

# LA LUCHA CONTRA LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA COMO RETO DE LA JUSTICIA PENAL ANTE UNA SOCIEDAD GLOBALIZADA: ANÁLISIS COMPARADO DE LA INFILTRACIÓN POLICIAL EN LAS REGULACIONES ESPAÑOLA Y PORTUGUESA

ADÁN CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL  
Profesor de Derecho Procesal  
Universidad de Salamanca

## Introducción

Sin ninguna duda, uno de los retos de la justicia penal ante una sociedad cada vez más globalizada es la lucha contra un tipo de criminalidad cada vez más desarrollada y, en la mayoría de los casos de carácter transnacional, lo que hace que el recurso a la técnica del agente infiltrado para la investigación de determinados delitos, pese a tratarse de una medida claramente restrictiva de derechos fundamentales, sea algo naturalmente admitido por la práctica totalidad de los ordenamientos jurídicos, lo que sin duda justificó su inclusión entre las técnicas específicas de asistencia judicial previstas en el Convenio de Asistencia Judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, de 29 de mayo de 2000, que en su artículo 14 define lo que ha de entenderse por investigación encubierta al señalar que el Estado miembro requirente y el Estado miembro requerido podrán convenir en colaborar para la realización de investigaciones de actividades delictivas por parte de agentes que actúen infiltrados o con una identidad falsa.

Pese a ello, es decir, pese a estar generalmente admitida por la mayoría de los Estados de nuestro entorno y ser reconocida en un instrumento normativo de carácter vinculante para los Estados miembros de la Unión Europea, lo cierto es que no encontramos un concepto unitario que nos sirva para definir que podemos entender por agente infiltrado, siendo múltiples, diversas y variadas las regulaciones que sobre esta figura existen<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Para un análisis más detallado de estas diferentes regulaciones que van desde las que se realizan con cierta amplitud hasta aquellos supuestos en los que no existiendo norma legal la infiltración policial ha sido admitida por la Jurisprudencia pueden verse los trabajos de GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y agente encubierto*, op. cit., págs. 32-87 y de DELGADO GARCÍA, “El agente encubierto: técnicas de investigación. Problemática y legislación comparada”, en *La criminalidad organizada ante la Justicia* (coord. GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI), Universidad de Sevilla, Sevilla, 1996.

Pretendemos a lo largo del presente trabajo realizar un estudio comparado de las legislaciones portuguesa y española que nos permita llegar a una serie de conclusiones críticas sobre la idoneidad de esta figura y sobre si la utilización de la misma resulta o no compatible con los derechos fundamentales y con los principios y garantías que inspiran nuestro sistemas procesales.

### Concepto y normativa reguladora

Como primera aproximación a esta figura, que posteriormente desarrollaremos diferenciándolas de otras figuras afines con las que podría guardar cierta similitud, diremos que la característica fundamental de la infiltración consiste en la ocultación de la verdadera identidad del sujeto que adopta una nueva identidad ficticia con el objetivo fundamental de establecer una relación de confianza e intimidad con los presuntos delincuentes que le permita obtener información que sirva para la persecución penal de los mismos<sup>2</sup>.

La regulación legal del agente infiltrado la encontramos en la Ley 101/2001, de 25 de agosto, de Régimen Jurídico de las acciones encubiertas para fines de prevención e investigación criminal, en adelante la Ley portuguesa, y en el artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española de 1882, siendo esta la primera de las diferencias fundamentales que encontramos a la hora de

---

<sup>2</sup> Se trata como afirma GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, *Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación*, Colex, Madrid, 2004, pág. 131, de una figura de grandes complejidades no sólo técnicas, sino también prácticas, de la que resulta conveniente acotar sus líneas características para diferenciarla de otras figuras afines. Sobre la figura del agente encubierto en España pueden consultarse, entre otros, los trabajos de ALONSO PÉREZ, “La figura del agente encubierto”, en *Revista de Documentación del Ministerio del Interior*, núm. 9, octubre-diciembre 2002, págs. 9-24; CARMONA SALGADO, “La circulación y entrega vigilada de drogas y el agente encubierto en el marco de la criminalidad organizada sobre narcotráfico”, en *Estudios jurídico-penales y políticos-criminales sobre tráfico de drogas y figuras afines* (coord. MORILLAS CUEVA), Dykinson, Madrid, 2003, págs. 165-197; DELGADO MARTÍN, “El proceso penal ante la criminalidad organizada. El agente encubierto”, *Actualidad Penal*, núm. 2, 2000; DELGADO MARTÍN, “El proceso penal ante la criminalidad organizada. El agente encubierto”, en *Problemas actuales de la Justicia Penal*, (Dir. PICO I JUNOY), Bosch, 2001, págs. 91-132; GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y agente encubierto*, Comares, Granada, 2001; POZO PÉREZ, “El agente encubierto como medio de investigación procesal en el marco de la cooperación jurídica internacional”, *Constitución Europea: aspectos históricos, administrativos y procesales*, Tórculo, Santiago Compostela, 2006, págs. 271-328, y RIFÁ SOLER, “El agente encubierto o infiltrado en la nueva regulación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, en *Poder Judicial*, núm. 55, 1999, págs. 157-188, en *La Ley Penal: Revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 12, enero 2005, págs. 28-43, mientras que en Portugal deberían consultarse los trabajos de ALVES MEIREIS, *O Regime das Probas Obtidas pelo Agente Provocador em Processo Penal*, Almedina, Coímbra, 1999; GONÇALVES, ALVES, GUEDES VALENTE, *O Novo Regime Jurídico do Agente Infiltrado*, Editorial Almedina, Coímbra, 2001; GONÇALVES, F., ALVES, M. J., GUEDES VALENTE, M. M., *Lei e Crime.. O Agente Infiltrado versus o agente provocador. Os princípios do processo penal*, Almedina, Coímbra, 2001; ONETO, *O Agente Infiltrado*, Coímbra, 2005 y MARQUES DA SILVA, “Bufos, infiltrados, provocadores e arrependidos”, en *Direito e Justiça*, Vol. VIII, Tomo 2, págs. 27-34.

analizar esta figura ya que, mientras que la regulación portuguesa se recoge en una concreta y específica norma legal, la española no es sino otro “remiendo” más de nuestra centenaria Ley procesal, una muestra más de la necesaria sustitución de la misma por una más moderna y actualizada que responda a los nuevos retos de una sociedad globalizada.

También son diferentes los motivos que llevaron a la introducción de esta figura en las legislaciones española y portuguesa: ya que mientras que el artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española fue introducido 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, cuya Exposición de Motivos señala que las reformas que incorpora parten de la insuficiencia de las técnicas de investigación tradicionales en la lucha contra este tipo de criminalidad organizada, sin embargo, la legislación portuguesa justifica la introducción de esta figura en un pretendido cumplimiento de las obligaciones internacionales derivadas de la firma por Portugal del Convenio de Asistencia Judicial en materia penal de 2000 al que ya antes hicimos referencia.

En este sentido nos parece mucho más sincera la posición española, que reconoce la necesidad de introducir en el ordenamiento jurídico medidas legales especiales que permitan a los miembros de la Policía Judicial participar del entramado organizativo, detectar la comisión de delitos e informar sobre sus actividades, con el fin de obtener pruebas inculpatorias y proceder a la detención de los autores, respetando el fin del proceso penal que no es otro que el descubrimiento de la verdad real y la aplicación de la ley penal al caso concreto y teniendo siempre en cuenta que los límites de las técnicas propuestas de investigación se encuentran en el sistema de derechos y garantías que la Constitución reconoce a todo imputado, ya que por más abyectas que sean las formas de delincuencia que se tratan de combatir, ello no justificaría la utilización de medios investigadores que puedan violentar garantías constitucionales.

Decimos que entendemos como más sincera esta afirmación por cuanto no nos resulta válida la explicación dada por el Ministro de Justicia portugués que justificaba la aprobación de la Ley 101/2001, de 25 de agosto, de Régimen Jurídico de las acciones encubiertas para fines de prevención e investigación criminal, en el sentido de que se debía a una obligación impuesta por el artículo 14 del Convenio de Asistencia Judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión de la Europea por dos motivos fundamentalmente, uno de carácter sustantivo y otro de carácter formal.

El primero de ellos es que según señala el apartado tercero del artículo 14 del Convenio de asistencia de 2000, las investigaciones encubiertas se realizaran de conformidad con el Derecho y los procedimientos del Estado miembro en cuyo territorio se realicen, lo que significa que correspondería a la autoridad portuguesa tomar la decisión sobre si autoriza o no dicha forma de asistencia,

ateniéndose a su Derecho interno y a los procedimientos nacionales, ya que si realmente lo que se hubiese querido fuera cumplir este compromiso internacional no se habría procedido a la elaboración de una lista de delitos para los que se pueda recurrir a esta técnica ya que el artículo 14 no limita los supuestos delictivos respecto de los cuales puede solicitarse una investigación encubierta<sup>3</sup>.

El segundo motivo en el que basamos nuestra opinión es el hecho de que también en el ya citado artículo 14 del Convenio de Asistencia de 2000, se recoge expresamente la posibilidad de establecer reservas sobre este extremo por parte de los Estados miembros que así lo consideren, opción que podría haber sido utilizada por Portugal si no fuera porque la regulación portuguesa responde, desde nuestro punto de vista, y aunque no haya querido reconocerse así más a una voluntad política de regular esta figura con carácter general que a una obligación impuesta por los compromisos internacionales adoptados en el marco de la Unión Europea y que como vemos, no sirven de base suficiente para justificar la aprobación de dicha Ley<sup>4</sup>.

Otra diferencia fundamental, aparte de las referentes al ámbito de aplicación y a la autoridad competente para autorizar el recurso a esta figura que analizaremos en los siguientes apartados, es la que se refiere al sujeto activo de la infiltración, es decir, la determinación de quién puede ser autorizado para actuar como agente encubierto ya que mientras que en España esta posición solo puede ser ocupada por un funcionario de policía, con los matices que seguidamente expondremos, en Portugal, sin embargo, puede recurrirse no solo a los funcionarios de investigación criminal sino también a un tercero que actuaría bajo el control de la Policía Judicial<sup>5</sup>.

En este sentido, en España, solo podrá ser agente encubierto conforme al artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal un miembro de la Policía Judicial, si bien en este aspecto se plantea un problema derivado de la antigüedad de la ley procesal española, que data de finales del siglo XIX y en la que se entiende por Policía Judicial a un elenco demasiado grande de personas y grupos, motivo por el que nos parece más acertado optar por la definición contenida en el artículo 1 del Real Decreto 769/1987, de 19 de junio sobre

---

<sup>3</sup> En este sentido se pronuncia el Informe explicativo 2000/C 379/02 del Convenio, de 29 de mayo de 2000, relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, aprobado por el Consejo el 30 de noviembre de 2000, DOCE C 379 de 29.12.2000.

<sup>4</sup> Comparten esta opinión GONÇALVES, ALVES, GUEDES VALENTE, *O Novo Regime Jurídico do Agente Infiltrado*, Almedina, Coímbra, 2001, pág. 12 al señalar que esta no fue la causa de la reforma pero que sin duda ayudó a dar fuerza a la misma.

<sup>5</sup> Para un análisis de los diferentes cuerpos policiales existentes en Portugal puede consultarse GUEDES VALENTE, "El sistema de seguridad interno portugués. Breve reflexión", (Trad. CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL) en *Cuadernos de la Guardia Civil*, núm. 36, 2007, págs. 1-16.

regulación de la Policía Judicial, que dispone que las funciones generales de Policía Judicial corresponden a todos los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, y que nos parece mucho más adecuada que la contenida en el artículo 283 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que debería ser fruto de una profunda reforma, ya que conforme a una interpretación literal de la misma, cualquiera de los contenidos en dicho precepto podría actuar como agente encubierto.

Evidentemente, y en consonancia con la crítica hecha a la regulación española que por antigua y obsoleta podría permitir que alguna persona que no esté lo suficientemente preparada actuara como agente infiltrado, no podemos aceptar que la regulación portuguesa permita que un tercero, no vinculado con ningún cuerpo policial, pueda desarrollar esta actividad, mucho menos cuando las personas utilizadas para este fin pueden ser incluso otros delincuentes o personas que tengan algún tipo de deuda con la justicia.

En este sentido compartimos la opinión de aquellos autores que insisten en la necesidad de que la persona que desarrolle estas funciones sea un profesional lo suficientemente preparado y que reúna una serie de cualidades excepcionales tanto en el plano operativo como en el plano ético, ya que si la ética de la utilización de este medio de investigación puede estar en algún momento en entredicho lo estará mucho más si quienes actúan como agente infiltrado proceden del mundo de la delincuencia y del crimen<sup>6</sup>.

Este posible conflicto ético, aparte del evidente riesgo adicional que puede conllevar la actuación como agente infiltrado pensamos que son las razones que motivaron el que en ambas legislaciones se establezca la imposibilidad de que una persona pueda ser obligada a actuar como agente infiltrado<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> En este sentido GUEDES VALENTE, “La investigación del crimen organizado, entrada y registro en domicilios por la noche, el agente infiltrado y las intervenciones de las comunicaciones” en *Dos décadas de reformas penales* (Coord. SANZ MULAS), Comares, Granada, 2008 (Trad. CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL), pág 186, quien señala que si el agente infiltrado es una técnica excepcional, no tiene sentido que el legislador deje abierta la posibilidad de que la Policía Judicial pueda infiltrar un tercero sin que tenga limitada la cualidad de ese tercero, debiendo, por ejemplo, prohibir que sean infiltrados individuos que estén cumpliendo pena de prisión, o que estén bajo investigación criminal y como atenuante de la pena.

<sup>7</sup> Así deberán actuar como agentes encubiertos aquellos que voluntariamente quieran prestar dichos servicios y que, a su vez, reúnan una serie de cualidades, tales como una formación adecuada, con conocimientos jurídicos, técnicos o psicológicos, que permita velar por los aspectos de seguridad del agente. A dicha Conclusión se llegó durante el Seminario Internacional sobre Agentes Encubiertos organizado por el Consejo General del Poder Judicial en octubre de 1999. De esta opinión se muestra, POZO PÉREZ, “El agente encubierto como medio de investigación procesal en el ámbito de la cooperación internacional”, op. cit., págs. 302-304, donde se exponen las cualidades que debe tener un agente encubierto.

### Ámbito de aplicación

En el artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, aparte de proporcionarse habilitación legal a la figura del agente encubierto en el marco de una investigación, posibilitándose el otorgamiento y la utilización de una identidad supuesta a funcionarios de la Policía Judicial, se delimita el concepto de delincuencia organizada, la única para cuya investigación se prevé la infiltración policial, y se determinan, en el apartado 4 del mismo, las figuras delictivas en las que podrá utilizarse esta técnica en el marco de la misma de forma similar a como lo hace el artículo número 2 de la Ley 101/2001 portuguesa<sup>8</sup>.

En relación con estos listados de delitos no encontramos sustanciales diferencias ya que se trata, en ambos casos, de una enumeración de aquellos tipos penales en los que sería legal recurrir a la figura del agente infiltrado, siendo en este sentido la diferencia fundamental entre ambas regulaciones que la Ley española exige que la comisión de esos delitos se haya realizado en el ámbito de la delincuencia organizada y que la legislación portuguesa amplía la finalidad de la utilización de esta técnica no solo al ámbito de la investigación, sino también de la prevención, de ese tipo de delitos.

En relación con la primera de estas diferencias, debemos señalar que, conforme a la regulación española 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 antes mencionados, lo que supone una restricción importante del ámbito de utilización de esta figura ya que cuando el tipo penal sea cometido solo por una o dos personas no puede recurrirse a esta técnica como sin embargo sí que podría hacerse conforme a la regulación portuguesa, algo que no nos parece

---

<sup>8</sup> Para un estudio pormenorizado de los delitos a los que resultaría aplicable esta figura en Portugal y que son los recogidos en el art. 2.º de la ley n.º 101/2001, de 25 de Agosto, puede consultarse GONÇALVES, ALVES, GUEDES VALENTE, *O Novo Regime Jurídico do Agente Infiltrado*, op. cit., págs. 47 a 82. Sobre el listado de delitos en España se muestran críticos POZO PÉREZ, “El agente encubierto...”, op. cit., pág. 276, quien no valora acertado intentar definir la delincuencia organizada a través de los campos o parcelas de actuación de la misma; RIFÁ SOLER, “El agente encubierto o infiltrado”, op. cit., pág. 162, quien considera que esta técnica se concilia muy mal con la constante evolución del crimen organizado y DARIO CERINA, “La lucha contra la delincuencia organizada: Notas desde el Derecho Penal sustantivo y referencias al agente encubierto como medio de investigación extraordinario en una perspectiva interna y supranacional”, en *Dos Décadas de Reformas Penales* (Coord.: SANZ MULAS), Comares, Granada, 2008, pág. 164 quien, aunque aprecia el hecho de que la técnica utilizada no deja dudas del ámbito de aplicación del agente encubierto, entiende sin embargo que se trata de una solución cercana a la que adoptaban los Códigos decimonónicos. Tampoco, desde nuestro punto de vista, debería valer el criterio de la cuantía de la pena para determinar la gravedad o no de la criminalidad organizada ya que como señala el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su STEDH Malone c. Reino Unido, de 2 de agosto de 1984, “ligar el crimen organizado a la entidad cuantitativa de la infracción supone observar el fenómeno con límites muy estrechos”.

adecuado por cuanto no vemos la necesidad que supone introducir a un agente infiltrado para la investigación de, por ejemplo, un delito de homicidio cometido por una persona sobre otra, ya que entendemos que existen técnicas y medios de investigación mucho más adecuados para ello<sup>9</sup>.

En relación con la segunda de las diferencias a las que hacíamos referencia, la posible utilización conforme a la normativa portuguesa de la figura del agente infiltrado consideramos que la misma vulneraría claramente esa característica de excepcionalidad, de necesidad y de subsidiariedad que tiene, como debe tener cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales, el recurso a la técnica del agente infiltrado, ya que nos parece intolerable el recurso a esta figura, tan en ocasiones, éticamente reprochable incluso en la investigación de delitos ya cometidos, con el único fin de conseguir la prevención de los mismos<sup>10</sup>.

En nuestra opinión el ordenamiento jurídico portugués debe, y si no debería, disponer de otros medios mucho menos restrictivos de derechos fundamentales que el recurso a la utilización de agentes infiltrados, para hacer efectiva esa función preventiva que la Ley 101/2001 de 25 de agosto pretende conseguir a través de la infiltración de agentes, en lo que desde nuestro punto de vista es un reconocimiento claro de su incapacidad para conseguirla a través de otras técnicas<sup>11</sup>.

No compartimos, de nuevo, el parecer del Ministro de Justicia portugués que ante las críticas sobre la ampliación del ámbito de aplicación de la figura del agente encubierto al área de la prevención producidas durante la tramitación parlamentaria de la Ley portuguesa, se limitó a responder que esta función ya se encontraba recogida en la normativa anterior, ya que pensamos que lo que no puede en ningún caso es justificarse una función que no debería existir sobre la

---

<sup>9</sup> Comparte esta crítica, pero para el Derecho español, GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y agente encubierto*, op. cit., pág. 252 por considerar que se autoriza la utilización del agente infiltrado para delitos de escasa gravedad.

<sup>10</sup> Existen autores que incluso van más allá criticando su utilización incluso en la investigación de delitos como SEQUEROS SAZATORNIL, *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico (evolución normativa, doctrinal y jurisprudencial)*, La Ley, Madrid, 2000, pág. 756, cuando indica que “es contrario a la dignidad de la persona que se utilicen precisamente las buenas cualidades que puedan restarle a un presunto delincuente, como pudieran ser la apertura al otro, el culto a la amistad, la solidaridad o, tal vez, el deseo de ayudar, como medios para el descubrimiento del delito”.

<sup>11</sup> En este sentido GUEDES VALENTE, *Teoria Geral do Direito Policial*, op. cit., pág. 285 señala que como técnica excepcional, el agente infiltrado, ya sea por razones de orden moral o ético, ya sea por razones de seguridad del propio agente infiltrado, solamente, y repite, solamente, debe ser usada cuando todos los otros medios de obtención de prueba no fueran suficientemente capaces y eficaces para la averiguación de la verdad, opinión que compartimos y en la que basamos nuestra oposición a su utilización para la prevención de los delitos. Sobre la función preventiva y represiva de los llamados “hombres de confianza” también se pronuncia COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra, 1992, págs. 232 y 233.

premisa de que ya existía con anterioridad, ya que correríamos el riesgo de que lo que podía ser excepcional termine convirtiéndose en regla<sup>12</sup>.

### Requisitos para la utilización de la figura del agente encubierto

Si partimos de la base, como efectivamente lo hacemos, de que la utilización del agente encubierto es un medio excepcional de investigación restrictivo de derechos fundamentales, debemos también partir de la base de que ésta debe cumplir los requisitos exigidos por la Jurisprudencia Constitucional tanto portuguesa como española a la hora de permitir estas medidas, es decir debe someterse a los requisitos de necesidad, idoneidad, adecuación y, por supuesto, autorización judicial que deberá contener una contundente justificación y motivación en la que se demuestre la idoneidad de la medida y que ésta responde a una necesidad dentro de los fines de la investigación<sup>13</sup>.

En este sentido el artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española nos da pistas y a la vez que nos plantea nuevos interrogantes, sobre cuál debe ser la autoridad competente para autorizar el recurso al agente infiltrado, al señalar que, cuando se trate de investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada, la facultad para autorizar una investigación encubierta corresponde al Juez de Instrucción competente, o al Ministerio Fiscal dando cuenta inmediata al Juez, regulación que se corresponde plenamente con la que encontramos en el artículo 3.3 de la Ley 101/2001 portuguesa, para los fines de investigación ya que para los de prevención se exige requerimiento del Ministerio Público del Departamento Central de Investigación y Acción Penal al Juez de Instrucción Criminal del Tribunal Central de Instrucción Criminal, en los términos del artículo 3.4 y 3.5, regulación que consideramos admisible tras el profundo debate que se produjo durante la tramitación parlamentaria de esta Ley<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> Sobre este tema se pronuncian GONÇALVES, ALVES, GUEDES VALENTE, *O Novo Regime Jurídico do Agente Infiltrado*, op. cit., pág. 28 al afirmar que tan solo debería aceptarse el recurso a la utilización del agente infiltrado para la prevención criminal entendida en sentido estricto, es decir cuando consista en la adopción de medidas adecuadas para ciertas infracciones de naturaleza criminal, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 272 de la Constitución de la República Portuguesa, según la interpretación dada por GOMES CANOTILHO y VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3ª ed. Coimbra, págs. 956 y 957.

<sup>13</sup> Como ejemplos pueden mencionarse la Sentencia del Tribunal Constitucional español núm. 207/1996, que indica que la medida debe ser idónea (apta, adecuada) para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido con ella sirviendo objetivamente para determinar los hechos que constituyen el objeto del proceso penal, así como la STC 116/1998, de 2 de junio, en relación con la necesaria motivación de la medida.

<sup>14</sup> La propuesta de Ley 79/VIII previa a la definitiva aprobación de la Ley 101/2001, permitía que la autorización fuera dada por la autoridad judicial (no autoridad judicial) titular de la dirección del proceso, es decir al Ministerio Fiscal, que podría darla en el plazo de cinco días y si fuera en el ámbito de la prevención, la daría el Magistrado del Ministerio Público permitiéndose



Ambas regulaciones, tanto la española como la portuguesa, nos parecen absolutamente desafortunadas ya que, como hemos anticipado, al tratarse de una medida restrictiva de derechos fundamentales no podemos admitir ni tolerar que dicha medida pueda ser autorizada por el Ministerio Fiscal, ni dando cuenta de forma inmediata al Juez de Instrucción como dice la regulación española, ni sometida a la autorización tácita del Juez de Instrucción Criminal, al que se le debe comunicar esta decisión que será, automáticamente, ratificada si este no se opone en el plazo de setenta y dos horas, mediante despacho de revocación, conforme al artículo 3.3 de la Ley 101/2001<sup>15</sup>.

Por este motivo debemos entender que la autoridad competente para autorizar la actuación de un agente infiltrado deberá ser el Juez al que le corresponda la instrucción del caso que aconseje la realización de una investigación encubierta, convirtiéndose precisamente la posibilidad de que lo haga el Ministerio Fiscal en uno de los aspectos más espinosos de la regulación de esta figura, es decir, en los límites de la competencia que la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal española y la Ley 101/2001 portuguesa atribuyen al Ministerio Fiscal para que sea él mismo el que autorice la adopción de la medida, ya que para algunos autores esta atribución de competencia se apartaría de lo que podríamos denominar un efectivo control judicial, proponiendo una interpretación más acorde con dicho control y que consideramos mucho más acertada, según la cual la competencia del Fiscal se limitaría a proponer la adopción de esta medida, pero no a adoptarla directamente por sí mismo<sup>16</sup>.

---

que si por razones de urgencia no se pudieran conseguir estas autorizaciones se consiguieran en el primer día útil posterior. Sobre las intervenciones parlamentarias al respecto puede verse GONÇALVES, ALVES, GUEDES VALENTE, *O Novo Regime Jurídico do Agente Infiltrado*, op. cit., págs. 85 y ss.

<sup>15</sup> En este sentido se pronuncia GUEDES VALENTE, “La investigación del crimen organizado, entrada y registro en domicilios por la noche, el agente infiltrado y las intervenciones de las comunicaciones”, op. cit., pág. 186, al señalar que el número 4 del artículo 32 de la Constitución Portuguesa consagra que los actos o diligencias procesales que afecten a los derechos fundamentales tienen que ser previamente autorizados u ordenados por el Juez de Instrucción Criminal.

<sup>16</sup> Se muestra de esta opinión RIFÁ SOLER, “El agente encubierto o infiltrado en la nueva regulación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, op. cit., págs. 162-164, para quien el Fiscal debería elevar esta solicitud al Juez competente para que este decida sobre si corresponde abrir diligencias previas o sumario o denegar la medida, señalando además que el único receptor de los resultados obtenidos por el agente será el órgano judicial autorizante. En el mismo sentido se pronuncian GUARIGLIA, “El agente encubierto ¿un nuevo protagonista en el procedimiento penal?”, op. cit., págs. 49-60, quien aclara las diferentes funciones atribuidas al Juez de Instrucción y al Ministerio Fiscal en otras regulaciones de nuestro entorno y GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y agente encubierto*, op. cit., pág. 193, quien considera que pese a esta regulación, en la práctica será imprescindible desde el principio contar con la preceptiva autorización judicial, por la necesidad de permitir al infiltrado la entrada en domicilios privados, sin la cual su labor sería papel mojado.

Pensamos que ni el legislador español ni el portugués fueron conscientes de que la mera autorización para la intervención de un agente encubierto ya suponía una diligencia sumarial restrictiva de derechos fundamentales, puesto que la ocultación de la condición del agente determina por sí sola una restricción del derecho a la intimidad de los miembros de la organización investigada ya que, de otra manera el agente no habría tenido acceso a datos, situaciones y confidencias que desde nuestro punto de vista forman parte del derecho a la intimidad de las personas, entendido en un sentido amplio como el poder de control sobre las informaciones que son relevantes para cada sujeto<sup>17</sup>.

Sin embargo el hecho de que el recurso a la figura del agente encubierto pueda suponer una intromisión en el derecho fundamental a la intimidad no nos puede servir para desechar el uso de la misma por cuanto el derecho a la intimidad no es un derecho absoluto sino que se encuentra delimitado por los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicamente protegidos, pudiendo ser objeto de intromisiones legítimas siempre que se den los presupuestos oportunos, entre los cuales se encuentra, por supuesto la autorización judicial<sup>18</sup>.

Aclarado por tanto que la autoridad que puede autorizar el recurso al agente infiltrado va a ser tan sólo la autoridad judicial nos detendremos ahora en los requisitos que debe contener dicha autorización y que, en Derecho español, revestirá la forma de auto motivado que deberá contener el juicio de proporcionalidad sobre la necesidad de la medida, que deberá resultar estrictamente necesaria para la finalidad de la investigación y que deberá hacer referencia a la concurrencia de todas las circunstancias que aconsejan su adopción,

---

<sup>17</sup> En este sentido compartimos las opiniones de DELGADO MARTÍN, “El proceso penal ante la delincuencia organizada. El agente encubierto”, op. cit., pág 106 y GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y agente encubierto*, op. cit., pág. 206; MORENILLA RODRÍGUEZ, “El derecho al respeto de la esfera privada en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *La Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, 1993, págs. 322 y ss. y LÓPEZ ORTEGA, “La intimidad como bien jurídico, Estudios sobre el Código Penal de 1995 (parte especial)”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, 1996, pág. 289 a pesar de que existan sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como la de 15 de junio de 1992 (caso Ludí) que consideran que el recurso a un agente encubierto no afecta por si, ni en combinación con las escuchas telefónicas, a la esfera privada de los investigados puesto que desde el momento en que estos están cometiendo un hecho delictivo deben saber que corren el riesgo de encontrar a un funcionario de policía infiltrado encargado de desenmascararlo.

<sup>18</sup> Sobre la posible quiebra del monopolio judicial puede verse DARIO CERINA, “La lucha contra la delincuencia organizada...”, op. cit., pág. 171 y ss. cuya opinión no compartimos para el caso de la utilización del agente encubierto al considerar que aunque el Tribunal Constitucional español, en STC de 24 de marzo de 2003, entre otras, haya podido admitir en materia de derecho a la intimidad, que de forma excepcional, en determinados casos y con la suficiente y precisa habilitación legal sea posible que la policía judicial realice determinadas prácticas que constituyan una injerencia leve en la intimidad de las personas, este no es el caso del agente encubierto donde la injerencia no puede calibrarse en ningún caso de leve y donde el Estado está acudiendo al engaño para producir esa injerencia.

tales como la existencia de indicios racionales de la comisión, en forma organizada, de alguno de los delitos a los que se refiere el artículo 282 bis 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y que no exista ninguna otra vía menos restrictiva de derechos para conseguir el esclarecimiento de los hechos, es decir que se garantice su carácter subsidiario con respecto a las demás técnicas de investigación de delitos<sup>19</sup>.

También deberá contener, desde nuestro punto de vista, dicha resolución los delitos cuya comisión se sospecha y que pueden ser objeto de investigación así como el imputado o imputados que son objeto de la investigación y las actividades que el agente está facultado para realizar y que consistirán en actuar bajo identidad supuesta, adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos, ya que debemos tener en cuenta que cualquier actuación que quebrante las garantías fundamentales, no podrá ser utilizada en el proceso penal, pudiendo incluso generar responsabilidades, disciplinarias o penales como veremos para el agente, lo que nos lleva a la conclusión de que la intervención de agentes encubiertos debe estar circunscrita y rodeada de garantías de tal manera que no sacrifiquemos las mismas por conveniencia<sup>20</sup>.

Otra disposición, referente al control judicial de la actividad del agente encubierto, y de la que echamos de menos una referencia expresa en la regulación portuguesa, vendría determinada por el apartado 3 del artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que proclama que 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, previsión que es tan solo la aplicación general del principio que exige autorización judicial para la adopción

---

<sup>19</sup> De esta opinión se muestra DELGADO MARTÍN, "El proceso penal ante la delincuencia organizada. El agente encubierto", op. cit., pág 111; GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y agente encubierto*, op. cit., pág 208, la existencia de indicios racionales de la comisión, en forma organizada, de alguno de los delitos a los que se refiere el artículo 282 bis 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, GUARIGLIA, "El agente encubierto...", op. cit., pág. 51 y GUEDES VALENTE, "La investigación del crimen organizado, entrada y registro en domicilios por la noche, el agente infiltrado y las intervenciones de las comunicaciones", op. cit., pág. 188, para quien solo se recurrirá a este medio o técnica excepcional de investigación cuando el resto de medios o técnicas menos gravosas para el ciudadano se demuestren inadecuadas o incapaces de producir prueba real y personal o cuando la complejidad o la alta y especialísima gravedad del crimen, como en el caso de la criminalidad organizada, hagan imposible obtener las pruebas de otra manera.

<sup>20</sup> En este sentido ver ASENCIO MELLADO, *Prueba prohibida y prueba preconstituída*, Madrid, 1989, pág 89, y las Sentencias del Tribunal Supremo español de 22 de enero, de 4 y de 24 de abril de 2003, donde se afirma que todo lo que el agente haya podido conocer o descubrir, directa o indirectamente, en virtud de dicha actividad ilícita e ilegal, no podrá utilizarse en el proceso, así como MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal*, Verbo, Lisboa, 2008, págs. 138 y ss.

de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales, sin plantear ninguna especificidad especial el hecho de que esta solicitud la realice un agente encubierto<sup>21</sup>.

Por todo ello es necesario un eficaz control judicial, no solo en la autorización de la medida sino en el desarrollo de la misma, motivo por el cual el artículo 3.6 de la Ley 101/2001 señala que la Policía Judicial hará el relato de la intervención del agente encubierto a la autoridad judicial, que no judicial, por lo que podría tratarse del Ministerio Fiscal, en el plazo máximo de cuarenta y ocho horas desde su finalización, y el artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal prevé que la información que vaya obteniendo el agente encubierto deberá ser puesta a la mayor brevedad posible en conocimiento de quien autorizó la investigación, dejando también abierta la posibilidad legal de que dicha autorización la haya llevado a cabo el Ministerio Fiscal<sup>22</sup>.

Sobre los cauces a través de los cuales se cumpliría con este deber de información parece que resultaría mucho más operativo que el agente infiltrado no se comunicara directamente con el órgano jurisdiccional por lo que de riesgo para su propia integridad podría conllevar, motivo por el cual, algunos autores,

---

<sup>21</sup> En este sentido ver ORTELLS RAMOS, “Exclusividad para la restricción de los derechos fundamentales y ámbitos vedados a la injerencia jurisdiccional”, en *Medidas restrictivas de derechos fundamentales, Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, págs. 46 y ss. y POZO PÉREZ, “El agente encubierto...”, op. cit., pág. 299 al señalar que “el engaño y el prevalimiento de la confianza no podrá amparar actividades ilegales del funcionario, como la realización de registros sin auto judicial o la instalación de micrófonos sin control del órgano jurisdiccional; el infiltrado no posee la denominada patente de corso, está sujeto en su actuación a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”. En la misma línea, y en relación con los conocimientos fortuitos, compartimos la opinión expuesta por GUEDES VALENTE, *Conhecimentos fortuitos. A busca de um equilíbrio apuleiano*, Almedina, Coimbra, 2006, págs. 97-98 y 129 y ss., en los que exige la concurrencia de un serie determinada de requisitos para poder dar validez a esos conocimientos, debiendo, desde nuestro punto de vista, en caso contrario, recurrirse a la solicitud de una nueva autorización judicial.

<sup>22</sup> De nuevo aquí vuelve a adquirir relevancia la polémica sobre la posible autorización o no de la figura del agente encubierto por parte del Ministerio Fiscal ya que, si es este el que autorizó la intervención del mismo, a él será a quien se deba comunicar la información obtenida, que escaparía, en este caso del control judicial al que estamos haciendo referencia. En este sentido, GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y agente encubierto*, op. cit., pág. 206 considera que el Fiscal no puede ser beneficiario válido de la información que aporte el agente encubierto, puesto que dicha información ha de dirigirse a quien tenga a su cargo la instrucción, puesto que puede servir como base para la apertura del juicio oral o el sobreseimiento, siendo absurdo que toda la información, en caso de que se remitiera al Fiscal, solo pudiera servir para que este pidiera a su vez, otras diligencias, siendo rebajada esta medida de verdadera diligencia de investigación propia de la fase de instrucción a mera actividad de comprobación previa a la apertura de un sumario o de unas diligencias previas.

cuya opinión compartimos, abogan por el cumplimiento de este deber a través de persona interpuesta<sup>23</sup>.

Precisamente sobre el destino que debe darse a este relato de hechos por parte del agente infiltrado es sobre el que surge una de las mayores divergencias entre la regulación española y la portuguesa, ya que mientras que la regulación española señala que deberá aportarse al proceso en su integridad, valorándose en conciencia por el órgano judicial competente, sin embargo, la normativa portuguesa señala en el artículo 4.1 de la Ley 101/2001 que la autoridad judicial solo ordenará la inclusión en el proceso de dicho relato si lo considera absolutamente indispensable en términos probatorios, decisión que puede tomar tanto en la fase de investigación como de instrucción quedando entretanto el expediente, mediante previo registro en posesión de la Policía Judicial.

Esta posibilidad nos parece absolutamente inadmisibles desde el punto de vista del derecho de defensa, por cuanto podría permitir que tan solo se adjuntaran al proceso aquellos testimonios o hechos que sirvieran para conseguir la incriminación del imputado y no aquellos que pudieran servir para fundamentar su inocencia, riesgo que no se corre en la regulación española, donde el agente encubierto deberá poner en conocimiento del Juez, con la correspondiente entrada al proceso, toda la información que obtenga y que sea relevante para la investigación tanto si perjudica como si favorece a los sospechosos, medida que si bien entendemos que en la regulación portuguesa busca dotar de una mayor protección a aquellos sujetos que intervienen como agentes infiltrados, de ahí su inclusión en el artículo 4.1 de la Ley 101/2001 referente a la protección de los mismos, sin embargo, consideramos que entra en grave colisión con las garantías procesales del imputado y concretamente con su derecho de defensa, motivo por el cual nos vemos obligados a criticar fuertemente esta previsión contenida en la normativa portuguesa, que debería optar por la remisión íntegra del relato de los hechos, no a la autoridad judicial, que podría incluir al Ministerio Fiscal, sino a la autoridad judicial, es decir al Juez, verdadero garante de los Derechos Fundamentales en cualquier Estado de Derecho.

### **Identidad supuesta y protección del agente encubierto**

La Ley 101/2001 reguladora de las acciones encubiertas en Portugal, recoge en sus artículos 4 y 5 dos aspectos que, desde nuestro punto de vista se encuentran íntimamente relacionados y que son, por un lado las condiciones de la concesión de la identidad supuesta o ficticia bajo la cual van a actuar los

---

<sup>23</sup> En este sentido POZO PÉREZ, “El agente encubierto”, op. cit., pág. 316, defiende la figura de lo que ella denomina un “controlador” o “supervisor” y que desarrollará importantes funciones en la investigación, entre ellas, interpretar las alertas sobre el peligro que el agente encubierto esté sufriendo en cada momento concreto, convirtiéndose a un mismo tiempo en su jefe, su enlace y su protector.

agentes infiltrados, y por otro lado, las medidas de protección de las que gozarán en el desarrollo de su actividad, ya que consideramos que, precisamente, la concesión de una identidad supuesta es la primera de dichas medidas, al ser la que impide que los criminales sepan que están siendo objeto de una acción encubierta.

Sobre la forma en que se va a conceder esa identidad ficticia o supuesta no existen significativas diferencias entre las regulaciones española y portuguesa: en ambos casos dicha identidad será otorgada por el plazo de seis meses prorrogables por períodos de igual duración, quedando los agentes legítimamente habilitados para actuar en todo lo relacionado con la investigación concreta y a participar en el tráfico jurídico y social bajo tal identidad, si bien en el caso de Portugal esa identidad la concede el Ministerio de Justicia mediante propuesta del Director Nacional de la Policía Judiciaria y en España lo hará el Ministerio del Interior y también en ambas regulaciones la resolución por la que se acuerde deberá consignar el nombre verdadero del agente y la identidad supuesta con la que actuará en el caso concreto, debiendo ser dicha resolución “reservada” según la legislación española y “clasificada de secreto” según la portuguesa, un pequeño pero importante matiz que consideramos acertado en el sentido de evitar polémicas doctrinales sobre el tratamiento que debe darse a esta resolución ya que si bien del propio tenor literal del artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española podría inferirse la necesidad de que se decrete el secreto de sumario del artículo 302 de dicha Ley ya que de lo contrario, el artículo 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal nos obligaría a poner la actividad instructora en conocimiento del afectado y aunque por el carácter secreto de la decisión sobre infiltración no tuviera conocimiento concreto de la misma, resultaría bastante lógico pensar que ésta no gozara de la eficacia deseada, sin embargo la regulación española tan solo recoge que deberá mantenerse fuera de las actuaciones con la debida seguridad, concepto criticable por lo indeterminado que resulta y motivo por el cual consideramos mucho más acertado la previsión portuguesa que señala expresamente su carácter secreto<sup>24</sup>.

Precisamente sobre esta identidad supuesta y, más concretamente, sobre la posibilidad de mantener dicha identidad cuando testifiquen en el proceso que pudiera derivarse de los hechos en que hubiera intervenido, y siempre que así se acuerde mediante resolución judicial motivada, es sobre la que planea una de las mayores interrogantes sobre los riesgos que la actuación de los agentes encubiertos pueden conllevar para las garantías procesales de un Estado de Derecho, ya que desde el punto de vista procesal, la actividad de un agente encubierto podría

---

<sup>24</sup> Sobre estos aspectos vid. TOMÉ GARCÍA, “Imputación, derecho de defensa y secreto del sumario”, *Revista de Derecho Procesal*, 1999, núm. 1, págs. 123 y ss. y MORAL GARCÍA, “El secreto de las actuaciones en el proceso penal”, *Jornadas sobre garantías del imputado en el proceso penal, Estudios Jurídicos*: Ministerio Fiscal., núm. I, 2002, págs. 165 – 213.

llegar a afectar gravemente a distintos derechos fundamentales de las personas investigadas, no solo por la intromisión continuada en la vida privada de estas, atentando, como vimos, contra su derecho a la intimidad, sino también contra su derecho de defensa, tanto durante la instrucción como durante la fase de juicio oral, encontrándonos en este momento con una doble posible interpretación de que es lo que debe mantenerse oculta durante la fase de juicio oral para poder salvaguardar ese derecho de defensa: la identidad real del agente encubierto o la misma existencia de una investigación encubierta.

De una lectura atenta de la normativa que estamos analizando parece deducirse que en ambas regulaciones, tanto en la portuguesa como en la española, la identidad real del agente encubierto deberá quedar oculta hasta, al menos, la finalización del proceso, siendo denominado en todo momento por la identidad supuesta que le hubiera sido otorgada, exigiéndose tanto en el artículo 4.3 de la Ley 101/2001 como en el apartado 2 del artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal la existencia de una resolución motivada en la que se acuerde dicho extremo, siéndoles de aplicación en ambos casos la legislación referente a la protección de testigos que se encuentra recogida en el ordenamiento portugués en la Ley núm. 93/99, de 14 de julio, que regula la aplicación de medidas para la protección de testigos en el proceso penal y en el español en la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales, todo ello con el objetivo, no ya solo de asegurar el éxito de la investigación, sino de proteger personalmente al agente encubierto, a las personas de su familia y de su entorno.

Sin embargo, este hecho no puede conllevar que se oculte la propia existencia de la labor del agente encubierto, ya que no resulta admisible en un Estado de Derecho que pueda mantenerse en secreto para el imputado el hecho de que ha sido objeto de una investigación encubierta, puesto que ello atentaría contra las más elementales bases del derecho de defensa y del principio de contradicción, ya que tan solo conociendo el origen y la forma de acceso a las fuentes de prueba podrá el imputado defenderse frente a su posible ilicitud y someterlas a plena contradicción<sup>25</sup>.

---

<sup>25</sup> De esta opinión se muestra la práctica totalidad de la Doctrina, llegando a afirmar GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y agente encubierto*, op. cit., pág. 215 que lo ideal sería que, a efectos prácticos, la resolución por la que se acordara la infiltración solo expresara la identidad de cobertura del agente encubierto, consignándose la expresión de su identidad real en un anexo que se guardaría fuera de las actuaciones con la debida seguridad, teniendo un carácter secreto ex lege y de duración indefinida, opinión que compartimos en contra de la de MORENO CATENA, "Los agentes encubiertos en España", *Otrosí del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 10, 1999, págs. 40 a 42 que estima procedente la existencia igualmente de dos resoluciones, la primera que tan solo autorizara la infiltración policial y la segunda que recogiera ambas identidades, la supuesta y la oculta, siendo esta última la que tendría carácter reservado, pues consideramos que el imputado tendría derecho no solo a saber que ha existido una infiltración policial, sino también a saber quien ha sido la persona que ha actuado como agente encubierto.

Por este motivo, volvemos a considerar que el artículo 4 de la Ley 101/2001 no respeta las garantías procesales del imputado al quedar al arbitrio de lo que se denomina la autoridad judicial, no necesariamente del Juez, la decisión sobre si incorpora o no el material relacionado con el agente encubierto ya que, si decidiera no incorporarlo y el Juez no considerase necesario por necesidad de la prueba, la comparecencia en audiencia del agente encubierto, podríamos encontrarnos con la dramática situación de que durante la investigación la policía se hubiera servido de una medida restrictiva de derechos fundamentales sobre la que el imputado no ha tenido conocimiento, ni lo tendrá ni siquiera durante la fase de juicio oral, no pudiendo ejercitar su derecho de defensa con pleno respeto del principio de contradicción y del de igualdad de armas en el proceso.

Si bien es cierto que la regulación contenida en el artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal tampoco establece expresamente que deba comunicarse al imputado que ha sido objeto de una investigación encubierta no es menos cierto que la previsión de que dicha información deberá aportarse al proceso en su integridad y se valorará en conciencia por el órgano judicial competente dota a la regulación española de un matiz garantista del que carece la normativa portuguesa.

### **Responsabilidad del agente encubierto**

Por último, tanto el artículo 6 de la Ley 101/2001 como el apartado 5 del artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal regulan el régimen de responsabilidad penal, o mejor dicho de exención de responsabilidad penal, al que están sometidos aquellos sujetos que actúen como agentes infiltrados y en este sentido ambas regulaciones coinciden en que el agente infiltrado 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, figura que se encuentra prohibida en ambas regulaciones.

También ambas regulaciones señalan en su articulado el cauce para poder proceder penalmente contra un agente encubierto, señalando que 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, configurándose la petición de este informe como un auténtico requisito de procedibilidad, sin el cual no podría continuarse ningún proceso penal contra un agente encubierto debidamente autorizado para operar como tal, ya que sobre la base del mismo el Juez competente podrá decidir, según su criterio, el archivo de la causa por concurrir los requisitos de exención exigidos o, por el contrario, en caso de que estos no concurren, ordenar la continuación del procedimiento.



### **Reflexiones finales**

Una vez realizada esta visión comparada de las legislaciones portuguesa y española llega el momento de realizar unas breves reflexiones sobre las mismas, y así, en primer lugar, destacar el hecho de que en esencia y salvo las diferencias que hemos ido apuntando a lo largo de nuestro trabajo, ambas regulaciones buscan incorporar de la manera más precisa posible la controvertida figura del agente infiltrado a sus respectivos ordenamientos: una, la española, lo hace mediante la inclusión de un nuevo precepto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal mientras que otra, la portuguesa, opta por la técnica legislativa de elaborar una ley específica, la Ley 101/2001, sobre la materia.

En segundo lugar, debemos mostrarnos críticos por el hecho de que en ambas regulaciones se permita que la autorización para poder recurrir a la figura de un agente infiltrado pueda corresponder, no solo a la autoridad judicial, desde nuestro punto de vista la única que podría adoptar una medida restrictiva de derechos fundamentales de este calibre, sino también al Ministerio Fiscal, con la evidente vulneración de garantías procesales que esto pudiera conllevar y que han sido puestas de manifiesto a lo largo de nuestro trabajo.

Debemos, en tercer lugar, alabar la precisión con la que tanto la regulación portuguesa como la española delimitan el ámbito de aplicación de esta figura así como por los evidentes esfuerzos por garantizar la seguridad de dichos agentes, alabando en este caso las previsiones portuguesas en cuanto a la consideración como secretas de las actas en las que se consigna la identidad supuesta del agente infiltrado.

Pese a ello, debemos mostrarnos, en cuarto lugar, especialmente críticos con el hecho de que la normativa portuguesa prevea la posible utilización de terceros como agentes infiltrados, algo que nos parece excesivamente arriesgado por el hecho de que consideramos que quien vaya a actuar como agente infiltrado debe reunir una serie de condiciones, tanto físicas, como psíquicas, y sobre todo, morales y éticas, que en muchas ocasiones no van a poder ser predicables de quien vaya a llevar a cabo la infiltración.

También debemos, en quinto lugar, mostrarnos críticos por el hecho de que, conforme a la normativa portuguesa, se pueda utilizar esta figura no solo para la represión o investigación de delitos ya cometidos, sino también para la prevención de delitos que pudieran llevarse a cabo, recomendando la búsqueda de nuevas figuras o técnicas que permitan la consecución de ese fin sin tener que recurrir a medidas restrictivas de derechos fundamentales.

En sexto lugar, debemos felicitarnos por el hecho de que en ambas legislaciones esté prohibida la figura del agente provocador o de la provocación al delito, tan cercanas en ocasiones a la del agente infiltrado, pues compartimos

la idea de que esta situación no es admisible en un Estado de Derecho, que no puede recurrir a convertirse el mismo en un delincuente para conseguir atrapar a otros delincuentes, opinión que basamos en los diferentes pronunciamientos jurisprudenciales que hemos recogido en nuestro trabajo, y en especial en la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Teixeira de Castro contra Portugal.

En séptimo y último lugar, debemos manifestar nuestra preocupación por la posibilidad contemplada y analizada a lo largo del presente trabajo de que un imputado en Portugal pueda llegar a ser juzgado sin tener conocimiento de que ha sido objeto de una investigación encubierta, pues la decisión de incorporar o no el relato de su actuación al proceso queda en manos de la autoridad judicial, que no judicial, lo que podría provocar graves lesiones al derecho de defensa.

Por todas estos motivos no podemos compartir la opinión del Informe de la Comisión de Asuntos Constitucionales, Derechos, Libertades y Garantías de la Asamblea de la República Portuguesa, en relación con la Propuesta de ley núm. 79/VIII donde se afirma que la presente propuesta de ley, que se convertiría posteriormente en la Ley 101/2001, no pone en cuestión ninguno de los derechos fundamentales recogidos en la Constitución Portuguesa, por cuanto consideramos que muchos de ellos sí que podrían verse vulnerados por la regulación actual existente tanto en España como en Portugal, concluyendo finalmente que, en nuestra opinión, la eficacia y la eficiencia de una medida jamás debería ser alcanzada con el sacrificio de los derechos, libertades y garantías de los ciudadanos, ya que este es un precio demasiado alto imposible de pagar por un Estado de Derecho.