

Trabajo Fin de Grado

La figura del agente encubierto en el Derecho
procesal penal español

Autor

Marta Sancho Monclús

Director

María Rosa Gutiérrez Sanz

Facultad de Derecho

2018

Índice

Índice	1
Listado de abreviaturas utilizadas.....	3
Introducción.....	4
Cuestión objeto de estudio	4
Justificación del interés en la materia	5
Metodología	5
1. Concepto.....	7
1.1 El agente encubierto	7
1.2 Personas que pueden actuar como agentes encubiertos	8
1.3 Diferencias con otras figuras.....	9
1.3.1 El agente provocador y el delito provocado	9
1.3.2 El confidente.....	11
1.3.3 El arrepentido	11
2. La actuación del agente encubierto y sus límites.....	12
2.1 Autorización para la infiltración	12
2.1.1 La iniciativa policial	12
2.1.2 La autorización inicial de la infiltración.....	12
2.1.3 Forma y contenido de la autorización.....	13
2.2 Ámbito de actuación del agente encubierto	14
2.2.1 Supuestos en que se permite la actividad encubierta.....	14
2.2.2 Actividades permitidas al agente encubierto	15
2.3 Límites en la actuación del agente encubierto	16
2.3.1 Vulneración de derechos fundamentales	16
2.3.2 Principios que rigen la actuación del agente encubierto.....	18
2.4 El control de la infiltración.....	20
2.4.1 Autoridad competente para el control de la infiltración	20
2.4.2 El supervisor	20
3. Responsabilidad del agente encubierto.....	20
7.1 Responsabilidad penal	20
7.2 Responsabilidad civil.....	22
7.3 Responsabilidad disciplinaria	22
4. Agente encubierto y prueba	22
4.1 La declaración testifical del agente encubierto	22

4.1.1 Durante la fase de instrucción	22
4.1.2 Durante la fase de juicio oral	23
4.2 Efectos probatorios.....	24
4.2.1 La prueba de valoración prohibida	24
4.2.2 El uso de las fuentes de prueba logradas por el agente encubierto en otro proceso penal	25
Conclusiones.....	27
Bibliografía y referencias documentales	29
Legislación.....	29
Jurisprudencia	29
Obras doctrinales	30

Listado de abreviaturas utilizadas

- art.: artículo
- arts.: artículos
- BOE: Boletín Oficial del Estado
- CE: Constitución española
- CP: Código Penal
- DDFF: Derechos Fundamentales
- DUDH: Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas
- LECrim.: Ley de Enjuiciamiento Criminal
- LO: Ley Orgánica
- LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial
- ss.: siguientes
- STS: Sentencia del Tribunal Supremo

Introducción

Cuestión objeto de estudio

La Ley de Enjuiciamiento Criminal, promulgada el 14 de septiembre de 1882, es la pieza central del ámbito penal en nuestro ordenamiento jurídico, siendo una norma reguladora de todos los procedimientos relativos al enjuiciamiento criminal: desde la detención hasta las sentencias en materia penal, incluyendo la obtención y práctica de las pruebas en el proceso, y las medidas cautelares a adoptar. Sin embargo, dicha norma es obsoleta en la actualidad, habiendo evolucionado la sociedad en todos los ámbitos, especialmente en la delincuencia. Debido a ello, ha sido necesario reformar la LECrim. de 1882 en numerosas ocasiones, pudiendo destacar la reforma realizada por la Ley Orgánica 5/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves; situándose la última reforma en la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales.

Como ya he mencionado, la sociedad -tanto en España como en el resto de países- ha evolucionado de forma radical, conllevando una evolución de la delincuencia y, especialmente, del crimen organizado; ya que debido a la evolución tecnológica e industrial acaecida durante los últimos años, nos encontramos en una sociedad globalizada y transnacional, favoreciendo enormemente el incremento de las formas de delinquir. Por ello, el ordenamiento jurídico español -al igual que muchos otros ordenamientos- se ha visto obligado a responder a estas nuevas formas de delincuencia, más organizadas y especializadas, pero siempre dentro del ámbito del proceso penal garantista.

Fruto de este contexto social y jurídico, ha emergido la figura del agente encubierto como medio extraordinario de investigación, el cual fue incluido en nuestro derecho procesal con la LO 5/1999 en su art. 282 bis. Además, dicha figura cuenta con regulación internacional, como el 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.

Justificación del interés en la materia

Mi interés en el tema objeto de este trabajo proviene, por un lado, de mi intención de realizar las pruebas de acceso a la Escala Ejecutiva del Cuerpo Nacional de Policía y, por tanto, de mi interés por el funcionamiento de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Y por otro lado, por la naturaleza misma de esta figura, en la cual confluyen características muy dispares, las cuales convierten este medio de investigación extraordinaria en una figura de gran complejidad.

Supone la puesta en riesgo de la integridad física y psicológica del agente encubierto, exponiéndose al posible descubrimiento por parte de los investigados; y al mismo tiempo, puede provocar la vulneración de múltiples derechos constitucionales como el derecho a la intimidad personal y familiar, o el derecho al secreto de las comunicaciones. Con todo, se trata de un medio de investigación de gran importancia y eficacia, puesto que permite conocer de primera mano el funcionamiento de la criminalidad organizada; junto con la posibilidad de investigar y dismantelar organizaciones criminales que, de otra forma, no sería posible.

Metodología

Para el desarrollo de este trabajo, he empleado la metodología de la revisión bibliográfica. Por tanto, he realizado una labor de investigación de fuentes jurídicas, recogidas en libros, obras colectivas, revistas o recursos electrónicos para que el trabajo fuera lo más completo posible. Sin embargo, se trata de un tema muy concreto y no muy desarrollado en el Derecho español, pues como ya he indicado, únicamente existe un precepto en todo nuestro ordenamiento jurídico relativo a este tipo de medio de investigación; por lo que no me ha sido especialmente sencillo localizar libros específicos sobre el mismo, centrándome entonces en artículos de revistas jurídicas o capítulos concretos de obras colectivas.

En cuanto al esquema seguido en este trabajo, en primer lugar haré referencia al concepto de “agente encubierto”, es decir, cuál es su definición en nuestro ordenamiento jurídico y qué personas están autorizadas a actuar como tales. A continuación, realizaré una explicación sobre la actuación del agente infiltrado y sus límites, destacando los principios que rigen su actuación, junto a su ámbito y límites; además de analizar la forma de autorización de la investigación encubierta prevista en la LECrim. y el control judicial realizado sobre ésta.

El siguiente punto a destacar será los diferentes tipos de responsabilidad relativos al agente encubierto (civil, penal y disciplinaria); y, finalmente, analizaré la relación del agente encubierto con la actividad probatoria, es decir, la forma de obtención y la validez de dichas pruebas en el proceso penal español.

1. Concepto

La infiltración policial¹ se caracteriza por el doble engaño en la identidad y en las intenciones que ésta supone, mientras que en el caso de los confidentes policiales y de los arrepentidos, sólo existe una ocultación de la finalidad pretendida. La infiltración habrá de realizarse a través de una persona física, por lo que el simple uso de aparatos técnicos o tecnológicos no supone una infiltración como tal.

1.1 El agente encubierto

El concepto de agente encubierto es un concepto legal en el que el término “agente” hace referencia al “agente policial”, y el adjetivo “encubierto” se refiere a la ocultación de la identidad, condición e intenciones de policía². La LO 5/1999, de 13 de enero³, incorporó a la LECrim. el art. 282 bis, donde se recogen las características de la infiltración y del agente encubierto. La STS 1140/2010, de 29 de diciembre⁴ lo define así:

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

¹ Gómez de Liaño Fonseca-Herrero, M., “Delimitación conceptual y distinción de otras figuras. La investigación de los delitos a través del recurso a la infiltración” en *Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación*, COLEX, Madrid, 2004, p. 125.

² Gascón Inchausti, F., *Infiltración policial y “agente encubierto”*, Comares, Granada, 2001, p. 14.

³ Ley Orgánica 5/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves (BOE 14 de enero de 1999).

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

1.2 Personas que pueden actuar como agentes encubiertos

Tal y como se aprecia en los dos primeros apartados del art. 282 bis LECrim., sólo pueden ostentar la condición de agentes encubiertos los miembros de la Policía Judicial que de forma voluntaria hayan mostrado predisposición para ello. Asimismo, la decisión individual de un policía de infiltrarse debe contar siempre con el respaldo de sus superiores.

Por otra parte, debe quedar muy claro que no se consideran “agente encubierto” aquellos que no ostenten la condición de funcionario público, es decir, los confidentes, arrepentidos, seguridad privada y ciudadanos; al igual que tampoco podrán intervenir en una operación de infiltración los funcionarios policiales que no formen parte de la Policía Judicial en sentido estricto⁵.

Finalmente, encontramos también a los miembros del Centro Nacional de Inteligencia⁶, que a pesar de no ostentar la condición de agentes de la autoridad, pueden recurrir al uso de medios similares para prevenir y evitar cualquier amenaza para la seguridad del Estado. Junto a ellos, también debemos hacer referencia a los agentes de policía extranjeros⁷, los cuales podrán efectuar investigaciones encubiertas en el territorio jurisdiccional español.

⁵ Gómez de Liaño Fonseca-Herrero, M., “Tratamiento procesal penal de la investigación encubierta” en *Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación*, COLEX, Madrid, 2004.

⁶ Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia (BOE 7 de mayo de 2002).

⁷ Declaración de aplicación provisional del Convenio de asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, hecho en Bruselas el 29 de mayo de 2000 (BOE 15 de octubre de 2003).

1.3 Diferencias con otras figuras

1.3.1 El agente provocador y el delito provocado

El agente provocador se trata de una figura policial distinta al agente encubierto, cuyas principales diferencias son:

- El agente provocador no necesita de una identidad ficticia, limitándose a ocultar su condición de autoridad pública; ni tampoco es precisa una previa autorización judicial.
- El agente provocador no ha de ser necesariamente miembro de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, aunque de forma general se trate de un agente de policía.
- El objeto de la investigación se trata de un hecho delictivo aislado, centrándose en grupos delictivos de menor identidad como las bandas callejeras. Asimismo, la finalidad de su actuación es la detención del delincuente en el instante, impidiendo el agotamiento del delito; mientras que el agente encubierto se limita a recabar información, tal y como se recoge en la STS 975/2007: «[...] la actuación policial infiltrada no busca en sí misma ser fuente de prueba de los hechos (aunque nada impide que lo sea), sino proporcionar datos y elementos de convicción para desarticular la organización criminal, siendo tales datos y elementos los que, a la postre, conforman la convicción judicial [...]»⁸.
- La actuación del agente provocador queda reducida a un momento puntual y esporádico.

La teoría del delito provocado es de construcción jurisprudencial, desarrollándose en gran parte en el marco de los delitos contra la salud pública. La Sentencia de 16 de noviembre de 2001 de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Valencia⁹ señala:

«La doctrina del delito provocado excluye la responsabilidad criminal cuando un agente de policía facilita o crea la ocasión para que se ejecute el delito, de manera que se entiende que o bien el sujeto actúa sin libertad ni espontaneidad, movido por la maquinación del agente, o bien el delito no pasa de ser una apariencia artificial, creada únicamente por la actuación del agente provocador [...]».

⁸ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 15 de noviembre de 2007 (FJ 3º). Roj: STS 7815/2007.

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

El Tribunal Supremo califica de delito provocado aquellos supuestos en los que el agente provocador (agente infiltrado) suscita el hecho delictivo sin voluntad de que se lesiones o ponga en peligro el bien jurídicamente protegido, adoptando las medidas de precaución oportunas, y con el objetivo de detener y poner a disposición judicial a determinada persona¹⁰. De esta forma, DELGADO GARCÍA¹¹ establece tres elementos constitutivos del delito provocado:

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

Por otra parte, podemos encontrar una serie de problemas inherentes al delito provocado relativos a las pruebas obtenidas mediante dicha inducción, y respecto a la conducta del agente y del sujeto provocado.

En cuanto a los problemas relativos a las pruebas obtenidas mediante este tipo de conducta por parte del agente, estaremos ante una prueba ilícita (art. 11.1 LOPJ)¹², lo que implica que las pruebas obtenidas de esta forma invalidan el proceso de forma insanable.

Por último, en cuanto a la conducta del sujeto provocado, para la punibilidad del delito provocado debería existir la creación de un peligro del bien jurídico protegido; pero, puesto que uno de los elementos caracterizadores del delito provocado es la toma de medidas de prevención por parte del agente encubierto para evitar la puesta en peligro de dicho bien protegido, el delito provocado se establece como un delito impune, ya que falta uno de los elementos que constituyen la tipicidad del delito.

¹⁰ Delgado García, M. D., “El agente encubierto: técnicas de investigación...”, Op., cit., p. 75.

¹¹ Delgado García, M. D., “El agente encubierto: técnicas de investigación...”, Op., cit., p. 76.

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

1.3.2 El confidente

La figura del confidente policial es uno de los medios de investigación más efectivos contra la delincuencia organizada, a pesar de que actualmente su regulación es prácticamente nula. Además, la actuación del confidente policial también puede tratarse de una colaboración con el agente encubierto, tal y como puede observarse en la STS 319/1998.

El confidente policial se trata de una persona que pertenece a un círculo delictivo o guarda cierta relación con el mismo, lo cual le permite obtener información relevante sobre los hechos delictivos que se están investigando o se quieren investigar; y, por su propia iniciativa o por encargo policial, facilita dicha información con la finalidad de obtener un beneficio económico, procesal o similar¹³.

La principal característica de esta figura es la necesaria ocultación del nombre y resto de datos identificativos del confidente; lo cual es necesario para evitar posibles represalias para el confidente o su entorno, y también para poder seguir contando con su ayuda.

1.3.3 El arrepentido

A diferencia del confidente policial, la figura del arrepentido está prevista en nuestro ordenamiento, concretamente en relación con los delitos de tráfico de droga (art. 376 CP) y de terrorismo (art. 579 CP). Además, se encuentra protegido por las medidas recogidas en la LO 19/1994 puesto que, a pesar de ostentar la condición de imputado, también será considerado testigo en el proceso.

Se trata de individuos pertenecientes a un grupo criminal, pero que deciden por propia voluntad acudir ante las autoridades penales para ofrecer una confesión sobre sus delitos y colaborar con la justicia mediante el suministro de información, con la finalidad de obtener un beneficio punitivo y protección de su integridad personal; es decir, se trata de una infiltración sobrevenida y controlada por el poder público¹⁴.

¹³ Marchal González, “Precisión terminológica en torno a la figura del confidente en el proceso penal”, *Diario La Ley*, n. 9083, 2017, p. 1.

¹⁴ Gómez de Liaño Fonseca-Herrero, M., *Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación*, COLEX, Madrid, 2004, p. 150.

2. La actuación del agente encubierto y sus límites

2.1 Autorización para la infiltración

2.1.1 La iniciativa policial

La iniciativa para proceder a una infiltración corresponde a la Policía Judicial, ya que ésta dispone de la cualificación y conocimientos necesarios para la preparación de este tipo de operaciones, así como de las posibilidades de éxito¹⁵. Sin embargo, la iniciativa policial no se establece de forma expresa en el texto legal, pero se infiere de la práctica¹⁶.

Por otra parte, podemos deducir del art. 282 bis LECrim. que tanto el Juez de Instrucción como el Ministerio Fiscal pueden sugerir a la Policía Judicial que realicen un estudio sobre la viabilidad de la infiltración en un caso concreto, pero de ninguna forma podrán ordenar a la Policía Judicial que realicen una operación encubierta¹⁷. Pero esto no excluye la existencia de una investigación oficial bajo la dirección del Juez de Instrucción o el Ministerio Fiscal en el ámbito de la investigación preliminar¹⁸.

2.1.2 La autorización inicial de la infiltración

Como ya hemos visto, el primer apartado del art. 282 bis LECrim. se encarga de responder a esta cuestión:

«A los fines previstos en el artículo anterior y cuando se trate de investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada, el Juez de Instrucción competente o el Ministerio Fiscal dando cuenta inmediata al Juez, podrán autorizar a funcionarios de la Policía Judicial, mediante resolución fundada y teniendo en cuenta su necesidad a los fines de la investigación, a actuar bajo identidad supuesta y a adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos. La identidad supuesta será otorgada por el Ministerio del Interior por el plazo de seis meses prorrogables por períodos de igual duración, quedando legítimamente habilitados para actuar en todo lo relacionado con la investigación concreta y a participar en el tráfico jurídico y social bajo tal identidad¹⁹».

¹⁵ Expósito López, L., “El agente encubierto”, *Revista de Derecho UNED*, n. 17, 2015, p. 267.

¹⁶ Gómez de Liaño Fonseca-Herrero, M., “Límites y garantías procesales en la investigación mediante agentes encubiertos”, *LA LEY*, 7 de diciembre de 2004, p. 173.

¹⁷ Expósito López, L., “El agente encubierto”, *Op.*, cit., p. 267.

¹⁸ Moreno Catena, V., “Los agentes encubiertos en España”, *Revista Otrosí*, n. 10, 1999, p. 42.

¹⁹ Ley Orgánica 5/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves (BOE 14 de enero de 1999).

La competencia para conceder el estatus de agente encubierto recae sobre el Juez de Instrucción territorialmente competente o sobre el Ministerio Fiscal. En el caso de que quien autorice la investigación encubierta se trata del Ministerio Fiscal, éste deberá dar inmediata cuenta al Juez de Instrucción competente²⁰.

2.1.3 Forma y contenido de la autorización

La autorización de la medida se hará mediante auto si proviene del Juez de Instrucción, al igual que la confirmación o revocación de la autorización realizada por el Ministerio Fiscal; debiendo esta última adoptar la forma de decreto. Junto a la autorización por parte del Juez de Instrucción, también podrán incluirse las siguientes formas de control jurisdiccional:

1. Establecimiento de las vías de comunicación e información entre el agente encubierto y el Juez de Instrucción o el Ministerio Fiscal. En caso de que exista riesgo para la integridad física del agente encubierto, se podrá designar un segundo agente encargado de mediar entre el agente infiltrado y el Juez o el Fiscal.
2. Fijación de períodos para realizar las comunicaciones, sin perjuicio de que el agente pueda comunicar la información obtenida de forma inmediata fuera de dichos períodos.
3. Delimitación del tiempo de la infiltración, sin perjuicio de las posibles prórrogas, las cuales se otorgarán en función de los resultados obtenidos²¹.

Finalmente, la autorización debe ser fundada y reservada²², es decir, debe producirse la concurrencia de los siguientes elementos²³:

1. La existencia de indicios racionales de la comisión de alguno de los delitos recogidos en el apartado 4 del art. 282 bis LECrim.
2. Que dicha medida sea necesaria, es decir, que no sea posible la obtención de información sobre dicho delito de otro modo; y que sea afín al principio de proporcionalidad²⁴.

²⁰ Magro Servet, V., *Manual práctico de actuación policial-judicial en medidas de limitación de derechos fundamentales*, LA LEY, Madrid, 2006, p. 189.

²¹ Expósito López, L., “El agente encubierto”, Op.,cit., p. 273.

²² Molina Mansilla, M. C., *Mecanismos de investigación policial: entrega vigilada y agente encubierto*, Bosch, Barcelona, 2009, p. 29.

²³ Gascón Inchausti, F., *Infiltración policial y “agente encubierto”*, Op., cit., pp. 207-208.

²⁴ Expósito López, L., “El agente encubierto”, Op., cit., p. 274.

2.2 Ámbito de actuación del agente encubierto

2.2.1 Supuestos en que se permite la actividad encubierta

El ámbito de actuación del agente encubierto es muy reducido debido a la posible restricción de derechos y garantías fundamentales durante la investigación encubierta, limitándose únicamente a actividades delictivas especialmente graves, es decir, aquellos que presentan una pena privativa de libertad alta junto con una gran trascendencia social²⁵; y sólo podrá emplearse cuando resulte (casi) imposible el seguimiento de dichas actividades ilícitas por otros medios de investigación²⁶. Es por ello, que el ordenamiento jurídico penal y la jurisprudencia deben delimitar lo que se entiende por “criminalidad organizada”.

Para ello, podemos encontrar una definición sobre “delincuencia organizada” en el apartado 4 del art. 282 bis LECrim.: «[...] 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 [...]»²⁷.

Igualmente, el mismo precepto recoge conductas delictivas específicas sobre las que se puede llevar a cabo la infiltración:

1. Delitos de obtención, tráfico ilícito de órganos humanos y trasplante de los mismos (art. 156 bis CP).
2. Delito de secuestro de personas (arts. 164-166 CP).
3. Delito de trata de seres humanos (art. 177 bis CP).
4. Delitos relativos a la prostitución (arts. 187-189 CP).
5. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (arts. 237, 243, 244, 248 y 301 CP).
6. Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial (arts. 270-277 CP).
7. Delitos contra los derechos de los trabajadores (arts. 312 y 313 CP).
8. Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis CP).
9. Delitos de tráfico de especies de flora o fauna amenazada (arts. 332 y 334 CP).

²⁵ Cardoso Pereira, F., “Agente encubierto y proceso penal garantista: límites y desafíos” en *Estado de Derecho y buen gobierno*, Universidad de Salamanca, 2012, pp. 278-279.

²⁶ Delgado García, M. D., “El agente encubierto: técnicas de investigación. Problemática y legislación comparada” en Gutiérrez-Alviz Conradi, F. (coord.), *La criminalidad organizada ante la Justicia*, Secretariado de publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1996, p. 71.

²⁷ Ley Orgánica 5/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves (BOE 14 de enero de 1999).

10. Delito de tráfico de material nuclear y radiactivo (art. 345 CP).
11. Delitos contra la salud pública (arts. 368-373 CP).
12. Delitos de falsificación de moneda (art. 386 CP), y de falsificación de tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje (art. 399 bis CP).
13. Delito de tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos (arts. 566-568 CP).
14. Delitos de terrorismo (arts. 572-578 CP).
15. Delitos contra el patrimonio histórico (art. 2.1.e LO 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando).

2.2.2 Actividades permitidas al agente encubierto

Las actividades a realizar por el agente encubierto permiten una actuación policial bajo criterios de oportunidad en los casos de incautación de instrumentos delictivos; y también ayudan a mantener a salvo la verdadera identidad del agente, para no levantar sospechas y evitar -en la medida de lo posible- la puesta en peligro de su integridad física y la de sus familiares. De esta forma, la actividad del agente durante la infiltración puede resumirse en:

- La adquisición y transporte de objetos, efectos o instrumentos relativos a la actividad delictiva; y la demora de la incautación de los mismos hasta que la evolución de la investigación lo aconseje.
- Participación en el tráfico jurídico y social bajo identidad supuesta.
- Mantenimiento de la identidad falsa durante el proceso relativo a dicha investigación, incluso durante la declaración testifical del agente.

Cabe destacar que el Tribunal Supremo ha llegado a admitir que «la intervención policial puede producirse en cualquier fase, aunque consista en tareas de fingidos auxilio o colaboración, siempre que no impida la evolución libre de la voluntad del sujeto»²⁸.

²⁸ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 25 de junio de 2007 (FJ 2º), Roj: STS 5414/2007.

2.3 Límites en la actuación del agente encubierto

Las actuaciones llevadas a cabo por el agente encubierto presentan ciertos límites, tales como:

- La necesidad de autorización judicial para las actividades policiales realizadas dentro del ámbito de la investigación encubierta, de conformidad con la CE y el resto del ordenamiento jurídico español; tal y como se recoge en el apartado 3 del art. 282 bis LECrim.
- La prohibición expresa de la provocación del delito (apartado 5 del art. 282 bis LECrim.).
- La valoración de las actuaciones realizadas dentro de la investigación por parte del agente encubierto en relación con el principio de proporcionalidad, lo que se traduce en una manifestación expresa de la eximente recogida en el art. 20.7 CP («[...] cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo [...]»).

2.3.1 Vulneración de derechos fundamentales

En este contexto, debemos entender los “derechos fundamentales” como aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas o ciudadanos, con capacidad de obrar²⁹. Por ello, debemos determinar bajo qué condiciones es admisible la restricción de los DDFF. En primer lugar, el art. 55.2 CE³⁰ se recoge la posibilidad de suspensión del derecho a la libertad personal -en concreto, en lo relativo a la detención preventiva- y del derecho a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio, mediante una ley orgánica y cuando se trate de investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas. Por otra parte, me centraré en el derecho a la intimidad y el derecho a la no autoincriminación, puesto que son los derechos cuya vulneración es más probable en este tipo de investigaciones policiales.

²⁹ Ferrajoli, L., “Derechos fundamentales” en *Derechos y Garantías: La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 2001, p. 37.

³⁰ Artículo 55 de la CE: «2. Una ley orgánica podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los artículos 17, apartado 2, y 18, apartados 2 y 3, pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas».

- El concepto de “intimidad” se considera sinónimo de “privacidad” o “vida privada” por muchos autores, estando relacionado con la dignidad, la libertad o el honor; y se encuentra regulado en el art. 12 de la DUDH³¹, y en el art. 18 CE³². Asimismo, el derecho a la intimidad engloba también la inviolabilidad del domicilio y la documental, y el secreto de las comunicaciones.
- El derecho a la no autoincriminación, en relación con la presunción de inocencia, la cual «ha dejado de ser un principio general del derecho que ha de informar la actividad judicial para convertirse en un derecho fundamental que vincula a todos los poderes públicos y que es de aplicación inmediata³³». Estamos ante una presunción *iuris tantum*, es decir, que admite prueba en contrario, pero partiendo del presupuesto de que la carga de la prueba corresponde al acusador, no pudiendo obligar al acusado a contribuir a su propia condena; tal y como se regula en el art. 24.2 CE³⁴. Por lo tanto, este derecho incluye tanto la posibilidad de abstenerse a declarar (derecho a guardar silencio) como la posibilidad de no inculparse en caso de declarar. Por otra parte, la presunción de inocencia se basa en dos principios: la libre valoración de la prueba, ejercicio que corresponde a los jueces y Tribunales por imperativo del art. 117.3 CE; y el uso de medios de prueba válidos y lícitamente obtenidos, dando lugar a la defensa del acusado.

Estos derechos pueden entenderse vulnerados en el caso de entrada en un lugar privado por invitación, ya que dicho consentimiento se encuentra viciado por la falta de conocimiento de la verdadera identidad del agente encubierto. En estos casos, es necesaria una autorización específica para llevar a cabo dicha actividad, puesto que ésta no se encuentra amparada por la autorización judicial inicial.

³¹ Artículo 12 de la DUDH: «Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques».

³² Artículo 18 de la CE: «1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. 2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito. 3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial. 4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos».

³³ Sentencia del Tribunal Constitucional, de 28 de julio de 1981 (FJ 2º), BOE núm. 193, de 13 de agosto de 1981.

³⁴ Artículo 24 de la CE: «2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia».

Otro caso muy común es el mantener un diálogo con uno de los sospechosos, puesto que éste puede desvelar información que le incrimine directamente, aunque esto no significa que estas conversaciones puedan asimilarse a un interrogatorio realizado en comisaría. Por ello, se tienen por válidos los datos obtenidos en la conversación con el agente siempre que hayan surgido de una situación espontánea y natural, a pesar del desconocimiento de la verdadera identidad del agente por parte del resto de locutores. Sin embargo, cuando estos datos han sido obtenidos mediante engaño o coacción, no podrán utilizarse una vez finalizada la investigación.

Finalmente, una figura muy polémica es la relativa a las grabaciones. En estos casos, la actuación policial será lícita cuando se trate de una grabación de una conversación en la que intervenga o al menos esté presente el agente, pudiendo también ser aportada como prueba documental al juicio. Sin embargo, en ningún caso se admitirá la grabación que exceda de esta situación, puesto que atentaría directamente contra el derecho a la intimidad, el secreto de las comunicaciones o la vida privada.

2.3.2 Principios que rigen la actuación del agente encubierto

La figura del agente encubierto, a pesar de ser una diligencia instructora, suele acompañar graves intrusiones en los derechos y principios constitucionales debido al engaño y a la identidad falsa que supone dicha figura investigadora.

Como ha podido apreciarse en el art. 282 bis LECrim., la actuación del agente encubierto viene ligada a diversas autorizaciones judiciales: por una parte, existe una primera autorización que da inicio a la actividad de investigación; por otra parte, durante la investigación serán necesarias tantas autorizaciones como sean necesarias para permitir la limitación de otros DDFD distintos a la autodeterminación informativa y la intimidad³⁵.

³⁵ Gómez de Liaño Fonseca-Herrero, M., “Delimitación conceptual y distinción de otras figuras...”, Op., cit., p. 133.

Es por ello que la actuación del agente encubierto debe respetar una serie de principios, de los cuales podemos destacar:

1. El principio de legalidad, el cual implica que los actos de todos los ciudadanos y del Estado deben estar justificados por una ley previa y de carácter general³⁶. De esta forma, este medio extraordinario de investigación está previsto de forma explícita en el ordenamiento jurídico³⁷.
2. El principio de especialidad. Este principio implica que no son válidas las autorizaciones genéricas, sino que debe tratarse de un delito en concreto, tal y como se recoge en el apartado 4 del art. 282 bis LECrim. Asimismo, el principio de especialidad impide la presencia de agentes encubiertos de forma permanente y por tiempo indeterminado, ya que sólo adoptará esta medida cuando se pruebe la sospecha cierta de que se está cometiendo o se va a cometer un hecho delictivo de los recogidos en el art. 282 bis LECrim³⁸.
3. El principio de subsidiariedad. La subsidiariedad consiste en el uso de la figura del agente encubierto una vez que se hayan agotado todas las posibilidades de utilización de otros métodos de investigación menos invasivos y restrictivos de derechos y garantías³⁹.
4. El principio de proporcionalidad se encuentra estrechamente relacionado con la limitación de tal figura al ámbito de la criminalidad organizada, de modo que el agente encubierto sólo puede actuar en casos de extrema gravedad como son el terrorismo o el narcotráfico⁴⁰.

³⁶ Gómez de Liaño Fonseca-Herrero, M., “Delimitación conceptual y distinción de otras figuras...”, Op., cit., p. 139.

³⁷ Cardoso Pereira, F., “Agente encubierto y proceso penal garantista...”, Op., cit., pp. 291-292.

³⁸ Cardoso Pereira, F., “Agente encubierto y proceso penal garantista...”, Op., cit., p. 293.

³⁹ Cardoso Pereira, F., “Agente encubierto y proceso penal garantista...”, Op., cit., p. 294.

⁴⁰ Cardoso Pereira, F., “Agente encubierto y proceso penal garantista...”, Op., cit., p. 295.

2.4 El control de la infiltración

2.4.1 Autoridad competente para el control de la infiltración

El último párrafo del apartado 1 del art. 282 bis LECrim. exige el control de las actuaciones del agente infiltrado por parte del Juez de guardia o del Ministerio Fiscal, debiendo comunicar toda la información de la que vaya disponiendo el agente a quien le autorizó a actuar como agente encubierto, sin ser dicho agente quien entre a seleccionar qué debe remitir⁴¹. Además, el Fiscal o Juez receptor de dicha información podrá exigir que se le comunique la verdadera identidad del agente encubierto⁴².

2.4.2 El supervisor

Por otra parte, la figura del controlador o supervisor no se trata de una figura estrictamente necesaria, sino que ésta se establecerá en función de la situación concreta en que se encuentre el agente infiltrado; es decir, según la facilidad que tenga dicho agente en comunicarse con el Juez competente o el Ministerio Fiscal que llevan el control de la infiltración.

De esta forma, el supervisor será el encargado directo de la actuación del agente infiltrado, actuando como interlocutor entre el agente y el órgano jurisdiccional, y transmitiendo toda la información y pruebas que el agente encubierto obtenga durante la infiltración⁴³.

3. Responsabilidad del agente encubierto

El agente encubierto presenta una alta posibilidad de cometer delitos durante el periodo que dure la infiltración, en aras de obtener la confianza de los componentes del grupo criminal al que investiga, mostrándose como un auténtico criminal para no levantar sospecha alguna sobre su verdadera identidad.

7.1 Responsabilidad penal

En cuanto a la responsabilidad penal del agente encubierto por la comisión de delitos durante su investigación, debemos atender al apartado 5 del art. 282 bis LECrim. En su primer párrafo, se establecen las condiciones bajo las que podrá eximirse de responsabilidad penal al agente:

⁴¹ Magro Servet, V., *Manual práctico de actuación policial-judicial...*, Op., cit., pp. 190-191.

⁴² Delgado García, M. D., “El agente encubierto...”, Op., cit., p. 71.

⁴³ Pozo Pérez, M., “El agente encubierto como medio de investigación de la delincuencia organizada en la ley de enjuiciamiento criminal española”, *Revista Criterio Jurídico*, n. 6, 2006, p. 301.

«[...] 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»⁴⁴.

De esta forma, el legislador permite la comisión de ilícitos penales al agente dentro de la investigación encubierta, siempre y cuando éste actúe con la debida proporcionalidad. Por otra parte, cabe destacar que no existe paralelismo alguno entre la prohibición de valoración de la prueba vista anteriormente, y la concreta responsabilidad penal derivada⁴⁵.

Requisitos para la aplicación de la causa de exención

Como hemos visto, el art. 282 bis LECrim. establece una serie de requisitos para que un acto constitutivo de infracción penal imputable al agente encubierto se beneficie por la exención de responsabilidad penal: la actuación delictiva ha de ser consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, guardar la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma y no constituir una provocación al delito.

En primer lugar, el hecho delictivo tiene que haber sido cometido por un Policía Judicial que cuente con la autorización judicial inicial para infiltrarse en una organización criminal⁴⁶. Es decir, dicha exención de responsabilidad no opera frente a aquellos policías que realicen una investigación clandestina bajo la ocultación de su identidad, pero sin contar con la oportuna autorización judicial.

A continuación, estos hechos delictivos deben ser una consecuencia necesaria para el desarrollo de la investigación, y guardar la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma. El examen sobre esos requisitos se realizará sobre las circunstancias acaecidas en el momento de su ejecución⁴⁷.

Finalmente, el apartado 5 del art. 282 bis LECrim. exige que no se trate de una actuación de provocación del delito para existir exención de la responsabilidad penal del agente.

⁴⁴ Ley Orgánica 5/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves (BOE 14 de enero de 1999).

⁴⁵ Gómez de Liaño Fonseca-Herrero, M., *Criminalidad organizada...*, Op., cit., p. 254.

⁴⁶ Gómez de Liaño Fonseca-Herrero, M., *Criminalidad organizada...*, Op., cit., p. 258.

⁴⁷ Gómez de Liaño Fonseca-Herrero, M., *Criminalidad organizada...*, Op., cit., pp. 259-260.

7.2 Responsabilidad civil

A diferencia de la responsabilidad penal del agente encubierto, no existe regulación procesal alguna sobre la responsabilidad civil de éste.

En primer lugar, el actor civil que desee dirigirse contra un agente encubierto en los supuestos de responsabilidad civil, deberá dirigirse conjuntamente contra el agente y el Estado. Pero, en el caso de que se estime la exención de la responsabilidad penal del agente en cuestión, ello conllevará la exención de responsabilidad civil del agente y, subsidiariamente, del Estado.

Situación completamente distinta es la responsabilidad civil del agente encubierto frente a terceros de buena fe, quienes desconocen la verdadera identidad del agente -contra quien dirigirán la reclamación civil- y su posición de agente encubierto. Para la doctrina alemana, el policía debe comunicar su posición de infiltrado a todo tercero con quien entable una relación jurídica. Pero, para evitar estas posibles controversias, el Estado ha debido facilitar al agente encubierto toda una infraestructura (coches, teléfonos, etc.) y de suficientes medios económicos⁴⁸.

7.3 Responsabilidad disciplinaria

El art. 7 de la LO 4/2010 preceptúa como falta disciplinaria muy grave la comisión de cualquier conducta constitutiva de delito doloso⁴⁹, pudiendo imponerse una sanción de separación del servicio, traslado forzoso o suspensión de funciones de 3 meses y 1 día hasta 6 años (art. 10.1 LO 4/2010).

4. Agente encubierto y prueba

4.1 La declaración testifical del agente encubierto

4.1.1 Durante la fase de instrucción

Una vez agotada la infiltración, el Juez debe alzar obligatoriamente el secreto de la instrucción con 10 días de antelación a la conclusión del sumario para posibilitar el derecho de defensa de los imputados, tal y como recoge el art. 302 LECrim⁵⁰.

⁴⁸ Gómez de Liaño Fonseca-Herrero, M., *Criminalidad organizada...*, Op., cit., p. 270.

⁴⁹ Ley Orgánica 4/2010, de 20 de mayo, del Régimen disciplinario del Cuerpo Nacional de Policía (BOE 21 de mayo de 2010).

⁵⁰ Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal (BOE 17 de septiembre de 1882).

Por otra parte, la protección del agente encubierto como testigo en el proceso se manifiesta en el apartado 2 del art. 282 bis LECrim., permitiendo el mantenimiento de la identidad falsa adoptada por dicho agente incluso durante el proceso judicial, cuando éste tenga que testificar⁵¹; protección que vino impulsada por la LO 19/1994, de 23 de diciembre.

El sistema de protección ofrecido por la LO 19/1994 comienza -de oficio o a instancia de parte- con el llamamiento del Juez de Instrucción al agente infiltrado para comparecer como testigo⁵²; momento en el que el Juez de Instrucción acordará las pertinentes medidas de seguridad hacia el agente encubierto recogidas en los arts. 2 y 3 de la LO 19/1994, mediante auto motivado y atendiendo a las circunstancias del caso concreto.

4.1.2 Durante la fase de juicio oral

La normativa procesal de la infiltración no modifica las reglas generales sobre aportación y valoración de la declaración testifical durante el juicio oral. De esta forma, la declaración del agente no ratificada en el juicio oral tendrá el valor de denuncia, por lo que no constituirá un medio de prueba, sino un objeto de actividad probatoria (art. 297 LECrim.); y en el caso de que las declaraciones prestadas por el agente en la fase de instrucción y en el juicio oral muestre disconformidad, las partes podrán solicitar la lectura en juicio de la declaración sumarial (art. 714 LECrim)⁵³.

Por otra parte, el testimonio de referencia (aquel prestado por quien no estuvo presente en el lugar de los hechos sino que supo de ellos a través de terceras personas) por razones de seguridad del agente encubierto no está permitido; al igual que no se permite la incomparecencia en juicio oral del testigo protegido por razones exclusivas de seguridad⁵⁴.

⁵¹ Ley Orgánica 5/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves (BOE 14 de enero de 1999).

⁵² Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales (BOE 24 de diciembre de 1994).

⁵³ Gómez de Liaño Fonseca-Herrero, M., “Tratamiento procesal penal...”, Op., cit., pp. 234-235.

⁵⁴ Gómez de Liaño Fonseca-Herrero, M., “Tratamiento procesal penal...”, Op., cit., p. 235.

A partir de aquí, el órgano de enjuiciamiento se pronunciará en auto motivado sobre la necesidad de mantener, modificar o suprimir todas o algunas de las medidas de protección adoptadas por el Juez de Instrucción; así como la posibilidad de adopción de nuevas medidas. Junto a ello, cabe destacar que la LO 19/1994 sólo garantiza la ocultación de la identidad del testigo durante la fase de instrucción, permitiéndose a las partes solicitar conocer la identidad del testigo protegido, debiendo facilitar dicha información el Juez. Sin embargo, en el caso del agente encubierto, el Juez sólo podrá desvelar la identidad falsa, nunca la verdadera⁵⁵.

Finalmente, el uso de medios audiovisuales como instrumentos para la toma de declaración de personas que, por motivos de seguridad, deben permanecer ocultas en determinado lugar, ha sido admitido como forma de ejecución de la prueba testifical, siempre que se respeten los derechos procesales de las partes⁵⁶.

4.2 Efectos probatorios

4.2.1 La prueba de valoración prohibida

Las fuentes de pruebas generadas a través de la vulneración de derechos fundamentales quedan excluidas de la fundamentación de la sentencia⁵⁷; lo cual puede suceder por la inobservancia o infracción de alguno de los apartados del art. 282 bis LECrim.

En primer lugar, la infiltración practicada sin contar con la debida autorización judicial inicial, continuada tras la expiración de ésta, o mediante cualquier otro vicio relativo a los estándares recogidos en el apartado 1 del art. 282 bis LECrim. provocará la invalidez de las pruebas obtenidas durante el periodo de tiempo en que no estuviere vigente una autorización judicial sin ningún tipo de infracción legal.

Asimismo, la actividad realizada por el agente encubierto dentro de la infiltración relativa a diligencias complementarias de investigación que afecten o puedan afectar a otros derechos fundamentales distintos de los cubiertos por la autorización judicial, sin la oportuna solicitud y autorización por parte del Juez competente, carecerán de valoración en el juicio oral. Ejemplos de estas conductas pueden ser las pruebas obtenidas por entrada en un lugar privado o domicilio, o la grabación de conversaciones o imágenes mediante micrófonos o cámaras ocultas.

⁵⁵ Gascón Inchausti, F., *Infiltración policial y “agente encubierto”*, Op., cit., p. 306.

⁵⁶ Gómez de Liaño Fonseca-Herrero, M., “Tratamiento procesal penal...”, Op., cit., p. 237.

⁵⁷ Gómez de Liaño Fonseca-Herrero, M., “Tratamiento procesal penal...”, Op., cit., p. 239.

Cuestión completamente distinta es la relativa a las pruebas obtenidas por el agente encubierto tras la comisión de un delito durante la infiltración⁵⁸. En primer lugar, la obtención de pruebas durante la comisión de un delito que vulnere los derechos fundamentales, inutiliza por completo dichas pruebas. Sin embargo, en el caso de las pruebas obtenidas tras la ejecución de un delito donde no se vulneran derechos fundamentales, la validez de dichas pruebas vendrá determinada por la responsabilidad penal que se le impute al agente en cuestión; es decir, si dicho agente queda absuelto de responsabilidad penal en el proceso relativo a dicha responsabilidad, las pruebas obtenidas por dicho ilícito, lo averiguado presentará eficacia probatoria.

4.2.2 El uso de las fuentes de prueba logradas por el agente encubierto en otro proceso penal

Para que una prueba descubierta durante una investigación encubierta pueda ser utilizada en otro proceso penal distinto, éste deberá versar sobre alguno de los delitos contenidos en el apartado 4 del art. 282 bis LECrim.

En cuanto a la averiguación de información relativa a un delito comprendido en el art. 282 bis LECrim., pero para cuya investigación no haya sido autorizada la infiltración de un agente encubierto, conviene establecer dos situaciones distintas.

En primer lugar, cuando el agente encubierto comunica a la autoridad judicial competente el hallazgo fortuito de dicha información, el Juez de Instrucción está obligado a incoar el sumario para la investigación de los hechos delictivos descubiertos por el agente. A pesar de ello, cabe la decisión judicial de no autorización de infiltración para la investigación de dichas causas. En estos casos, los elementos de prueba averiguados en la primera investigación no podrán ser usados en otra instrucción, ya que el órgano judicial ha rechazado la legalidad y pertinencia de la infiltración en dicha causa⁵⁹.

⁵⁸ Gómez de Liaño Fonseca-Herrero, M., “Tratamiento procesal penal...”, Op., cit., pp. 242-243.

⁵⁹ Gómez de Liaño Fonseca-Herrero, M., “Tratamiento procesal penal...”, Op., cit., p. 249.

Por otra parte, en los casos en que ya exista un proceso abierto sobre la causa relativa a las pruebas obtenidas de forma fortuita por el agente encubierto, pero esta segunda causa no cuente con una medida de infiltración⁶⁰, dichos descubrimientos ocasionales del agente encubierto no podrán utilizarse como fuente de prueba en un proceso distinto, como consecuencia de la inobservancia de las garantías exigibles en la autorización inicial de la infiltración⁶¹.

⁶⁰ López-Fragoso Álvarez, T., “Los descubrimientos casuales en las intervenciones telefónicas como medidas coercitivas en el proceso penal”, *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, n. 2, 1993-1994, p. 87.

⁶¹ Gómez de Liaño Fonseca-Herrero, M., Tratamiento procesal penal de la investigación encubierta, *Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación*, COLEX, Madrid, 2004, pp. 249-250.

Conclusiones

En primer lugar, como ya he puesto de manifiesto al inicio del trabajo, se ha producido una gran evolución de la delincuencia en las últimas décadas, lo que ha puesto en jaque a nuestro Derecho Procesal y Penal, puesto que las medidas previstas hasta entonces han resultado insuficientes para frenar los nuevos modelos de delincuencia organizada. Por ello, se ha puesto de manifiesto la necesidad de regular nuevos medios de investigación para combatir la delincuencia moderna.

Sin embargo, debemos tener en cuenta que nuestro ordenamiento jurídico prevé un derecho garantista, por lo que es necesario mantener un equilibrio entre el respeto de los derechos fundamentales de los investigados y la investigación policial llevada a cabo para evitar que los delitos de especial gravedad queden impunes. Por esta razón, existen límites a la hora de autorizar y llevar a cabo una infiltración policial.

Como consecuencia de esta situación, la LO 5/1999 incorpora a la LECrim. la figura del agente encubierto como medio extraordinario de investigación, concretamente en el art. 282 bis LECrim. Esta figura se caracteriza especialmente por la ocultación de su verdadera identidad e intenciones, con lo que puede incorporarse a una organización criminal y obtener toda la información y pruebas necesarias para su posterior detención y enjuiciamiento. Pero, como ya he apuntado anteriormente, se han impuesto límites a este tipo de actuación, tales como el respeto al principio de legalidad o al principio de proporcionalidad.

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

Por otra parte, en lo relativo a la actividad probatoria, se admite la testificación en el proceso del agente encubierto, con la particularidad de que jamás se revelará su verdadera identidad, sino únicamente la falsa identidad que se le proporcionase con la autorización judicial inicial. Además, las pruebas obtenidas por el agente durante su infiltración serán admitidas en el proceso; salvo que éstas hayan sido obtenidas mediante la inobservancia o infracción de alguno de los apartados del art. 282 bis LECrim., o se traten de pruebas relativas a otro caso para el cual no se autorizó la infiltración policial.

En cuanto a la ética y licitud relativa a este medio extraordinario de investigación en un Estado democrático y de Derecho como el nuestro, considero que se trata de una figura totalmente lícita, puesto que se trata de un medio de investigación sujeto a parámetros de legalidad mediante su previsión en la LECrim.; de proporcionalidad, ya que sólo es admisible para un elenco tasado de delitos y en un ámbito de actuación muy concreto como es el de la delincuencia organizada; y jurisdiccional, puesto que estamos ante una medida autorizada judicialmente.

Bibliografía y referencias documentales

Legislación

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

Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia (BOE 7 de mayo de 2002).

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

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

Ley Orgánica 5/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves (BOE 14 de enero de 1999).

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

Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal (BOE 17 de septiembre de 1882).

Jurisprudencia

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

Sentencia del Tribunal Constitucional, de 28 de julio de 1981 (FJ 2º), BOE núm. 193, de 13 de agosto de 1981.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 9 de marzo de 1998, Roj: STS 1575/1998.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 25 de junio de 2007 (FJ 2º), Roj: STS 5414/2007.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 15 de noviembre de 2007 (FJ 3º).
Roj: STS 7815/2007.

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

Obras doctrinales

Cardoso Pereira, F., “Agente encubierto y proceso penal garantista: límites y desafíos” en *Estado de Derecho y buen gobierno*, Universidad de Salamanca, 2012.

Delgado García, M. D., “El agente encubierto: técnicas de investigación. Problemática y legislación comparada” en Gutiérrez-Alviz Conradi, F. (coord.), *La criminalidad organizada ante la Justicia*, Secretariado de publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1996, pp. 69-84.

Expósito López, L., “El agente encubierto”, *Revista de Derecho UNED*, n. 17, 2015, pp. 251-286.

Ferrajoli, L., “Derechos fundamentales” en *Derechos y Garantías: La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 2001.

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

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

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

López-Fragoso Álvarez, T., “Los descubrimientos casuales en las intervenciones telefónicas como medidas coercitivas en el proceso penal”, *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, n. 2, 1993-1994, pp. 81-90.

Magro Servet, V., *Manual práctico de actuación policial-judicial en medidas de limitación de derechos fundamentales*, LA LEY, Madrid, 2006.

Marchal González, “Precisión terminológica en torno a la figura del confidente en el proceso penal”, *Diario La Ley*, n. 9083, 2017, p. 1-22.

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

Moreno Catena, V., “Los agentes encubiertos en España”, *Revista Otrosí*, n. 10, 1999.

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