y elaborarán los informes necesarios para demostrar el potencial éxito de la medida que solicitan. Dichos informes serán remitidos a la autoridad competente con el fin de valorarlos y acordar la proporcionalidad o no de la infiltración.

Sobre este punto, la STS 835/2013 de 6 de noviembre de 2013, señala la importancia de unas indagaciones previas, y afirma al respecto: «en efecto, pues el precepto habla de investigaciones relativas a la delincuencia organizada, esto es, de indagaciones policiales, obviamente ya en marcha, generadoras de una información de cierta calidad y, por eso, apta para hacer pertinente y dotar de fundamento el recurso a la medida que se considera; que, es obvio, por su carácter extraordinario, solo podría adoptarse a la vista de datos de evidente consistencia.»

Se puede deducir, por tanto, de la práctica y determinada jurisprudencia, que la iniciativa de esta actuación corresponde a la Policía Judicial, debido a que es la única que posee los conocimientos suficientes para evaluar la situación y el triunfo de la medida, sin embargo, no se ocupará de ponerla en práctica. El art. 282 bis reserva estas funciones de ponderación y autorización al Juez de Instrucción competente o al Ministerio fiscal, debiendo dar siempre cuenta inmediata al juez. Afirma, en este sentido, la Fiscalía General del Estado, «en estos supuestos habrá de procederse a la inmediata judicialización del expediente, en tanto el apartado primero de este precepto exige del Fiscal que cuando autorice tal técnica de investigación dé cuenta inmediata al Juez.»³⁷

Si bien la ley declara una competencia «doble, indistinta e indiferente»³⁸, esta atribución de competencias al acusador público por excelencia plantea una serie de controversias: al

³⁷ Circular 4/2010, de 30 de diciembre, sobre las funciones del Fiscal en la investigación patrimonial en el ámbito del proceso penal.

³⁸ GASCÓN INCHAUSTI, F. *Infiltración policial y «agente encubierto»*, Comares, Granada, 2001, pág 189.

tratarse de una medida restrictiva del sistema de garantías, carece de sentido que pueda ser autorizada por un órgano distinto al poder judicial. Tal y como lo plasmó nuestro legislador, la posterior comunicación al juez instructor no supone otra cosa que un control judicial respecto de la autorización del Ministerio Fiscal. En este sentido, autores como RIFÁ SOLER sostienen esta opinión al considerar que incluso el receptor de todas las comunicaciones e informaciones que el agente encubierto haga durante la infiltración será el juez competente para la instrucción de la causa.³⁹ Por lo que podemos afirmar que el órgano competente por antonomasia es el Juez de Instrucción.

La habilitación al Juez de Instrucción competente exige una pequeña matización, y es que dicha solicitud puede formularse tanto en el marco de unas investigaciones preliminares por parte de la Policía Judicial o del Ministerio fiscal, como en medio de un proceso penal en aras de una diligencia de investigación más. Así, el competente puede ser tanto (1) aquel al que le correspondería instruir, como (2) aquel que está conociendo de la causa. En nuestro caso concreto, al centrar el estudio en las infiltraciones en los casos de delitos de terrorismo, y en especial, los supuestos de yihadismo, el competente será el Juzgado Central de Instrucción en virtud del art. 65.1.a) LOPJ.⁴⁰

La autorización dictada por el juez, y la posterior ratificación o revocación si la medida es adoptada por el acusador público⁴¹, tendrán forma de auto. Dicha resolución, tal y como exige la situación y el principio de legalidad, requiere de una motivación (art. 282 bis.1 «*mediante resolución fundada y teniendo en cuenta su necesidad a los fines de la investigación*»).

El auto, aunque no aparezca como tal recogido en la ley, debe recoger los siguientes extremos:

1. La conurrencia de circunstancias que permitan la adopción de la medida. Tras la solicitud, al Juez o Ministerio Público, del nombramiento de un agente encubierto, estos deben evaluar los hechos comunicados y comprobar si existen indicios

³⁹ CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL, Adrán, «La infiltración policial en España como medio de investigación en la lucha contra la corrupción», *op. cit.*, pp. 511-536.

⁴⁰ EXPÓSITO LÓPEZ, Lourdes, «El Agente Encubierto» en Revista de Derecho UNED, nº 17, 2015, pp. 269 y ss.

⁴¹ Si la resolución la dicta el Ministerio Fiscal, esta tendrá forma de decreto, aunque debe dar posteriormente cuenta inmediata al juez, y en su caso, se confirmará o revocará por medio de auto.

suficientes para proceder con dicha diligencia. Entre los indicios más comunes en las investigaciones por terrorismo y yihadismo suelen ser la reunión con frecuencia de dos o más personas en las que, tras infiltraciones de corta duración o escuchas realizadas bajo autorización judicial, se pueda deducir la futura comisión de delitos, la radicalización y la lucha por la yihad, entre otros.

2. La identificación del posible delito y de los presuntos delincuentes. En virtud del principio de legalidad, el ámbito de actuación del agente encubierto es la investigación por actividades propias de delincuencia organizada, procediendo el art. 282 bis LECrim a señalar *«a efectos del apartado 1 de este artículo, se considerará como delincuencia organizada la asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer alguno o algunos de los delitos siguientes»*. Esta enumeración cerrada exige que las partes solicitantes, así como el Juez en el auto, señalen a cuál de estos posibles delitos se refiere la investigación. Y junto a ello, la identificación de los presuntos delincuentes.
3. El test de proporcionalidad de la medida, que debe contener en todo momento la evaluación de la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto de la intervención, lo que se estudiará más tarde.
4. La identificación del agente encubierto. Una vez decidido quien se infiltrará, atendiendo a las características antes definidas, el Juez en la parte dispositiva autorizará al Ministerio del Interior para que elabore una identidad supuesta que será otorgada por el plazo de seis meses prorrogables.
5. Finalmente, las actividades que puede realizar y la forma de comunicación de lo obtenido. En cuanto a las funciones, el auto deberá señalar las actuaciones concretas que el agente podrá realizar, y que en todo caso será *«adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos (...) en todo lo relacionado con la investigación concreta y a participar en el tráfico jurídico y social bajo tal identidad»*. En cuanto a la forma en la que debe comunicar los hechos, y cuándo debe hacerlo, quedará a la decisión del juez.

Estudiada la forma genérica de autorización de la infiltración, y la parte administrativa conformada por la autorización del Ministerio del Interior, cabe señalar que el juez podrá conceder otros tipos de autorización.

Mientras que la anuencia inicial da cobertura a la actuación bajo identidad supuesta y lo que con ella se deriva, el engaño; a lo largo de la infiltración pueden suscitarse situaciones en las que el agente requiera limitar los derechos fundamentales de los miembros del grupo investigado. Esto suele ocurrir cuando el infiltrado va subiendo en la escala de confianza de los «hombres de atrás». La exigencia de esta nueva autorización se recoge en el art. 282 bis.3 que reza así: *«Cuando las actuaciones de investigación puedan afectar a los derechos fundamentales, el agente encubierto deberá solicitar del órgano judicial competente las autorizaciones que, al respecto, establezca la Constitución y la Ley, así como cumplir las demás previsiones legales aplicables.»*

En los casos concretos, en los que se pueda ver afectado algún derecho fundamental, tales como el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE), el derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE) o el secreto de las comunicaciones (Art. 18.3 CE), el agente deberá comunicarlo al juez, para que expida una autorización, y así salvaguardar su responsabilidad en el proceder de dicha actuación. Esta autorización debe concederse para el caso concreto, art. 282 bis.7: *«7. En el curso de una investigación llevada a cabo mediante agente encubierto, el juez competente podrá autorizar la obtención de imágenes y la grabación de las conversaciones que puedan mantenerse en los encuentros previstos entre el agente y el investigado, aun cuando se desarrollen en el interior de un domicilio.»*

Por último, es relevante señalar que la autorización va a implicar la apertura de una pieza separada y secreta de la investigación, puesto que de lo contrario carecería de sentido que un agente se infiltrase para conocer los entramados de las organizaciones o grupos criminales, si estos pudiesen llegar a conocer tal infiltración. El art. 302 LECrim señala que de oficio o a instancia de cualquiera de las partes personadas en el procedimiento, se podrá solicitar la declaración total o parcial del secreto del sumario por tiempo no superior a un mes. Esto no supone una vulneración del derecho de defensa de las partes en el proceso, y así lo entiende el Tribunal Supremo que en su sentencia 277/2016, de 6 de abril de 2016 señala: *«La ocultación a las partes durante la fase de investigación de la intervención de un agente encubierto viene amparada por la Ley. Además, no se ha derivado de ahí indefensión de ningún género, ni menoscabo alguno del derecho de defensa.»*

3.2. Duración de la infiltración.

La LECrim prevé en su título VIII una serie de medidas de investigación limitativas de los derechos del art. 18 CE, entre las cuales podría llegar a encuadrarse la figura del agente infiltrado.

En interés de un proceso penal garantista, evidenciado en el respeto y la protección a los derechos y garantías de los ciudadanos, la existencia de medidas limitativas de estos no puede carecer de límite en su duración. Entre los motivos que fundamentan esta concepción, encontramos el Estado de derecho, el necesario control por la autoridad encargada de lo perpetrado para la evitación de los posibles abusos, y finalmente para conseguir centrar la misma en los fines que se pretenden alcanzar⁴² y que estos no acaben siendo baladí.

En el caso del agente encubierto, además de los aspectos recientemente mencionados, una prolongación indebida de su infiltración podría suponer un riesgo tanto en su persona como para la investigación, incrementando las posibilidades de ser descubierto por los participantes del grupo o de cometer infracciones procesales, así como actos constitutivos de infracción penal⁴³.

En aras al tenor literal del art. 282 bis, el plazo de seis meses previsto en el mismo, «*la identidad supuesta será otorgada por el Ministerio del Interior por el plazo de seis meses prorrogables por períodos de igual duración*», hace referencia a la identidad ficticia y no al plazo o extensión de la infiltración⁴⁴. Sin embargo, parte de la doctrina ha entendido, que la concesión de la identidad supuesta que permite el engaño es la base de la investigación realizada por el agente, de modo que ambos plazos deben coincidir.

Otros autores, orientados por esas afirmaciones, han planteado otras posibles vías de interpretación otorgando más protagonismo a la decisión del juez. Así, PAZ RUBIO ha señalado que «la autoridad judicial no está sujeta al plazo que concede la autoridad administrativa sobre la identidad supuesta, sino que el Juez, en función del necesario

⁴² GASCÓN INCHAUSTI, F., *Infiltración policial y “agente encubierto”*, op. cit., pág. 138.

⁴³ DELGADO MARTÍN, J., *Criminalidad Organizada*, op. cit., pág. 61

⁴⁴ STS 22/2018 «Esta identidad supuesta tiene una duración máxima definida en un plazo de seis meses, con posibilidad de ser prorrogados por periodos de igual duración, siempre que la investigación lo requiera justifica.»

juicio de proporcionalidad, la información que vaya obteniendo y el curso de la investigación ordenará el cese o la prórroga de la investigación encubierta.»⁴⁵

A propósito de lo anterior, el plazo de duración de esta diligencia de investigación no solo plantea este conflicto, sino que también entra en colisión con el plazo previsto para el secreto de sumario. Como se ha señalado anteriormente, lo habitual en estos casos es que las partes, o el juez de oficio, soliciten el secreto de las actuaciones, y de esta manera, evitar poner en peligro la investigación y a la persona infiltrada. El secreto del sumario se acuerda por un plazo máximo de un mes (art. 302 LECrim), en cambio, la identidad supuesta o la infiltración del agente admite un plazo mayor, seis meses.

El principal problema que plantea esta incongruencia de plazos es la posible vulneración del derecho de defensa del investigado, puesto que no podrán conocer del agente encubierto mientras dure el secreto, pero nada se dice de los cinco meses restantes. Para solucionarlo, cabe empezar señalando que el plazo previsto para el secreto puede ser prorrogado por periodos máximos de un mes, y que esta extensión temporal no afecta al derecho de defensa, puesto que, una vez levantado el secreto, deberá ponerse en conocimiento de todas las partes personadas las actuaciones relativas a dicha investigación, excluyendo en todo caso, las relativas a la verdadera identidad del agente infiltrado⁴⁶. Así lo afirma la STC 176/1998 de 4 de octubre, al señalar en un caso en el que se prorrogaba por 20 días un secreto, «en un nivel de mayor concreción, el secreto sumarial tiene por objeto impedir que el conocimiento e intervención del acusado en las actuaciones judiciales pueda dar ocasión a interferencias o manipulaciones dirigidas a obstaculizar la investigación en su objetivo de averiguación de la verdad de los hechos y constituye una limitación del derecho de defensa, que no implica indefensión, en cuanto que no impide a la parte ejercitarlo plenamente, cuando se deja sin efecto el secreto por haber satisfecho su finalidad.»

Es decir, una vez abierta la pieza separada y secreta de agente encubierto, las partes deberán motivar suficientemente la prórroga del secreto, justificando en el caso del agente

⁴⁵ PAZ RUBIO, J. M^a; MENDOZA MUÑOZ, J; MORICHE, R. R; OLLÉ SESÉ, M., *La prueba en el proceso penal. Su práctica ante los Tribunales*, Madrid, 1999, pp. 400-401

⁴⁶ MORENO CATENA, «Los agentes encubiertos en España» en *Revista ICAM*, núm. 10, 1999, pág. 42.

la protección y éxito de la investigación, así como la salvaguarda del infiltrado. Si el juez lo estima oportuno, y siempre que no se cause indefensión, prorrogará el mismo.

Por último, una vez expirado el tiempo del encubrimiento, las partes pueden solicitar la prórroga de esta medida. Dicha prórroga consiste en ampliar el plazo de la infiltración del agente estatal en la organización criminal, por lo que se exige que las FCSE comprueben, atendiendo a los resultados obtenidos hasta el momento, si dicha extensión tiene sentido o no⁴⁷.

La continuación de esta diligencia de investigación puede estar justificada tanto en los frutos obtenidos, en la falta de tiempo para conseguir todo lo previsto, así como en aquello que se estaba realizando. Es decir, los mandos policiales acreditarán la necesidad de un nuevo plazo para el cumplimiento integral de las finalidades previstas cuando se acordó por primera vez⁴⁸.

En este sentido, la ley guarda silencio sobre el número de prórrogas que se pueden solicitar, así que podrá ocurrir tantas veces como sea necesario para conseguir los fines de la investigación. Por ello, una vez solicitada, el juez competente la examinará, y en caso de considerarlo óptimo, solicitará al Ministerio del Interior la ratificación de la identidad falsa. Este auto de autorización podrá prever el plazo que el juez estime conveniente, no teniendo que ser de seis meses, pero que en todo caso constituirá su límite máximo.⁴⁹ Por otra parte, si estimase que se ha cumplido con lo que se esperaba, indicará la extinción de la figura, sin necesidad de prórroga alguna.

3.3. Extinción de la infiltración

El principal motivo para la extinción de esta medida es la finalización del plazo fijado una vez se ha cumplido con las finalidades que la determinaron.

Con todo, como ya hemos señalado, existen otras causas que conllevarían la extinción de la infiltración tales como la decisión del juez competente que estima la medida como

⁴⁷ GASCÓN INCHAUSTI, F. *Infiltración policial y «agente encubierto»*, *op. cit.*, pp. 119-120.

⁴⁸ CARDOSO PEREIRA, Flavio «Tesis doctoral. El agente encubierto y proceso penal garantista: límites y desafíos», *op. cit.*, pp. 403.

⁴⁹ ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Rocío, *El policía infiltrado. Los presupuestos jurídicos en el proceso penal español*, *op. cit.*, pp. 361 y ss.

innecesaria para la consecución de los objetivos que la autorizaban, o la falta de obtención de los frutos previstos.

No obstante, hay circunstancias que ocasionarán que dicha medida termine antes de tiempo, incluso, antes de finalizar el primer plazo de la investigación. Estas son tres y pueden resumirse de la siguiente forma:

- En primer lugar, por decisión del juez competente para autorizarla, en caso de considerar que existe alguna irregularidad en la actuación del agente infiltrado que pueda llegar a poner en peligro su vida.

A su vez, los mandos policiales o el propio agente encubierto podrán poner fin a dicha actuación cuando la información que se esté recabando sea irrelevante para la investigación, así como cuando el objeto de la misma no esté encuadrado en los parámetros de actuación del agente encubierto⁵⁰.

- En segundo lugar, en los casos en los que la autorización provenga del Ministerio Fiscal y este no la haya comunicado al juez, o bien, una vez comunicada, el juez decida revocarla al considerar que no concurren los supuestos necesarios para la intervención.
- Por último, concluido el primer plazo, y por tanto, durante la intervención, en caso de no solicitarse la prórroga el juez no necesitará dictar ninguna resolución; o, en caso de haberse solicitado la prórroga se considera que hay una grave afectación a los derechos fundamentales de los investigados que no queda amparada por el principio de proporcionalidad exigido; y, en su caso, porque se está desarrollando una conducta arbitraria y no ajustada a derecho.⁵¹

La extinción de esta figura puede suponer que el juez considere que no hay elementos suficientes para continuar con la investigación y por tanto, pondrá fin a las investigaciones por medio de auto declarando el sobreseimiento de la causa.

Si bien, el cese de la medida implica el fin de la intervención esto supone un problema relativo a la desconexión del agente infiltrado del entramado criminal. Una vez concluida la diligencia, el agente encubierto deberá desvincularse del grupo lo que resultará peligroso para su persona, en caso de levantar sospechas. Mientras que en nuestro

⁵⁰ GASCÓN INCHAUSTI, F., *Infiltración policial y «agente encubierto»*, op. cit., pp. 224- 225.

⁵¹ *Ibid.*, pp. 224- 225.

ordenamiento jurídico el legislador no ha previsto ninguna regulación ni solución a estos casos, salvo la consideración como testigo protegido, otros en el ámbito del derecho comparado, como el francés, sí que lo han recogido recogiendo, en estos casos, la posibilidad de que el agente permanezca dentro, el tiempo estrictamente necesario, para velar por su seguridad sin que esta situación pueda exceder de cuatro meses (art. 706-85)⁵².

3.4. Control de la infiltración.

Además de preverlo el art. 282 bis.1 en su último párrafo, el juez deberá indicar en el auto por el que acuerda la infiltración, y por tanto la intervención del agente encubierto, que este deberá comunicar toda la información que obtenga, lo más rápido posible, y que será valorada para su inclusión en el sumario.

Art. 281 bis.1: «La información que vaya obteniendo el agente encubierto deberá ser puesta a la mayor brevedad posible en conocimiento de quien autorizó la investigación. Asimismo, dicha información deberá aportarse al proceso en su integridad y se valorará en conciencia por el órgano judicial competente.»

Respecto a dicha información, cabe señalar que podrá ser requerida en cualquier momento, y en ese caso, el agente estatal deberá poner en conocimiento del juez todo lo que haya descubierto hasta el momento, sin poder elegir o seleccionar aquello que debe remitir.⁵³

Además, en numerosos casos se ha dado la posibilidad de nombrar a un segundo agente que se encargue de la supervisión de todo lo realizado por el infiltrado, exigiéndole en su caso conocimientos específicos para analizar la situación correctamente. Dicho agente será conocido como supervisor o agente de control.

El agente de control es aquel funcionario policial que actuará como medio de comunicación entre el encubierto y el fiscal o juez. Para ello, se le encomienda vigilar el

⁵² ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Rocío, *El policía infiltrado. Los presupuestos jurídicos en el proceso penal español*, op. cit., pág. 365

⁵³ MAGRO SERVET, V., *Manual práctico de actuación policial judicial en medidas de limitación de derechos fundamentales*, Madrid, 2006, pp. 190-191.

cumplimiento de las funciones por parte del agente, transmitir toda la información que este reporte y no llegue directamente a la autoridad competente, y, facilitar los medios y recursos técnicos que el infiltrado requiera en cualquier momento.⁵⁴

Por tanto, desde el nombramiento del agente encubierto hasta la extinción de dicha figura por el cese de las investigaciones, todo estará sometido a un control judicial, con la posibilidad de nombrar, si así se requiere por la complejidad del entramado delictual, a un supervisor que actúe como interlocutor entre el órgano jurisdiccional y el infiltrado.

4. LÍMITES A LA INFILTRACIÓN: DERECHOS Y GARANTÍAS AFECTADOS EN LA INVESTIGACIÓN POR AGENTE ENCUBIERTO.

4.1. Derechos fundamentales afectados.

La fase de instrucción del proceso penal tiene como finalidad saber si procede o no desvirtuar la presunción de inocencia del sospechoso atendiendo a las pruebas que se han obtenido⁵⁵. Para ello, los objetivos de esta fase son: la investigación de los hechos, la identificación e imputación de los posibles responsables, la localización y conservación de las pruebas del delito y, la imposición de medidas cautelares personales y reales. En otras palabras, consiste en dilucidar si hay indicios suficientes o no para determinar la apertura del juicio oral o archivar la causa.

A petición de cualquiera de las partes, podrá el juez acordar las diligencias de investigación que consideren necesarias para conocer los hechos delictivos y a sus causantes. Con este fin, y tras el análisis realizado sobre la figura del agente encubierto, cabe señalar que la LECrim regula una serie de medidas que pueden suponer, o no, una restricción de los derechos fundamentales, la cual puede ser calificada, a su vez, de legítima o ilegítima. En este último supuesto, las pruebas obtenidas serán ilícitas, y atendiendo a la teoría de los frutos del árbol envenenado, todo lo que derive de ellas también (art. 11.1 LOPJ)⁵⁶.

⁵⁴ ARENAS, César, Consultor Internacional de Justicia

⁵⁵ ZARZALEJOS NIETO, Jesús y BANACLOCHE PALAO, Julio, *Aspectos Fundamentales de Derecho Procesal Penal*, ed. 4º, Wolters Kluwer, Madrid, 2018..

⁵⁶ En España «no surte efectos, llas pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales» art. 11.1 LOPJ.

Así, en el Título VIII de la LECrim se definen y regulan las medidas de investigación que pueden suponer una limitación de los derechos del art. 18 CE (intimidad, honor, inviolabilidad del domicilio, secreto de las comunicaciones y la limitación del uso de la informática para garantizar estos anteriores).

Luego, tras haber puesto de relieve que la infiltración policial puede clasificarse atendiendo a su aspecto subjetivo y temporal, cabe señalar que no toda esta supone una afeción a los derechos fundamentales. En este sentido, será la intervención en el grupo criminal, desarrollada por los miembros de las FCSE, por un periodo largo y estable de tiempo, la que supondrá una limitación al sistema de garantías de nuestro proceso penal. Esto es, por la búsqueda de una relación de confianza entre el infiltrado y los participantes en el grupo, basada en el engaño, para conseguir información privilegiada a la cual no se tendría acceso por otra vía menos perjudicial.

En este sentido, el sistema de garantías mencionado consiste en «los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores, que, por decisión del constituyente ha de informar al conjunto de la organización jurídica y política». ⁵⁷ Por ende, y como señala MUÑOZ CONDE, es la aplicación del derecho constitucional al proceso penal por el cual se impone el respeto a ciertos límites. Dichos límites son los derechos fundamentales reconocidos y garantizados no solo por nuestra Norma Fundamental, sino también por los Convenios y Tratados Internacionales entre los que cabe señalar el CEDH y la CDFUE, entre otros.

Los derechos fundamentales son derechos subjetivos inviolables e inalienables, fundamentados en los principios de igualdad y universalidad, inherentes a todas las personas, y no absolutos. Esto quiere decir que pueden verse limitados. En este sentido, diferenciamos entre límites internos o delimitación, que son aquellos que derivan de su propia configuración, como externos, en cuyo caso vendrán dados por su conflicto con otros derechos o por la ley.

⁵⁷ STC 53/85, FJ.4º, y RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pág. 22.

Recoge de este modo la STC 292/2000 (FJ 11) que *“la primera constatación que debe hacerse es que la Constitución ha querido que la Ley, y sólo la Ley, pueda fijar los límites a un derecho fundamental. Los derechos fundamentales pueden ceder, desde luego, ante bienes, e incluso intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que experimenten sea necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho fundamental restringido.»*

Explicada brevemente la teoría de los derechos fundamentales, cabe realizar un análisis de aquellos derechos que se ven limitados con la intervención del agente encubierto. En concreto, vamos a estudiar la proporcionalidad entre el derecho a la intimidad, la inviolabilidad del domicilio, el secreto de las comunicaciones y el derecho a la defensa, con la restricción al sistema de garantías que protege al investigado.

4.2. Estudio del principio de proporcionalidad en cada uno de los derechos afectados.

Antes de comenzar a ponderar cada uno de los derechos fundamentales con sus respectivos límites, cabe definir y explicar escuetamente el concepto del principio de proporcionalidad.

Así pues, la STC 169/2001, en su FJ noveno afirma que «la exigencia constitucional de proporcionalidad de las medidas limitativas de derechos fundamentales requiere, además de la previsibilidad legal, que sea una medida idónea, necesaria y proporcionada en relación con un fin constitucionalmente legítimo. (...) En este sentido para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres siguientes requisitos o condiciones: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés

general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).»⁵⁸

Comenzando con el derecho a la intimidad, la STC 231/1988 señala que la intimidad protege aquel «ámbito propio y reservado» de las personas, cuya efectiva existencia es necesaria para alcanzar una «calidad mínima de vida humana». Es, por tanto, la facultad de excluir del conocimiento ajeno cualesquiera hechos comprendidos dentro del ámbito propio y reservado de una persona.⁵⁹

Consiguientemente, este derecho se verá limitado con la sola intervención del agente encubierto. Como consecuencia de la infiltración, el agente interviene en la vida privada de otras personas, ocultando su verdadera condición y personalidad, para obtener cierta información reservada al conocimiento público, tal y como reconoce gran parte de la doctrina⁶⁰. Por lo que la verdadera problemática subyacente es si la limitación se debe a una arbitrariedad de los poderes públicos, lo que implicaría la invalidez de todas las pruebas que de ella se obtenga, o si bien, deriva del engaño necesario para proceder a la infiltración. En definitiva, habría que entender que la resolución judicial que permite esta intervención ampara la restricción de la esfera privada.⁶¹

Respecto a la inviolabilidad del domicilio, la STC 22/1984 señala que el bien jurídico protegido por este derecho es «un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima». El art. 545 LECrim prevé que nadie podrá entrar en el domicilio sin consentimiento del titular, salvo en los casos y forma que prevean las leyes. A tal efecto, la entrada en el domicilio es legítima si existe consentimiento del titular, una orden judicial o en caso de flagrante delito.

⁵⁸ BASTIDA, Francisco J., VILLAYERDE, Ignacio, et al., *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española*, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 131 y ss

⁵⁹ Díez- PICAZO GIMÉNEZ, Luis María, *Sistema de Derechos Fundamentales*, 4ª ed., Civitas, octubre 2013, Pamplona, pp. 177 y ss.

⁶⁰ GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, Marta, *Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación*, Colex, Madrid, 2004. pág. 136.

⁶¹ ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Rocío, *El policía infiltrado. Los presupuestos jurídicos en el proceso penal español*, op. cit., pp. 167 y ss.

Una vez se produce la infiltración, el agente encubierto se comportará como un miembro más del entramado criminal lo que implicará que en numerosas ocasiones tenga que entrar en un lugar, considerado como domicilio, y que, por ende, afecte a dicho derecho del art. 18.2 CE. El inconveniente, por tanto, se plantea en esos casos, y no con los lugares que no constituyen domicilio, debiendo el agente obrar atendiendo a los requisitos legalmente establecidos, y solo así, tras su declaración en juicio oral, dicha diligencia tendrá carácter de prueba.

Sin embargo, el verdadero problema surge cuando el agente es invitado por el titular a entrar en el domicilio, ya que dicha invitación se hace bajo la creencia de que es otra persona, consecuencia del engaño e identidad ficticia que se le ha garantizado para infiltrarse. Al igual que en el caso de la intimidad, el engaño legitima dicha actuación y por tanto hay que considerar suficiente el consentimiento del miembro de la organización criminal para la entrada en el domicilio.

En cuanto al secreto de las comunicaciones, el valor protegido es la libertad de estas, tal y como indica la STC 114/1984. En este sentido, hay que matizar que la comunicación protegida será la indirecta, a través de algún medio técnico, y no la verbal.

En estos casos, cabe diferenciar las comunicaciones en las que el infiltrado forma parte de aquellas en las que no. En caso de formar parte de ellas, su actuación quedará amparada en virtud de la identidad ficticia que se le concedió. En cambio, en aquellas en las que no forme parte, y requiera de un mecanismo para su escucha, como puede ser la grabación, el agente deberá cumplir con lo establecido legalmente y, por tanto, disponer de una autorización judicial previa.

Por último, el derecho fundamental a la defensa del art. 24 CE. Dicho precepto constitucional se articula como un derecho de configuración legal, lo que ha conllevado que recoja entre sus manifestaciones uno de los principios esenciales del proceso penal: *nemo tenetur se ipsum accusare*. Esta expresión latina recoge el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.

Durante la intervención del agente encubierto, este participará en conversaciones con miembros del grupo criminal de las que podrán derivarse indicios suficientes para incoar

un procedimiento, así como para garantizar una sentencia condenatoria. Al conseguir a través de dicha grabación una declaración de tinte incriminatorio, el infiltrado debería informar de sus derechos al investigado, art. 520 LECrim. En este caso surge un debate entre dos posibles situaciones.

En la primera de ellas, el agente encubierto planteará determinadas preguntas al investigado, buscando algún hecho incriminatorio entre sus respuestas. Mientras que, en la segunda, el infiltrado se limitará a escuchar las conversaciones del investigado y a participar pasivamente en ellas. Así, en caso de que se trate de una intervención activa en la conversación, la actuación del infiltrado estaría vulnerando el derecho a no declarar contra sí mismo. En cambio, el segundo supuesto no supondría una afeción al derecho.

Sin embargo, sigue latente la duda de si incluso en la primera de las posibilidades, podría no llegar a afectarse el derecho a la no autoincriminación. En este sentido, parte de la doctrina sostiene que el diálogo mantenido con el agente se produce con plena libertad de los integrantes de la organización, por lo que el infiltrado debería quedar exento de informar de los derechos. Es decir, el engaño queda amparado en la resolución judicial que autoriza la incursión del agente encubierto, y eso, es confirmación suficiente para eludir la aplicación de las normas del derecho de defensa de los investigados.⁶²

No obstante, el sistema de garantías que protege nuestro Estado de Derecho no puede estar escrito sobre papel mojado. Por ello, autores como REVILLA GONZÁLEZ, han considerado que, aunque, el agente estatal no haya informado al investigado de los derechos que le amparan durante las afirmaciones que hace en las grabaciones, esta comunicación e información de las garantías que le asisten debe realizarse en todo caso cuando se haya procedido a la imputación formal de la comisión de un delito.⁶³

Asimismo, cabe matizar que el derecho a no declarar contra uno mismo implica también la prohibición del uso de métodos ilegítimos tales como malos tratos, drogas, y torturas, entre otros.⁶⁴ Por tanto, la información obtenida de las grabaciones no atenta contra el

⁶² DELGADO MARTÍN, «El proceso penal ante la criminalidad organizada. El agente encubierto», en PICO I JUNOY, *Problemas actuales de la justicia penal*, Bosch, 2001, pág. 117

⁶³ REVILLA GONZÁLEZ, *El interrogatorio de imputado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 23.

⁶⁴ ROXIN, C., *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*, trad. Carmen GÓMEZ RIVERO y M^a del Carmen CANTIZANO, Valencia, 2000, pp. 127 y 132.

derecho a la no autoincriminación del investigado puesto que queda amparada por la autorización judicial de la infiltración, siempre que, no se hayan obtenido con dichos medios ilícitos.

Una vez explicados los derechos afectados y como estos entran en colisión con la infiltración, es importante concluir con el estudio de la proporcionalidad. De esta forma, ante la posible existencia de una organización criminal, estable y organizada jerárquicamente para la comisión de hechos punibles, la adopción de esta diligencia de investigación supondría el siguiente esquema:

- La idoneidad. El principal objetivo de la actuación del agente encubierto no es otro que obtener aquella información a la que no se puede acceder por otros mecanismos; estudiar la estructura del grupo con detalle para facilitar su desmantelamiento; desarticular el entramado, señalando a los dirigentes y que actividades ilícitas se van a cometer. Por tanto, su función sí que es necesaria para el fin que se quería cometer.
- La necesidad. Como se ha venido señalando, esta medida se caracteriza por su subsidiariedad y extraordinariedad, es decir, al afectar a los derechos fundamentales, no puede acordarse sin aun autorización judicial. En este sentido, una vez se tiene conocimiento de la existencia de un grupo terrorista o yihadista que planea la comisión de delitos, los agentes del Cuerpo Nacional de Policía, tras vigilar sus actuaciones y estudiar las posibilidades de que se ejecute, elaborarán un informe que concluya en la necesidad de acordar dicha medida, lo que demuestra que las menos gravosas, en el supuesto concreto, carecen de eficacia y utilidad.
- Por último, la proporcionalidad en sentido estricto, es decir, si en el caso concreto, al ponderar los beneficios que aportaría dicha medida, y las desventajas que supone (como puede ser la limitación de los derechos fundamentales), el resultado no conlleva a una restricción injustificada del sistema de garantías. Así, por tanto, habrá que poner en la balanza: por un lado, la importancia de llegar a conocer el interior del grupo, estudiar sus movimientos, identificar a los «hombres de atrás», el miedo en la población, evitar la comisión de hechos delictivos que impliquen una gran cantidad de víctimas o afectados; y por otro lado, la restricción a su intimidad, el secreto de las comunicaciones y derecho de defensa, lo que permitirá conocer el posible lugar de un próximo atentado.

Como afirma LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, «la ley (apartado 5 del art. 282 bis LEcrim) no dice ni quiere que sea examinada la proporcionalidad de la actuación individualmente considerada, sino que el test de proporcionalidad ha de ser aplicado en relación a “la finalidad de la misma”, siendo “la misma” la “investigación”. Así pues, la proporcionalidad se averiguará tomando en consideración la actuación del agente encubierto y la finalidad de la investigación».⁶⁵

5. EL AGENTE ENCUBIERTO INFORMÁTICO.

En nuestro ordenamiento jurídico, el derecho penal, tanto material como procesal, se encuentra orientado a la «criminalidad física, marginal e individual». La globalización y la aparición de internet ha causado que las autoridades encargadas de la represión de los hechos delictivos se enfrenten a un nuevo cauce de ejecución delictiva lo que ha derivado en la insuficiencia de los medios de investigación tradicionales para su conocimiento y posible enjuiciamiento.⁶⁶

Las nuevas tecnologías han dificultado el estudio e indagación de los delitos cometidos, incrementado las dificultades relativas a la detención y persecución del hecho, facilitando el anonimato de sus posibles autores, y alcanzando un carácter transnacional en las conductas delictivas. La comisión de hechos punibles a través de internet es conocida como ciberdelincuencia, fenómeno que está cada vez más en boga, y que guarda relación directa con el desarrollo de las nuevas tecnologías.⁶⁷

Ante la insuficiencia de mecanismos para conocer e investigar delitos cometidos a través de Internet, y como consecuencia de la trasposición de la Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013⁶⁸, se positivizan nuevas medidas para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas

⁶⁵ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Thompson Aranzadi, Pamplona, 2004, pág. 684.

⁶⁶ FERNÁNDEZ TERUELO, «Ciberdelincuencia. Los delitos cometidos a través de internet», *Constitutio Criminalis Carolina*, Oviedo, 2007, pág. 13.

⁶⁷ SÁNCHEZ GÓMEZ, Raúl, «El agente encubierto informático», *La Ley Penal*, nº 118, Secc. Estudios, enero-febrero 2016.

⁶⁸ Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013 sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad.

de investigación tecnológica en la Ley Orgánica 13/2015 de 5 de octubre que modifica la LECrim.

En la Exposición de Motivos de la mencionada reforma, el legislador obvia la remisión a la figura del agente encubierto y considera inútil esbozar la importancia de dicho método de investigación, lo que puede deberse a considerarla más apta para las investigaciones con mayor proyección telemática⁶⁹. Ahora bien, introduce dos nuevos apartados en el art. 282 bis, sexto y séptimo. En ellos, el legislador, respectivamente, instaura o crea la figura del agente encubierto informático y le habilita para entrar en canales cerrados de comunicación; y por otra parte, atribuye nuevas competencias al agente encubierto convencional⁷⁰ (prevé la posibilidad de que el infiltrado pueda obtener imágenes y grabar conversaciones, para lo cual estudiamos que se exigía una autorización judicial concreta que permitiese la afección a los derechos fundamentales).

Así, el art. 282 bis.6 señala «6. *El juez de instrucción podrá autorizar a funcionarios de la Policía Judicial para actuar bajo identidad supuesta en comunicaciones mantenidas en canales cerrados de comunicación con el fin de esclarecer alguno de los delitos a los que se refiere el apartado 4 de este artículo o cualquier delito de los previstos en el artículo 588 ter a.*

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

Para entender esta nueva modalidad de infiltrado a través de internet, conviene examinar dos conceptos interrelacionados: el agente encubierto informático o virtual, y los canales cerrados de comunicación.

⁶⁹ SÁNCHEZ GÓMEZ, Raúl, «El agente encubierto informático», *op. cit.*

⁷⁰ «El agente encubierto on line en los registros remotos de equipos informáticos en el proceso penal», Iberley, 2019. URL: <https://www.iberley.es/temas/agente-encubierto-on-line-registros-remotos-equipos-informaticos-proceso-penal-63160>

La figura del agente encubierto presenta una modalidad virtual o informática caracterizada por el desarrollo de su actuación en Internet, a través de canales cerrados de comunicación, a diferencia de la presencialidad que caracteriza al infiltrado ordinario. El art. 282 bis.6 enfatiza el carácter cerrado de dichos canales, ya que son los únicos en los que se requerirá la autorización judicial.

Los canales o foros abiertos permitirán al agente virtual navegar, con identidad supuesta, sin necesidad de una autorización, siempre que cumpla con su labor de prevención e investigación del delito. Así lo ha entendido el TS al considerar que el uso de una identidad ficticia en internet se ajusta a los parámetros ordinarios de la habitualidad de la red⁷¹.

En cambio, los canales cerrados son aquellos que permiten la comunicación entre personas y la exclusión de terceros no deseados⁷², lo que implica que el acceso a la información no se encuentra abierto al público. En estos casos, el agente, ocultando su condición de miembro de la Policía Judicial, mantendrá conversaciones e intercambios de información, de forma voluntaria, con personas dadas de alta en la intranet. Así lo ha entendido el TS al afirmar en su Sentencia 65/2019, de 7 de febrero de 2019, lo siguiente: «se llega a un punto en la investigación en donde ya no se puede continuar, precisando la introducción de medidas de investigación, como la del agente encubierto, para acceder a esa información de la que no podría accederse de otra manera; y más en circuitos informáticos de comunicación cerrados que requieren de claves o accesos de amistad entre los partícipes.»

Respecto a los presupuestos subjetivos nada cambia. La figura del agente informático debe ser un miembro de las FCSE, entre los que no se encuentran los servicios de inteligencia, al cual se le exigen una serie de capacidades como pueden ser: altos conocimientos de informática y cierta fortaleza psíquica. Parte de la doctrina ha entendido que *«se ha de destacar en este estadio que el grado de formación y de preparación del agente encubierto resulta crucial para la tarea que tiene cometida resulte exitosa»*⁷³. La

⁷¹ «El agente encubierto on line en los registros remotos de equipos informáticos en el proceso penal», *op. cit.*

⁷² RIZO GÓMEZ, Belén, *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia*, en Jose M^a ASECIO MELLADO (dir.) y Mercedes FERNÁNDEZ LÓPEZ (coord.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pág. 103.

⁷³ *Ibid.*, pág. 108.

identidad supuesta y voluntariedad siguen siendo un requisito esencial, debiendo en todo momento el funcionario optar a ello por deseo propio, libre de todo tipo de presiones.

En lo que respecta al ámbito objetivo, el infiltrado virtual posee un mayor campo de actuación. Del tenor literal del art. 282 bis, en su sexto inciso, se desprende que el agente tendrá la capacidad de operar tanto en los delitos mencionados en el apartado cuarto, como en los relativos al art. 588 ter LECrim. En este sentido, se extiende su potestad a los hechos punibles del art. 579.1, que son «1.º Delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión. 2.º Delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal. 3.º Delitos de terrorismo.»⁷⁴

Con todo, dicha intervención requerirá de una autorización. Mientras que en el caso del agente estatal ordinario podía ser otorgada tanto por el Juez competente como por el Ministerio Fiscal, con posterior comunicación al juez; en el presente caso, la actuación del infiltrado, con carácter general, vendrá acompañada de la grabación de las comunicaciones y/o la obtención de imágenes, lo que supondrá una continua restricción de derechos fundamentales, y por tanto la exigencia de que sea el órgano judicial el único competente para autorizar la medida.

En caso de que la actuación pueda suponer la limitación del sistema de garantías del Estado de Derecho, el agente informático deberá solicitar al juez una nueva autorización que le permita afectar a dichos derechos, pero siempre con respeto al principio de proporcionalidad ya analizado. Sigue aplicando el límite máximo de seis meses en lo relativo a la duración de la medida y la posible prórroga de la misma, lo que requerirá que el infiltrado facilite la información al juez tan pronto como disponga de ella, para que esta pueda ser valorada e incluida en el proceso.

Concluida la intervención, el agente deberá declarar en juicio, en calidad de testigo, con pleno respeto a las garantías procesales y constitucionales para que lo obtenido y actuado durante su intervención adquiera carácter de prueba de cargo suficiente para fundamentar una sentencia condenatoria.

⁷⁴ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, art. 579.1.

6. EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DEL INFILTRADO.

La actuación del agente encubierto está prevista para la investigación de determinadas formas de delincuencia organizada en las que los medios tradicionales han quedado obsoletos o resultan inútiles. Como medida excepcional y gravosa, la intervención del agente estatal requiere de una autorización judicial que le habilite para actuar limitando los derechos de los integrantes del grupo. Sin embargo, por muy complicado que resulte la obtención de pruebas incriminatorias, en el proceso penal no puede conseguirse la verdad a cualquier precio.⁷⁵

Por ello, a la hora de estudiar la figura del agente encubierto conviene dedicar algunas palabras a examinar el régimen de responsabilidad que le aplica cuando, en el ejercicio de sus funciones, se extralimita o excede.

Para analizar este régimen, hay que comenzar aclarando que existe una prohibición de cometer hechos delictivos, por lo que toda extralimitación o transgresión de la ley debe ser examinada caso por caso para comprobar si fue necesaria y proporcional a los fines de la investigación.⁷⁶

La infiltración policial legítima, dentro de los fines y límites establecidos, la participación y comisión de ciertos delitos. Esta afirmación no debe interpretarse como la inclusión de un agente autorizado para delinquir, sino como la operación policial necesaria para conocer del entramado criminal y obtener, mediante el engaño, posibles pruebas contra los integrantes del mismo.⁷⁷

En este sentido, siempre que concurren los elementos necesarios, la LECrim permitirá al infiltrado la comisión de determinados ilícitos penales. Dichos requisitos deben cumplirse de forma simultánea e inexcusable, y son: que sea consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, que sean proporcionales a la finalidad de la investigación y que no

⁷⁵ ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Rocío, *El policía infiltrado. Los presupuestos jurídicos en el proceso penal español*, op. cit., pág. 395

⁷⁶ DEL POZO PÉREZ, Marta, «El Agente Encubierto como medida de investigación de la delincuencia organizada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal Española», op. cit., pp. 308 y ss.

⁷⁷ REDONDO HERMIDIA, A. «El agente encubierto en la jurisprudencia española y en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos» en *Revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 45, 2008, pág. 100.

supongan la provocación del delito⁷⁸. Es decir, se pretende evitar en todo momento que el agente encubierto adquiera notoriedad o relevancia en la organización criminal.

Todo esto queda positivizado en el apartado 5 del art. 282 bis, «5. *El agente encubierto estará exento de responsabilidad criminal por aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, siempre que guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma y no constituyan una provocación al delito.*

Para poder proceder penalmente contra el mismo por las actuaciones realizadas a los fines de la investigación, el Juez competente para conocer la causa deberá, tan pronto tenga conocimiento de la actuación de algún agente encubierto en la misma, requerir informe relativo a tal circunstancia de quien hubiere autorizado la identidad supuesta, en atención al cual resolverá lo que a su criterio proceda.»

A la vista del precepto, la exoneración de responsabilidad no aplicará ante aquellas conductas o hechos que no se encuentren expresamente amparadas por la ley (sí lo estarán, la actuación bajo identidad supuesta, la adquisición y transporte de objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos), la finalidad de la investigación, o el ámbito de actuación del infiltrado. Un claro ejemplo del ámbito de actuación es lo conocido como las «pruebas de castidad» que los altos cargos utilizan para probar la lealtad y disposición de sus miembros⁷⁹, y que en su caso, quedan protegidas por el error de prohibición indirecto⁸⁰.

Por tanto, el estudio de la responsabilidad penal del infiltrado, por los actos que realice durante la intervención, partirá de la directa proporcionalidad existente entre el grado de infiltración y el riesgo de cometer una acción delictiva, junto con el respeto a los derechos fundamentales de los investigados; excluyendo, en todo momento, los supuestos salvaguardados por la ley.

⁷⁸ SÁNCHEZ TOMÁS. *op. cit.*, pág. 215. y GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO. *op. cit.*, pág. 258.

⁷⁹ DELGADO MARTÍN, J., *Criminalidad Organizada. Comentarios a la LO 5/1999, de 13 de enero de modificación de la LECrim*, *op. cit.*, pág. 108

⁸⁰ La actuación del agente encubierto por una norma jurídica, sin embargo, cree que su actuación se encuentra amparada por una causa de justificación.

La naturaleza jurídica de dicha exención ha supuesto un debate doctrinal presidido por las ideas de causa de justificación general o especial⁸¹. Autores como RIFÁ SOLER han defendido su interpretación como un supuesto del art. 20.7 CP, cumplimiento con un deber o el ejercicio legítimo de un oficio o cargo; mientras que otros como LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, lo ha configurado como una causa especial de exoneración. Al margen de estas dos corrientes, se ha contemplado la existencia de un supuesto estado de necesidad, art. 20.5 CP.

El presente debate doctrinal ha sido resuelto por la jurisprudencia (STS de 10 de julio de 1992) al considerar que la actuación del agente «no es antijurídica, sino causa de justificación 7 del artículo 20 del Código», siempre y cuando sea legítima y proporcionada⁸². Y además, se ha descartado la posibilidad de invocar un estado de necesidad, puesto que requiere de la presencia de un conflicto entre bienes de desigual valor⁸³, lo que ocurriría solamente si el agente se viese amenazado en su persona.

Estudiada la responsabilidad penal, el agente encubierto también puede ser sujeto de responsabilidad civil o disciplinaria.

En cuanto a la disciplinaria o administrativa, cabe indicar que los agentes infiltrados son miembros de las FCSE, tal y como se ha venido señalando desde el principio. Esta materia supone la reacción del ordenamiento jurídico ante actos u omisiones ilícitos propios de su cargo que escapan al Derecho penal⁸⁴. Por su condición, les es aplicable el régimen disciplinario previsto en la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de julio de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

En este sentido, el art. 27 de la LO considera falta muy grave «cualquier conducta constitutiva de delito doloso», castigando dicha actuación con la separación del cargo o la suspensión del mismo. No obstante, para que aplique dicho precepto se exige el *animus doli*, es decir, el funcionario de la policía debía tener la intención de delinquir. Por lo que

⁸¹ ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Rocío, *El policía infiltrado. Los presupuestos jurídicos en el proceso penal español*, op. cit., pág. 397

⁸² STS de 5 de noviembre de 2002, y STS de 5 de marzo de 2004.

⁸³ MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 7º edición, 2007, pág. 388.

⁸⁴ MORENO CATENA y CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Introducción al Derecho Procesal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005, 2ª ed., pág. 153.

no concurrirá en caso de encontrarse en alguno de los supuestos del apartado quinto del art. 282 bis.

Ante la posibilidad de concurrencia de las jurisdicciones penal y administrativa, la primera de ellas goza de preferencia respecto a la administrativa, por lo que se tramitará con prioridad, quedando esta segunda condicionada a la decisión final del proceso penal⁸⁵. Sin embargo, la imposición de una sanción en ambos casos plantea una seria duda como consecuencia del principio *non bis in ídem*. En este sentido, aunque sin coincidir en opiniones, se han pronunciado tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH Caso Sallen c. Austria, de 6 de junio de 2002). Mientras que el TC admite la imposición de la doble penalización siempre que proceda la compensación entre ambas, el TEDH ha negado rotundamente esta posibilidad exigiendo que el Tribunal superior debe anular siempre la última⁸⁶.

Por último, y no por ello menos importante, la actividad desarrollada durante la infiltración puede dar lugar a dos formas de responsabilidad civil: la derivada de delito, y la generada por un acto no necesario para la finalidad de la investigación, pero con uso de la identidad supuesta.

La primera de ellas es también conocida como responsabilidad civil extracontractual o civil pura derivada de un hecho delictivo, y aparece recogida en el art. 1902 CC. Dicho precepto señala la obligación de responder por los daños cometidos como consecuencia de una acción u omisión, en la que interviene culpa o negligencia.

De la mano de la obligación de responder, la doctrina se encuentra dividida entre aquellos que consideran que si el agente obra en alguno de los supuestos del art. 282 bis.5 no deberá responder civilmente por el daño causado al no considerarse ilícita⁸⁷; en cambio, otros autores estiman que dicha responsabilidad debe subsistir en todo caso y no verse sujeta a límites especiales⁸⁸.

⁸⁵ GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, M., *Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación*, op. cit., pág. 271.

⁸⁶ GIMENO SENDRA, V., "Cuestiones prejudiciales devolutivas y non bis in ídem en el proceso penal", *Revista La Ley*, núm. 5817, 2003, pág. 6.

⁸⁷ ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Rocío, *El policía infiltrado. Los presupuestos jurídicos en el proceso penal español*, op. cit., pp. 420

⁸⁸ GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y agente encubierto...*, op. cit., pág. 289.

En los casos en los que no responda el infiltrado, para evitar que el damnificado se vea desprotegido, se atribuye responsabilidad subsidiaria al Estado.

La segunda de ellas, por el contrario, hace referencia a la responsabilidad contractual. El Código Civil reconoce el principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor en su art. 1911, por el cual el deudor responde con todos sus bienes, presentes y futuros.

La participación bajo identidad supuesta en el tráfico jurídico, tal y como indica la LECrim, conlleva la capacidad para realizar y concluir actos, negocios y operaciones de todo tipo⁸⁹. En el ejercicio de dichas facultades, y siempre y cuando estén orientadas a alcanzar los fines de la investigación, el agente encubierto gozará de una posible dispensa de responsabilidad, aunque verdaderamente no aparece previsto expresamente en nuestro ordenamiento⁹⁰. Ahora bien, no será de aplicación cuando hayan sido realizados con el objetivo de lucrarse, y por ello, deberá responder siempre en con todo su patrimonio.

Por tanto, aunando toda la información presentada, una vez concluido el proceso penal contra los investigados, y en caso de que el agente se haya extralimitado de sus funciones y puedan concurrir la obligación de indemnizar, se iniciará un proceso a parte para depurar su posible responsabilidad penal, civil y disciplinaria. La necesidad y proporcionalidad de su actuación se valorarán *ex post*, una vez cometidas.

En dicho proceso, el juzgado competente exigirá a las autoridades un informe de evaluación del desempeño del infiltrado, y decidirá si abrir juicio oral para determinar su culpabilidad. Si de dicho informe se deduce que el afectado obró de acuerdo con lo previsto en el párrafo primero del art. 282 bis.5, entonces, se acordará el archivo de las actuaciones mediante auto, lo que será recurrible en casación⁹¹.

⁸⁹ ZARAGOZA AGUADO, «Cuestiones penales y procesales relacionadas con la delincuencia organizada», en *Estudios jurídicos del Ministerio de Justicia*, curso sobre *Delitos contra la salud pública en materia de drogas*, 1999, pág. 65.

⁹⁰ Esto se debe principalmente a que el ejercicio de la acción civil es exclusivamente privado.

⁹¹ MORENO CATENA y CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Introducción al Derecho Procesal*, .op. cit., pág. 352.

7. ANÁLISIS PRÁCTICO DE ESTE MEDIO DE INVESTIGACIÓN.

Una vez analizado este medio de investigación tanto procesal como materialmente, con sus requisitos y salvedades, resta llevarlo a la práctica y entender la participación de cada uno de los principales intervinientes, así como las diversas resoluciones. Para ello, propongo el estudio de un caso real, en el que, a través de los indicios recopilados por la Brigada Provincial de Policía Judicial, se concluye en la posible existencia de una cédula yihadista en un centro penitenciario y se hace necesaria la infiltración del agente encubierto⁹².

Con el ánimo de contextualizar los hechos conviene señalar que, en septiembre de 2018 la Brigada Provincial de Policía Judicial de la Jefatura Superior de Madrid (en adelante, la Brigada) recibió información por parte de un interno de un Centro Penitenciario situado en la misma localización, sobre el posible surgimiento de un grupo radicalizado y destinado a captar y reclutar personas para “hacer la Yihad”. Dicha declaración hablaba de la existencia de un grupo de seis personas que estaban llevando a cabo una labor de radicalización a internos con perfiles drogodependientes o problemas psicológicos, cualquiera que fuera su nacionalidad (sobretudo de origen árabe o marroquí), con escasos recursos económicos. El cabecilla de la operación, junto con sus personas de confianza, ofrecían grandes cantidades de dinero a cambio de “trabajar bombas”, “cometer un atentado por los hermanos”, “adquirir armas de guerra y pistolas” y “hacer la Yihad”.

La Brigada tras comprobar la información facilitada por el interno constata, no solo la veracidad de lo declarado, sino que averigua, a través de mayores indagaciones, otros aspectos de la vida de dichas personas antes de entrar en dicho centro, y su posible relación con el grupo terrorista ISIS (autodenominado Estado Islámico).

Con todo, la Brigada considera que hay indicios más que razonables para suponer la existencia de un entorno vinculado al radicalismo yihadista, y que, por tanto, cabe solicitar la intervención de un agente con identidad supuesta en dicho Centro Penitenciario. En dicha solicitud contemplan las funciones que tendría el infiltrado, además de introducirse y actuar bajo dicha identidad concedida: realizar actividades de transporte, adquisición de efectos e instrumentos del delito; participar en el tráfico

⁹² Sumario 9/19 del Juzgado Central de Instrucción núm. 5

jurídico; obtener imágenes o grabar conversaciones, incluso en el interior de un domicilio si procediera.

En el presente caso, como ya señalamos en el apartado tercero de este trabajo, los indicios y la solicitud eran presentados por algún cuerpo de la Policía Judicial, en este caso la Brigada de Madrid, y deberá autorizarla, el Ministerio Fiscal o el Juez.

Así, se da traslado al Fiscal para que se pronuncie sobre lo solicitado en el oficio de la Brigada (intervención de un agente encubierto), y además de no oponerse, afirma su legalidad, al contenerse en el art. 282 bis. 4 n) la autorización de esta diligencia en las investigaciones de “Delitos de terrorismo”. A su vez, estudia la proporcionalidad de la misma, y alega que es necesaria, para que fructifique el contacto con las personas relacionadas con una organización terrorista yihadista; y, es proporcional, porque los identificados en la declaración están contactando con personas internas para radicalizarlos y reclutándolos para la comisión de atentados terroristas.

En esa misma resolución, el Ministerio Público concede al funcionario de la Policía Judicial la condición de agente encubierto, abre una pieza separada, que contendrá la designación e identidad del infiltrado, y solicita: (i) al juzgado, que dicte una resolución autorizándole a actuar bajo identidad supuesta y a obtener imágenes y grabar conversaciones (art. 282 bis.7), durante un periodo de seis meses, (ii) a la Brigada, y en concreto al agente estatal, que vayan comunicando la información y las novedades al Juzgado; y que, en caso de ser necesario un acto que afecte a algún derecho fundamental, que soliciten una autorización judicial.

A principios de noviembre de 2018, el Juzgado Central de Instrucción nº 5 dicta auto⁹³ autorizando la creación de un agente encubierto por periodo de seis meses y señala aquellas funciones a las que estará habilitado, informándole de que en ningún momento debe cometer provocación delictiva. En él, además de las funciones acordadas, que son las solicitadas por la Brigada en su escrito, señala que el Ministerio del Interior le otorgará una identidad ficticia y que deberá informar de todas las novedades obtenidas con carácter mensual. Finalmente, forma dos piezas separadas: la de Investigación, que recogerá todo

⁹³ Auto de fecha 6 de noviembre de 2018 del Juzgado Central de Instrucción nº 5

lo relativo a los testimonios del agente; y la de Identidad, que contendrá la identidad supuesta y real del mismo, y permanecerá en sobre cerrado.

En el presente caso, la medida es autorizada por el juez competente. El Ministerio Fiscal emite una comunicación a favor de dicha medida, en la que no se opone a la misma, y realiza las primeras operaciones que conllevará la admisión por parte del juez de la infiltración: abre pieza separada, para evitar que dicha información sea conocida por todas las partes del proceso y se ponga en peligro la investigación; informa de los aspectos generales de la intervención al agente, sin excederse de sus funciones, señalando que debe ser nombrado por un periodo de seis meses y que deberá comunicar todo lo obtenido al juez. En este sentido, podemos concluir que es el juez el que verdaderamente autoriza la medida, pues indica al Ministerio del Interior la creación de la identidad, habilita al infiltrado a participar en el tráfico jurídico con esa misma, y a captar imágenes y grabar conversaciones, matizando que en caso de ser necesario realizar un acto que afecte a un derecho fundamental, requerirán de una habilitación judicial expresa; y por último, le impone el deber de informar mensualmente.

Tras dicha resolución judicial, la infiltración se produce de forma inmediata y el agente comienza a reportar novedades de conversaciones con los posibles cabecillas de la operación desde finales de noviembre de 2018. Y así sucesivamente, mes a mes.

En diciembre de ese mismo año, tras conocer la magnitud, gravedad y peligrosidad de los hechos investigados, la Brigada solicita al Juzgado Central de Instrucción de guardia la autorización de tres nuevos infiltrados, siendo el Juzgado Central de Instrucción el que acuerda su intervención, en el mismo sentido que la anterior.

En conclusión, cabe señalar que en la práctica cuando las autoridades policiales y judiciales se encuentran con la posible investigación de un supuesto de delincuencia organizada, acuden a dicho método de investigación para conocer del entramado delictual mediante la infiltración de un agente estatal, como es este caso, en una prisión. Dicha medida no solo queda justificada por los solicitantes sino también por el fiscal y el juez, que realizan y estudian la proporcionalidad de la medida y la acuerdan, en última instancia, por medio de auto.

III. CONCLUSIONES

Primera. El avance de las nuevas tecnologías, la constante mundialización de todos los sectores de nuestro entorno, como puede ser la economía, y en el caso de la Unión Europea, la pertenencia a un mercado único con libertad de circulación de bienes y cosas, han dejado una puerta abierta al surgimiento de nuevas formas de delincuencia, cada vez más sofisticadas y profesionalizadas. Estas nuevas formas de criminalidad han supuesto una debilitación de los mecanismos estatales de lucha contra el crimen, lo que ha supuesto un tremendo reto a nivel internacional.

Segunda. La delincuencia organizada se encuentra presidida por dos tipos de entidades: el grupo y la organización criminal. La principal diferencia entre estos dos es la estabilidad, tanto temporal como funcional, y la división de tareas de manera coordinada, propias de la organización criminal. El surgimiento del crimen organizado llevó a los Estados y Organizaciones Internacionales a sentarse en busca de medidas que pudieran hacer frente a estas modernas formas de delinquir, y así surgió el concepto del agente encubierto, regulado de diversas formas en la legislación comparada.

Tercera. El agente infiltrado se introdujo por primera vez en nuestro ordenamiento a través de la LO 5/1999 que reformaba la LECrim, en relación con las investigaciones de criminalidad organizada. Su inclusión en el art. 282 bis permitió configurar nuevas diligencias de investigación que consistían en la infiltración de un miembro de la Policía Judicial en el entramado criminal, para que obtuviese información relevante para el caso que permitiera la incriminación de los distintos jefazos, así como conocer la comisión de posibles delitos, y en última instancia conseguir desarticular la entidad desde dentro. Las principales características que lo individualizan son: la configuración de una identidad ficticia, la voluntariedad y que la finalidad de la medida sea la obtención de elementos probatorios para la investigación.

Cuarta. Al igual que sucede en otros ámbitos del derecho, en ocasiones la jurisprudencia va un paso por delante del legislador y se encarga de completar los vacíos legales. Así, se atribuye la iniciativa de esta medida a las FCSE, entre las que destacan el Cuerpo Nacional de Policía y la Guardia Civil. La autorización corresponderá al Juez competente, que suele ser el de instrucción, o el Ministerio Fiscal. Una vez concluida la intervención, tras el plazo de seis meses o las prórrogas establecidas, el agente deberá comparecer en

el juicio y declarar como testigo para que todo lo aportado durante la infiltración adquiriera prueba de cargo suficiente para obtener una sentencia de condena.

Quinta. Durante la intervención, se podrán acordar medidas restrictivas de los derechos fundamentales siempre y cuando se supere el test de proporcionalidad. En muchas ocasiones, la necesidad y proporcionalidad de la actuación serán valoradas una vez concluida la intervención, por lo que si se estima un sacrificio del sistema de garantías mayor del esperado, podrá derivar responsabilidad, ya sea penal, civil y/o disciplinaria. Sin embargo, junto a la atribución de esta, existe un supuesto de exención: cuando el hecho cometido por el agente sea consecuencia necesaria de la investigación, guarde la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma, y no constituya provocación, el agente encubierto estará exento de responder por ello.

Sexta. La ciberdelincuencia ha ido adquiriendo protagonismo desde hace varios años como consecuencia de la globalización y la mencionada ausencia de barreras por parte de los Estados. En la Unión Europea, concienciados por este fenómeno, emitieron una directiva de necesaria transposición en los Estados Miembros que aumentaba las medidas para la lucha contra la misma. En este sentido, se introducía la figura del agente encubierto informático. Se trata de aquel miembro de las FCSE, que con conocimientos informáticos y especializado en dicha materia, accede a canales cerrados de comunicación con la intención de obtener información relevante para la investigación. Entre las diferencias que presenta con el infiltrado convencional destaca: la necesidad de que la autorización la emita únicamente el órgano judicial competente y la ampliación del ámbito de actuación a los supuestos previstos en el art. 588 ter a.

Séptima. En mi opinión, la instauración de la figura del agente encubierto para lucha contra el crimen organizado ha sido una medida eficiente y necesaria que ha logrado dismantelar numerosas cédulas terroristas o yihadistas. Sin embargo, debe ir evolucionando con el devenir de los tiempos, siempre con pleno respeto al sistema de derechos y garantías del Estado en cuestión. El avance de las nuevas tecnologías y la existencia de relaciones internacionales a todos los niveles hace necesaria la búsqueda de mecanismos de cooperación internacional que permitan erradicar dicha delincuencia desde la raíz, y no permitir que la Comunidad Internacional, indirectamente, financien a dichas organizaciones.

IV. BIBLIOGRAFÍA Y REFERENCIAS DOCUMENTALES

Legislación

Europea

Acción común de 21 de diciembre de 1998 adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la Unión Europea.

Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada.

Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013 sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad.

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 («BOE» núm. 233, de 29 de septiembre de 2003, páginas 35280 a 35297).

Española

Constitución Española («BOE» núm. 311, de 29/12/1978).

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial («BOE» núm. 157, de 02/07/1985).

Ley Orgánica 2/1986, de 13 de julio de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad («BOE» núm. 63, de 14/03/1986).

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («BOE» núm. 281, de 24/11/1995.)

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» núm. 12, de 14 de enero de 1999, páginas 1737 a 1739).

Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica («BOE» núm. 239, de 6 de octubre de 2015, páginas 90192 a 90219).

Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. («BOE» núm. 260, de 17/09/1882).

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil («Gaceta de Madrid» núm. 206, de 25/07/1889).

Otros documentos

Auto de fecha 6 de noviembre de 2018 del Juzgado Central de Instrucción nº 5

Circular 2/2011, de 2 de junio, sobre la reforma del Código Penal por Ley Orgánica 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales (FIS-C-2011-00002).

Circular 4/2010, de 30 de diciembre, sobre las funciones del Fiscal en la investigación patrimonial en el ámbito del proceso penal (FIS-C-2010-00004).

Sumario 9/19 del Juzgado Central de Instrucción nº 5

Jurisprudencia

Audiencia Nacional

Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, 33/2018 de 25 de septiembre de 2018.

Tribunal Supremo

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 10 de julio de 1992.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, 1182/2000, de 28 de junio de 2000.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, 745/2008, de 25 de noviembre de 2008.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, 1140/2010, de 29 de diciembre de 2010.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, 848/2013, de 13 de junio de 2013.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, 719/2013, de 9 de octubre de 2013.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, 835/2013, de 6 de noviembre de 2013.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, 855/2013, de 11 de noviembre de 2013, (FJ 22º).

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

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, 22/2018.

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

Tribunal Constitucional

Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, 22/1984, de 17 de febrero (BOE núm. 59, de 09 de marzo de 1984).

Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, 114/1984, de 29 de noviembre (BOE núm. 305, de 21 de diciembre de 1984).

Sentencia del Tribunal Constitucional, Pleno del TC, 53/1985, de 11 de abril (BOE núm. 119, de 18 de mayo de 1985).

Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Primera, 176/1998, de 4 de octubre (BOE núm. 266, de 05 de noviembre de 1988).

Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, 231/1988, de 2 de diciembre (BOE núm. 307, de 23 de diciembre de 1988).

Sentencia del Tribunal Constitucional, Pleno del TC, 292/2000, de 30 de noviembre (BOE núm. 4, de 04 de enero de 2001).

Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, 169/2001, de 16 de julio (BOE núm. 194, de 14 de agosto de 2001).

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Sallen c. Austria, de 6 de junio de 2002.

Obras doctrinales

BASTIDA, Francisco J., Villaverde, Ignacio, et allí, *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española*, Tecnos, Madrid, 2004.

BUENO A., F. «Política judicial común en la lucha contra la criminalidad organizada», en J. C. Ferré O. & E. Anarte B, *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Huelva, 1999.

CARDOSO PEREIRA, Flavio «Tesis doctoral. El agente encubierto y proceso penal garantista: límites y desafíos», Programa de Doctorado «Estado de derecho y buen gobierno». Salamanca 2012.

CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL, Adán, «La infiltración policial en España como medio de investigación en la lucha contra la corrupción», en *Revista Bras. De Direito Processual Penal*, vol. 3, n. 2, mayo-agosto 2007.

CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio «Prescripción de la acción penal y criminalidad organizada, ¿un modelo de excepción?», en *Actualidad jurídica Aranzadi*, 2001, núm. 488, 2001.

DEL POZO PÉREZ, Marta, «El Agente Encubierto como medida de investigación de la delincuencia organizada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal Española», en *Criterio Jurídico*, vol. 6, Santiago de Cali.

DELGADO GARCÍA, María Dolores, «El agente encubierto: técnicas de investigación. Problemática y legislación comparada», Faustino GUTIÉRREZ-ALVIZ Y CONRADI (coord.), 1996.

DELGADO MARTÍN, J., *Criminalidad Organizada. Comentarios a la LO 5/1999, de 13 de enero de modificación de la LECrim*, Bosh, Barcelona, 2001.

DELGADO MARTÍN, J., «El proceso penal ante la criminalidad organizada. El agente encubierto», en PICO I JUNOY, *Problemas actuales de la justicia penal*, Bosch, 2001.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Luis María, *Sistema de Derechos Fundamentales*, 4ª ed., octubre, Pamplona, 2013.

EXPÓSITO LÓPEZ, Lourdes, «El Agente Encubierto» en *Revista de Derecho UNED*, nº 17, 2015.

FERNÁNDEZ TERUELO, «Ciberdelito. Los delitos cometidos a través de internet», *Constitutio Criminalis Carolina*, Oviedo, 2007.

GASCÓN INCHAUSTI, F, *Infiltración policial y «agente encubierto»*, Comares, Granada, 2001.

GIMENO SENDRA, V., "Cuestiones prejudiciales devolutivas y non bis in idem en el proceso penal", *Revista La Ley*, núm. 5817, 2003.

GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, Marta., *Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación*, Colex, Madrid, 2004.

GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, Marta., «Investigación y prueba en el proceso penal», Nicolás González-Cuéllar Serrano (dir.) y Ágata Mª. Sanz Hermida (coord.), Madrid, 2006.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Thompson Aranzadi, Pamplona, 2004.

MAGRO SERVET, V., *Manual práctico de actuación policialjudicial en medidas de limitación de derechos fundamentales*, Madrid, 2006.

MORENO CATENA, «Los agentes encubiertos en España» en *Revista ICAM*, núm. 10, 1999.

MORENO CATENA y CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Introducción al Derecho Procesal*, Tirant Lo Blanch, 2ª ed., Valencia, 2005.

MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 7ª edición, 2007.

NUÑEZ PAZ, Miguel Ángel y GUILLÉN LÓPEZ, Germán «Entrega de vigilada, agente encubierto y agente provocador. Análisis de los medios de investigación en materia de tráfico de drogas (1)», *ADPCP*, vol. LXI, 2008.

PARDO-GEIJO RUIZ, Raúl, «De la diferencia entre el concepto de organización criminal, grupo organizado, codelincuencia. Acerca de la denominada “asociación ilícita”», en *Lawyerpress News*, Julio 2019.

PAZ RUBIO, J. M^a; MENDOZA MUÑOZ, J; MORICHE, R. R; OLLÉ SESÉ, M., *La prueba en el proceso penal. Su práctica ante los Tribunales*, Madrid, 1999.

PERALS CALLEJA, J. «Técnicas de investigación del crimen organizado: el agente encubierto, confidente, regulación en España y validez de la prueba obtenida en el extranjero, problemas práctica de la heterogénea regulación de la materia», Cendoj, 2010.

QUERÁLT JIMÉNEZ, J., *Introducción a la Policía Judicial*, 3^o edición, Bosch, Barcelona, 1999.

QUINTANAR DÍEZ, Manuel F., «Justicia penal y los denominados arrepentidos», Madrid, 1996, pp. 282 y ss.; Benítez Ortúzar, Ignacio Francisco, «El colaborador con la justicia. Aspectos Sustantivos, procesales y penitenciarios derivados de la conducta del arrepentido», Madrid, 2004.

REDONDO HERMIDIA, A. «El agente encubierto en la jurisprudencia española y en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos» en *Revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 45, 2008.

REVILLA GONZÁLEZ, *El interrogatorio de imputado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

RIZO GÓMEZ, Belén, *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia*, en Jose M^a ASENCIO MELLADO (dir.) y Mercedes FERNÁNDEZ LÓPEZ (coord.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2000.

ROXIN, C., *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*, trad. Carmen GÓMEZ RIVERO y M^a del Carmen CANTIZANO, Valencia, 2000.

RUIZ VADILLO, Enrique, «Los principios del proceso penal», en *Revista de UNED de Melilla*, nº 24, 1995.

SÁNCHEZ GÓMEZ, Raúl, «El agente encubierto informático», *La Ley Penal*, nº 118, Secc. Estudios, enero-febrero 2016.

SÁNCHEZ TOMÁS, Jose Miguel. *Derecho de las drogas y las drogodependencias*, FAD, Madrid, 2002.

SUITA PÉREZ, N., "La diligencia de investigación por medio del agente encubierto", en P. Martín (ed.) *La Actuación de la Policía Judicial en el Proceso Penal*,, Barcelona, Marcial Pons.

VELASCO NUÑEZ, «El confidente», en *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*, vol. dedicado a *Delitos cantra la salud pública*, CGPJ, Madrid, 1992.

ZARAGOZA AGUADO, «Cuestiones penales y procesales relacionadas con la delincuencia organizada», en *Estudios jurídicos del Ministerio de Justicia*, curso sobre *Delitos contra la salud pública en materia de drogas*, 1999.

ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Rocío, *El policía infiltrado. Los presupuestos jurídicos en el proceso penal español*, Valencia, 2010.

ZARZALEJOS NIETO, Jesús y BANACLOCHE PALAO, Julio, *Aspectos Fundamentales de Derecho Procesal Penal*, ed. 4º, Wolters Kluwer, Madrid, 2018.

Webgrafía

«XVI Congreso internacional de derecho penal (Budapest, 5 - 11 septiembre 1999)», *Revue internationale de droit pénal*, 2015/1-2 (Vol. 86), pp. 609-624. DOI: 10.3917/ridp.861.0609. URL: <https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-penal-2015-1-page-609.htm>

«El agente encubierto on line en los registros remotos de equipos informáticos en el proceso penal», Iberley, 2019. URL: <https://www.iberley.es/temas/agente-encubierto-on-line-registros-remotos-equipos-informaticos-proceso-penal-63160>