

EL AGENTE ENCUBIERTO COMO MEDIO DE INVESTIGACION DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL ESPAÑOLA*

*Marta del Pozo Pérez***

RESUMEN

La figura del agente encubierto se justifica por la necesidad de llevar a cabo investigaciones en el seno de tramas organizadas internacionales con las dificultades que ello implica. Es una figura polémica, pero necesaria. En multitud de ocasiones no existirá otro modo para poder desentrañar los entresijos de las bandas organizadas con las características, y por lo tanto la enorme peligrosidad y lesividad, que venimos analizando. Será una figura con gran futuro, que se potenciará con la cooperación jurídica internacional de los Estados miembros de la UE en desarrollo tanto de las normas de cooperación penal y policial que prevé la futura Constitución Europea como de la aplicación del Convenio de Asistencia Judicial en materia penal, aprobado en el año 2000 y que en la actualidad se encuentra en vigor.

Palabras clave: Agente encubierto, Unión Europea, Constitución Europea.

ABSTRACT

The secret agent's category has been justified by the need of investigations into international and organized criminal networks. It is polemical but necessary. In lots of cases, without it, could not be possible to get to the bottom of the ins and outs of the organized gangs that we are analyzing. This category should have great future whit the European Union States' legal international cooperation in the development, both, of the future European Constitution and of the Judicial Assistance Agreement now in rule.

Keywords: *Secret agent, European Union, European Constitution.*

* Este artículo es fruto de la investigación llevada a cabo en el marco del Proyecto SA001B05, financiado por la Junta de Castilla y León, denominado "Constitución europea: aspectos procesales y administrativos. especial incidencia en la Comunidad Autónoma de Castilla-León", cuyo investigador principal es el Prof. Dr. D. Fernando Martín Diz.

** Doctora en Derecho. Profesora Ayudante del Área de Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca. Profesora de Derecho Procesal Penal del Centro de Formación de la Policía de Ávila. Miembro del Centro de Estudios de la Mujer de la Universidad de Salamanca.

1. INTRODUCCIÓN: BREVE APROXIMACIÓN AL FENÓMENO DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

Antes de analizar la figura del agente encubierto, es necesario, a nuestro juicio, dedicar unas líneas a reflexionar sobre el grave y preocupante fenómeno que constituye la delincuencia organizada, puesto que, precisamente la figura del infiltrado se utilizará como medio extraordinario de investigación en el proceso penal español con la finalidad de permitir la persecución de estas redes, puesto que los sistemas tradicionales devienen ineficaces por las peculiares características de estas tramas, que crean un complejo sistema a su alrededor, con la intención de permanecer en la clandestinidad, borrar sus huellas y conseguir mantener la impunidad de sus actividades.

Resulta evidente que la criminalidad organizada es un fenómeno sociológico creciente, que va evolucionando de forma paralela a la sociedad postindustrial,¹ siendo preocupante para nuestra sociedad actual; sus riesgos son extraordinarios no sólo para la propia seguridad de los ciudadanos sino para el conjunto del Estado de Derecho. Este tipo de delincuencia es un fenómeno relativamente nuevo y que presenta importantes diferencias respecto a las ya conocidas formas tradicionales de llevar a cabo los ilícitos.²

Por ello, nos encontramos ante un problema de extraordinarias dimensiones, que además se ha hecho más evidente amparándose en la libre circulación de personas, bienes y servicios de la UE, puesto que no hay que olvidar que la no existencia de fronteras, también elimina este límite para los autores de hechos ilícitos.

Si se pretende instaurar una nueva libertad de las personas para que puedan ir y venir libremente sin controles, es preciso completar esta situación con unas actuaciones que impidan la disminución de la seguridad de los estados y de los ciudadanos que podría generarse con la desaparición de las fronteras. Debe conjugarse el principio de seguridad, con la libre circulación de las personas.³ El ciudadano de la Unión Europea desea poder gozar plenamente de la libertad de

¹ DELGADO MARTÍN, J., *Criminalidad organizada*, J.M. Bosch, Barcelona, 2001, p. 21.

² FABIÁN CAPARRÓS, E., *El delito de blanqueo de capitales*, Colex, Madrid, 1998, pp. 35–36.

³ CASTILLEJO MANZANARES, R., *Instrumentos en la lucha contra la delincuencia. La orden de detención europea y los procedimientos entre Estados miembros*, Colex, Madrid, 2002, p. 19, indica que: "... la Unión aspira a ser un espacio de libertad, seguridad y justicia y no un espacio para tráfico de todo tipo".

circulación quedando al mismo tiempo protegido de las amenazas contra su seguridad personal.

Con lo cual resulta patente que la desaparición de las fronteras interiores en el seno de la Unión genera una libertad en la circulación de personas, capitales, bienes y servicios, pero al mismo tiempo produce un incremento de la delincuencia, que resulta cada vez más peligrosa, sofisticada y tecnológica; se generan auténticas redes de delincuencia organizada⁴ que manejan grandes sumas de capital y que operan en diversos Estados.

⁴ Acerca de la criminalidad y delincuencia organizada pueden consultarse: AVILÉS GÓMEZ, M., *Criminalidad organizada: los movimientos terroristas*, San Vicente (Alicante), Club Universitario, 2004; CASTILLO BARRENTES, E., “Criminalidad organizada”, En *Cuadernos de Política Criminal*, No 50, 1993, pp. 493–512; CHOCLÁN MONTALVO, J. A., *La organización criminal: tratamiento penal y procesal*, Madrid, Dykinson, 2000; DELGADO MARTÍN, J., *La criminalidad organizada (comentarios a la LO 5/99, de 13 de enero, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilícito de drogas y otras actividades ilícitas graves)*, Barcelona, J. M. Bosch, 2001; FABIÁN CAPARRÓS, E., “El blanqueo de capitales (contexto, razones de su penalización, evolución en nuestro entorno de las iniciativas supranacionales)”, *El sistema penal frente a los retos de la nueva sociedad*, Madrid, Colex, 2003, pp. 163–188; GARCÍA RIVAS, N., “Criminalidad organizada y tráfico de drogas”, En *Revista Penal*, No 2, 1998, pp. 23–33; GARZÓN REAL, B., “Cooperación jurídica internacional en el ámbito del blanqueo de dinero y espacio de seguridad, libertad y justicia en la Unión Europea”, *Prevención y represión del blanqueo de capitales*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2000, pp. 417–444; GONZÁLEZ GONZALEZ, J., “El fraude, en la red de delincuencia organizada y transnacional. Sus conexiones con la corrupción y el blanqueo de dinero. La Oficina Europea de Lucha Antifraude (OLAF) como instancia comunitaria de investigación del fraude y la corrupción”, En *Jornadas sobre la protección penal de los intereses financieros comunitarios, Estudios jurídicos Ministerio Fiscal*, No IV, 2000, pp. 25–40; IGLESIAS RÍO, M. A., “Criminalidad organizada y delincuencia económica: aproximación a su incidencia global”, *El nuevo derecho penal español: estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Gonzalo Quintero Olivares, Fermín Morales Prats (coordinadores), Pamplona, Aranzadi, 2001; JIMÉNEZ VILLAREJO, C., “Transnacionalización de la delincuencia y persecución penal”, *Crisis del sistema político, criminalización de la vida pública e independencia judicial*, director Perfecto Andrés Ibáñez, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1998, pp. 59–104; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., “Posición de la Unión Europea sobre el crimen organizado”, Número monográfico sobre “La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, No II, 2001, pp. 113–143; ROSAL BLASCO, B. DEL, “Criminalidad organizada y nuevas tecnologías algunas consideraciones fenomenológicas y político-criminales”, Número monográfico sobre “La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, No II, 2001, p. 145–167; ZARAGOZA AGUADO, J. A., “Cuestiones penales y procesales relacionadas con la delincuencia organizada”, *Jornadas sobre delitos contra la salud pública en materia de drogas, Estudios jurídicos Ministerio Fiscal*, No VI, 1999, pp. 11–83; ZARAGOZA AGUADO, J., “Nuevos instrumentos procesales en la lucha contra la criminalidad organizada. La protección de testigos y peritos en causas criminales”, *Jornadas Internacionales de Derecho Procesal: Ponencias y comunicaciones*, Málaga, CEDMA, 2001, pp.

Se produce además lo que se denomina transnacionalización de la delincuencia, es decir, la colaboración de diversos grupos organizados de diversas nacionalidades con la finalidad de aumentar la “variedad” de hechos delictivos; cada vez es más frecuente que los grupos organizados colaboren entre sí, por ejemplo que una banda que trafica con drogas y armas coopere con otra que se dedique al blanqueo de capitales.

Estas redes delincuenciales fijan su “residencia” en aquellos Estados en los cuales el Derecho Penal es menos represivo. Esta es otra de las razones que deben hacer que la cooperación en el ámbito de la UE sea más ágil y eficaz, y que tengan que utilizarse medios extraordinarios para luchar contra este tipo de delincuencia.

Además, existe la preocupación común a todo el ámbito de la UE por la necesidad de aumentar la protección de los derechos humanos fundamentales que pueden verse lesionados en el territorio de la Unión por este nuevo tipo de delincuencia, que en ocasiones resulta tremendamente violenta, y que no duda en utilizar la extorsión, la amenaza, el asesinato o el secuestro para producir la desaparición de posibles testigos, y que contribuye a la corrupción de los funcionarios públicos con la finalidad de facilitar su impunidad.

Es evidente que con el panorama que hemos descrito debe producirse un desarrollo creciente en la colaboración entre estados y en la asistencia mutua, realizándose una sustitución de los tradicionales instrumentos de cooperación internacional, que devienen ineficaces en la nueva realidad al responder a parámetros de Derecho Internacional clásico, por unas nuevas formas de cooperación internacional y por medios de investigación diferentes a los tradicionales, que resultan inútiles para luchar contra este peligroso y complejo fenómeno delictivo, este es el marco donde se integra la figura del agente encubierto.

7-33; ZARAGOZA AGUADO, J. A., “Tratamiento penal y procesal de las organizaciones criminales en el derecho español. Especial referencia al tráfico ilegal de drogas”, Número monográfico sobre “Delitos contra la salud pública y contrabando”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, No V, 2000, pp. 49-115; ZAFFARONI, E. R., “Criminalidad y corrupción”, En *Revue Internationale de Droit Penal*, No 1-2, 1997, pp. 455-458; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., “Redes internacionales y criminalidad: a propósito del modelo de “participación en organización criminal””, *El derecho penal ante la globalización*, Laura Zúñiga Rodríguez, Cristina Méndez Rodríguez, M^a Rosario Diego Díaz-Santos (coordinadoras), Madrid, Colex, 2002, pp. 51-71; *Delincuencia organizada: aspectos penales, procesales y criminológicos* [Juan Carlos Ferré Olivé, Enrique Anarte Borralló (eds.)], Huelva, Universidad de Huelva, 1999.

Resulta altamente complicado definir el concepto de delincuencia organizada, puesto que es una noción que va transformándose, lo que algunos⁵ indican que produce una modificación en las tres características tradicionales que se predicaban de ella, a saber, organización, jerarquía y corrupción, las cuales, ya por sí solas, generan un espacio de impunidad, casi infranqueable alrededor de estas redes delincuenciales. Es extraordinariamente heterogénea, y afecta a una pluralidad de sectores sociales y económicos. Nuestra LECrim.⁶ define a los efectos de utilizar agentes encubiertos para llevar a cabo investigaciones que afecten las actividades propias de la delincuencia organizada, como la asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer alguno o algunos de los delitos siguientes:

- Delito de secuestro de personas previsto en los artículos 164 a 166 del Código Penal.
- Delitos relativos a la prostitución previstos en los artículos 187 a 189 del Código Penal.
- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico previstos en los artículos 237, 243, 244, 248 y 301 del Código Penal.
- Delitos contra los derechos de los trabajadores previstos en los artículos 312 y 313 del Código Penal.
- Delitos de tráfico de especies de flora o fauna amenazada previstos en los artículos 332 y 334 del Código Penal.
- Delito de tráfico de material nuclear y radiactivo previsto en el artículo 345 del Código Penal.
- Delitos contra la salud pública previstos en los artículos 368 a 373 del Código Penal.
- Delito de falsificación de moneda previsto en el artículo 386 del Código Penal.
- Delito de tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos previsto en los artículos 566 a 568 del Código Penal.
- Delitos de terrorismo previstos en los artículos 571 a 578 del Código Penal.
- Delitos contra el Patrimonio Histórico previstos en el artículo 2.1.e) de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando.

⁵ GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, M., *Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación*, Colex, Madrid, 2004, p. 30.

⁶ En el art. 282 bis.

Debemos indicar, antes de continuar, que dicha definición resulta, a nuestro juicio, errónea e incompleta, no debe ni puede utilizarse un listado de delitos indicando que son parcelas donde actuará la organización criminal, para definir ésta. Lo lógico hubiera sido determinar sus características o notas definitorias, sólo se alude a “asociación de tres o más personas y permanencia o reiteración”.

Por si esto no es suficiente, sucede, además, que el listado de delitos es por un lado, incompleto y por otro, equívoco pues no se corresponde con las categorías de tipos agravados del Código Penal.⁷

Cuando nos referimos a que en el número de ilícitos indicados no están todos los que resultan susceptibles de ser cometido por organizaciones criminales podemos pensar fácilmente en otros como: tráfico de seres humanos, tráfico de órganos o tejidos humanos, malversación de caudales públicos, extorsión o redes de adopción ilegales, coacciones etc., incluso el delito de corrupción de menores, aunque en este último caso se entiende comprendido en el listado por haberse producido una modificación en la rúbrica del CP⁸ correspondiente a los de prostitución, añadiéndose ahora la corrupción de menores.⁹

Además no somos partidarios de los listados, puesto que la norma debe adaptarse a la sociedad, que evoluciona muy rápidamente, y con ella la delincuencia, sobre todo en el ámbito que estamos analizado, la enumeración tasada de un *numerus clausus*¹⁰ de delitos impide la investigación encubierta en otros tipos delictivos, que de facto existen y que lleva a cabo la criminalidad organizada, lo cual resulta muy poco operativo, preocupante y crea dificultades prácticas innecesarias.

Por lo tanto, es necesario que el Legislador español reconsidere el citado artículo, en el sentido de revisar los tipos enumerados, incluir los que no se encuentran en el mismo, pero sobre todo, y a nuestro juicio, debe tratarse de generar una aproximación al concepto de delincuencia organizada no enumerando sus parcelas

⁷ En este sentido GONZÁLEZ RUS, J.J. “Asociación para delinquir y criminalidad organizada”, En *Actualidad Penal*, XXVII, 2000–2, p. 569.

⁸ Por LO 11/1999, de 30 de abril.

⁹ Así lo entiende ZARAGOZA AGUADO, J. A. “Cuestiones penales y procesales relacionadas con la delincuencia organizada”, En *Delitos contra la salud pública en materia de drogas, Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal*, VI–1999, CEJAJ, p. 25.

¹⁰ RIFÁ SOLER, J. M. se cuestiona si el listado recoge *numerus apertus o clausus*, en “El agente encubierto o infiltrado en la nueva regulación de la LECrim”., En *Poder Judicial*, No 55, p. 161; nosotros entendemos que es una lista cerrada y tasada.

delictivas,¹¹ con los problemas que hemos visto que representa esto, sino recogiendo sus notas definitorias.¹²

Por lo tanto, y en la línea apuntada, nosotros trataremos de aproximarnos al concepto¹³ de delincuencia organizada incluyendo una serie de características a las cuales, consideramos que responde la estructura organizada y jerarquizada de poder que se crea con la finalidad de cometer delitos; es decir, la organización criminal:¹⁴

1.1 Disposición de extraordinaria cantidad tanto de medios personales como materiales

Es evidente que esta característica determina la facilidad para delinquir de dichas organizaciones, extraordinariamente superior a la que puede poseer una persona individual. Son complejas redes con estructuras jerarquizadas y estratificadas¹⁵ que manejan enormes sumas de dinero, y que poseen la última tecnología que

¹¹ Que como indica RIFÁ SOLER, J. M. en “*El agente...*, *Op. Cit.* p. 162, debería ser una enumeración delictiva de carácter meramente ilustrativo.

¹² *Vid* en este sentido, RIFÁ SOLER, J. M. en “*El agente...*, *Op. Cit.* p. 162, CHOCLÁN MONTALVO, J.A. “Criminalidad organizada. Concepto. La asociación ilícita. Problemas de autoría y participación”, En *La Criminalidad organizada. Aspectos procesales, sustantivos y orgánicos, Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, 2001, p. 250 y GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, M., *Criminalidad organizada...*, *Op. Cit.* p. 68.

¹³ GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, M., *Criminalidad organizada...*, *Op. Cit.* p. 69, indica que “organización criminal o delincuencia organizada en sentido estricto, no es sinónimo de banda criminal o delincuencia asociativa en sentido amplio”. Determina una serie de diferencias entre unas y otras: en las bandas el delito viene determinado por el autor, en la organización criminal lo impone el cliente, se planifica y racionaliza el hecho delictivo al milímetro; en las bandas la persona que lo integran responden a un número reducido con un fundamental papel de las relaciones personales, en las organizaciones sucede lo contrario, es decir, se sustituyen e intercambian sus componentes; las bandas tienen una vida muy breve, en las organizaciones se perpetúan los dirigentes y la propia estructura sobre el propósito puntual delictivo; la organización criminal tiene una fuerte jerarquía, códigos de conducta y estabilidad organizativa, cuestión que no sucede en las bandas; y finalmente, las bandas poseen un ámbito geográfico local, sin embargo el crimen organizado suele actuar a nivel internacional. En este sentido puede verse, además ARLACCHI, P. “Tendencias...”, *Op. Cit.* p. 87.

¹⁴ KELLENS, G., habla únicamente de cinco características en “L’*évolution de la theorie du crime organisé*”, en VV: AA, *Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona. Libro Homenaje al profesor Antonio Beristain*, Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, 1989, p. 285. Dichas notas son: organización jerárquica, intimidación, leyes y sanciones internas, blanqueo del dinero criminal y compra de funcionarios.

¹⁵ BLANCO CORDERO, I, indica que pueden considerarse como “auténticas empresas criminales”, en “Criminalidad Organizada y Mercados ilegales”, En *Egzuzlikore*, No 11, 1997, p. 216.

existe en el mercado, podríamos decir que son “delincuentes sofisticados”. Se producirá una división del trabajo entre los distintos miembros de la organización, que poseen una altísima capacidad delictiva, lo que redundará en la facilidad para diluir la responsabilidad penal individual en el seno de la organización.

Asimismo, el entramado estructural está preparado para proteger a los dirigentes de la organización, que son los que deciden, y a los cuales resulta altamente complicado acceder. Estos “cerebros de la organización” distribuyen los “roles” en función de las aptitudes de cada uno de los individuos, que se encuentran sometidos a una férrea jerarquía, disciplina y control interno.¹⁶ Los integrantes de la estructura ilícita están vinculados frecuentemente por complejas relaciones de lealtad y confianza, por ello, en multitud de ocasiones, dichas organizaciones se desarrollan entre miembros de la misma cultura, secta, comunidad étnica o regional e incluso, de la misma familia;¹⁷ esto les lleva a actuar en secreto, lo que dificulta, aún más, las investigaciones de sus actividades ilícitas.

Con frecuencia, se produce además, lo que resulta altamente preocupante, el reclutamiento de jóvenes de ambientes marginales para participar en las actividades delictivas,¹⁸ con la promesa de obtención de ganancias e incluso de avanzar en el seno de la organización; piénsese en los jóvenes “correos de la droga”.

1.2 Desaparición de las huellas y vestigios del delito¹⁹

Es evidente, dada la anterior característica, que las organizaciones criminales poseen una multitud de medios a su disposición para tratar de que desaparezcan las huellas de los delitos que se hayan podido cometer, de esta manera, al destruir las posibles evidencias del ilícito generarán una dificultad extraordinaria tanto para llevar a cabo la investigación del delito, como para que después, si fuese necesario por la apertura del juicio oral, pueda realizarse la prueba.

¹⁶ En este sentido, GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA–HERRERO, M., *Criminalidad...*, *Op. Cit.* p. 48.

¹⁷ En este sentido *vid.* ARLACCHI, P. en “Tendencias de la criminalidad organizada de los mercados ilegales en el mundo actual”, En *Poder Judicial*, Nº 16, p. 86.

¹⁸ ARLACCHI, P. en “Tendencias...”, *Op. Cit.* p. 87 habla de la existencia de un proceso de integración vertical entre dos fenómenos, por un lado la criminalidad organizada y por otro, la delincuencia común y de menores.

¹⁹ ANARTE BORRALLA, E., indica que la delincuencia organizada tiene una extraordinaria capacidad para inocuizar por muy diversas vías el control de la misma, siendo éste un enorme escollo que dificulta la prueba, *Criminalidad Organizada*, En *número monográfico Revista Penal*, Nº 2, 1998, Praxis, p. 102.

Tradicionalmente, los presuntos autores de un hecho punible han tratado de ocultar sus huellas, con la finalidad de evitar ser descubiertos, esto es aún más acusado en las redes de delincuencia organizada por la gravedad de sus ilícitos y el peligro que supone para la organización que puedan descubrirse alguna de sus múltiples actividades ilícitas. FASSONE habla de que “las asociaciones criminales han elevado a ciencia este empeño”.²⁰

La situación que acabamos de describir, se une a que a una organización delincuencial no le preocupa en manera alguna, utilizar cualquier método, por lesivo que sea, para tratar de eliminar los vestigios de sus ilícitos tratando así de evitar ser descubiertos, investigados, y en su caso, posteriormente juzgados. Con ello nos referimos a que en ocasiones una faceta más de la actividad delictiva es la llamada a ocultar o suprimir posibles fuentes de prueba, que puedan en el juicio oral convertirse en medios de prueba, habrá determinados individuos pertenecientes a la organización que tendrán encomendada dicha tarea.

Para llevar a cabo sus propósitos no dudan en amenazar, extorsionar, chantajear, secuestrar a familiares de posibles futuros testigos, producir graves lesiones e incluso, en el peor de los casos, matar a aquellos que resulten potencialmente peligrosos para la organización. De este modo buscarán evitar los esfuerzos del Estado y de los poderes públicos para aplicar la Ley.

Esta característica vendrá íntimamente unida a dos que analizaremos con posterioridad, me refiero por un lado, a la indiscriminada violencia con la que actúan y, por otro, a los intentos de convertir en corruptos a personas que ocupan puestos de responsabilidad en el sistema, en ambos casos o bien, con la finalidad que nos ocupa; es decir, eliminar su rastro, contribuyendo a la impunidad, o bien, buscando facilitar, lo máximo posible, la realización de las conductas delictivas que estaban programadas.

1.3 Empleo de la violencia

Es evidente que a través de la realización de conductas violentas de todo tipo, usando tanto la violencia respecto de las cosas como de las personas, cada banda de delinquentes organizados pretende mantener un cierto *status de poder* en el

²⁰ FASSONE, E. “La valoración de la prueba en los procesos de criminalidad organizada”, En *Poder Judicial*, No 48, 1997, p. 419.

conjunto de la criminalidad de la que estamos hablando, resulta indudable, que, como en cualquier ámbito de la vida existe férrea competencia en el mercado, en este caso de bienes ilícitos, piénsese en el tráfico de drogas, armas o personas, por ello hay que mantener una posición dominante en el seno de dichas relaciones.

De dichas actividades obtienen las ganancias²¹ que les permiten mantener la organización y proteger a sus dirigentes, con lo cual uno de sus objetivos será controlar la parcela delincencial a la que dediquen sus esfuerzos; para ello no dudarán en utilizar la violencia, incluso en sus más altos grados, y una vez más, la necesidad de dicho control y mantenimiento de la posición dominante, en un determinado sector o lugar geográfico, delimitará el incremento y el agravamiento de las infracciones penales.

ARLACCHI²² lo define muy bien cuando indica que la sociedad no presta a este tipo de organizaciones ni agentes de policía, ni Tribunales, ni Códigos de Comercio que tengan por finalidad el garantizar la seguridad de la propiedad y el respeto de las normas esenciales en materia económica. Con lo cual, lo que a cualquier empresario lícito y dedicado a actividades legales le garantiza el Estado, a través de las instituciones citadas anteriormente, debe, en este caso, conseguirlo la organización a través de medios ilícitos y violentos que protejan sus intereses, estas redes no dejan de ser un negocio, ilegal, pero la delincuencia organizada, tal y como se estructura, podría definirse como una gran empresa que actúa en un ámbito ilícito de la economía, traficando, como parte de su actividad, con bienes *extra commercium*.

1.4 Influencia negativa sobre el sistema: corrupción

En multitud de ocasiones la peculiar criminalidad que estamos analizando dedica, con relativa frecuencia, parte de sus esfuerzos a tratar de eludir la acción de la legalidad y la justicia por medio de la corrupción de personas situadas en puestos de responsabilidad, como políticos, jueces u operadores económicos, tanto en entidades públicas como privadas.²³

²¹ Vid. GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA–HERRERO, M., *Criminalidad...*, *Op. Cit.* p. 57, cuando indica que “en las organizaciones criminales, el delito carece, por sí mismo, de importancia al constituir únicamente un instrumento para procurar un fin material de lucro.

²² ARLACCHI, P. en *Tendencias...*, *Op. Cit.* p. 86.

²³ JIMÉNEZ VILLAREJO, C. “Transnacionalización de la delincuencia y persecución penal”, *Estudios de Derecho Judicial, volumen sobre Crisis del sistema político, criminalización de la vida pública e independencia judicial*, CGPJ, 1998, pp. 62 y ss.

JIMÉNEZ VILLAREJO²⁴ recoge la definición de corrupción que acuerda el Grupo Multidisciplinario sobre la corrupción:²⁵ “Comprende las comisiones ocultas y otras conductas de las personas investidas de funciones públicas o privadas que hayan infringido los deberes a que legalmente están obligados con el fin de obtener beneficios ilícitos de cualquier clase, para sí o para otro”.

Es evidente que su enorme poder económico acabará por “tentar” a determinados individuos que pueden participar en la toma de algunas decisiones que o bien, pueden entorpecer su actividad ilícita, o bien, pueden favorecerla.

Lo que realmente resulta preocupante por el evidente riesgo, es la decisiva influencia, debido al manejo de considerables recursos monetarios,²⁶ que pueden generar en la vida política, económica y social de un Estado, especialmente si es subdesarrollado o se encuentra en vías de desarrollo.

A esta situación, hay que añadir aún otra distorsión más que pueden producir las bandas organizadas en el sistema de un país, nos referimos a los posibles problemas económicos, por la estimulación de la economía sumergida,²⁷ que pueden generarse en el mercado financiero de un Estado por la entrada de importantes inyecciones de capital, que en su origen proceden de conductas ilícitas, pero que han sido sometidos a un blanqueo de capitales; es decir, se intentan revestir de apariencia legal sus beneficios ilícitos. De esta manera, lo más frecuente es que se produzca una mezcla de actividades legales e ilegales en la misma organización criminal y delictiva.

²⁴ JIMÉNEZ VILLAREJO, C. *Transnacionalización...*, *Op. Cit.* p. 97.

²⁵ Creado por acuerdo del Consejo de Ministros del Consejo de Europa en junio de 1994, la citada definición se acordó en su primera sesión celebrada los días 24 y 25 de febrero de 1995.

²⁶ GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, M., *Criminalidad...*, *Op. Cit.* p. 58 indica que sus ganancias económicas, en ocasiones, son superiores al PIB de países como Colombia, Perú, Bolivia o Pakistán, además cita un dato aportado por BARBERO SANTOS; M. en la presentación a la obra *Criminalidad organizada*, Gabinete del Rector de la Universidad de Castilla la Mancha, 1999, p. 6 que señala que los beneficios del crimen organizado en Europa se eleva a 500.000 millones de dólares, lo que resulta equivalente al PIB Español.

²⁷ DEGADO MARTÍN, J., *Criminalidad...*, *Op. Cit.* p. 25, DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. “El blanqueo de capitales procedente del tráfico de drogas”, *En Actualidad Penal*, No 32, 1994, p. 609 y FABIÁN CAPARRÓS, E., *El delito...*, *Op. Cit.* p. 56.

1.5 Extensión a muchos ámbitos de la actividad económica

Es evidente que una organización delincencial con las características que venimos analizando, gran nivel económico, multitud de individuos, estratificada y jerarquizada, tiene que tender a diversificar su actividad delictiva; resultaría absurdo entender que esta especie de “empresas de lo ilícito” van a dedicarse exclusivamente a llevar a cabo un único y concreto tipo ilícito; las actividades en las cuáles resulta más frecuente que opere la delincuencia que nos ocupa podrían ser las siguientes: elaboración y tráfico de estupefacientes, el tráfico de personas con finalidades ilegales, por ejemplo la trata de blancas para convertirlas en prostitutas o la de inmigrantes para el suministro de mano de obra ilegal, el tráfico y la venta de niños, el comercio ilegal de todo tipo de armas: ametralladoras, fusiles, misiles, explosivos e incluso material radiactivo o apto para fabricar bombas, tráfico de especies animales protegidas, terrorismo, blanqueo de capitales, contribución a la corrupción, extorsión de enormes sumas de dinero a cambio de protección, esto es frecuente que se realice sobre comerciantes y pequeños empresarios y por último, comercio con el producto de la actividad criminal, por ejemplo venta de vehículos de lujo o de obras de arte e incluso la comercialización de artículos falsificados o delitos informáticos o de lesión en masa a la propiedad intelectual a través de la copia y distribución ilegal de programas informáticos, CD's o DVD's.

1.6 Internacionalización y transnacionalización²⁸

Es evidente que, en la actualidad, existen dos fenómenos de la realidad que han contribuido a la expansión de las bandas organizadas más allá de las fronteras de un Estado, nos estamos refiriendo, por un lado, a la liberalización del comercio, con lo que significa la eliminación de fronteras en este caso en el seno de la UE y la libre circulación de personas, bienes y servicios y por otro lado, al enorme desarrollo de las comunicaciones.

Ambas situaciones permiten a la delincuencia organizada instalarse en varios Estados lo que va a incrementar de manera extraordinaria las dificultades, ya de por sí existentes, para perseguir y controlar las citadas redes delictivas. Este primer fenómeno sería, por tanto, la internacionalización, o lo que es lo mismo que

²⁸ Son dos fenómenos distintos, así lo indica DELGADO MARTÍN, J., *Criminalidad...*, Op. Cit. p. 29.

una única banda organizada lleva a cabo su actividad ilegal en el territorio de más de un Estado.²⁹ Como ejemplo, pueden pensarse en las redes que roban vehículos de lujo en España o Francia para después venderlos en países de Europa del Este, o viceversa; lo mismo sucede con las organizaciones de trata de blancas que es frecuente que “recluten” a chicas en países del Este con falsas promesas de trabajo para trasladarlas a España donde van a dedicarse a ejercer la prostitución bajo amenazas, coacciones, extorsiones y malos tratos.

Esta situación resulta lógica, venimos avanzando que las organizaciones que nos ocupan son verdaderas empresas de lo ilegal, lo que hace lógico que deseen expandir su actividad a un mayor ámbito geográfico, teniendo en cuenta, además, que pueden intentar delinquir donde la presión policial es menor y puede resultar, más fácilmente, impune su conducta

Sin embargo, es el otro fenómeno que hemos citado el que más llama la atención, me estoy refiriendo a la transnacionalización³⁰ o lo que es lo mismo, la cooperación entre diversas bandas organizadas,³¹ incluso de diferentes nacionalidades para facilitar la ejecución de determinadas conductas delictivas, normalmente se podrán de acuerdo redes que no compiten entre sí por el mismo mercado ilícito, sino que llevan a cabo actividades heterogéneas,³² esta preocupante situación dificulta de manera extraordinaria la persecución de este terrible fenómeno delincencial. Piénsese, por ejemplo, en una red dedicada mayoritariamente al blanqueo de capitales que puede prestar su colaboración a otra banda que trafique, por ejemplo, con droga a los efectos de “lavar” el dinero producto de su actividad ilícita, o se me ocurre que una organización dedicada al tráfico de armas venda éstas a otra para que lleve a cabo sus actividad ilícita que puede consistir en el tráfico de personas o sustancias estupefacientes.

Por tanto, hemos descrito un fenómeno delincuencia creciente y preocupante, que tenemos la obligación de investigar y combatir. Abordemos ahora uno de

²⁹ Europol alerta de de que el incremento de Estados miembros de la UE va a suponer “una oportunidad para los grupos de delincuencia organizada de buscar nuevos mercados criminales y, al mismo tiempo, les facilitará nuevos territorios donde organizar sus actividades”.

³⁰ Se subraya que “la mayoría” de las policías de la UE han revelado al existencia de conexiones de sus mafias autóctonas “con grupos de delincuencia organizada españoles”, sobre todo en lo referente al tráfico de cocaína y *cannabis*. Fuente: *Diario El País* de 6 de enero de 2004, que cita el *Informe anual sobre el Crimen organizado en la UE elaborado por Europol*.

³¹ FABIÁN CAPARRÓS, E., *El delito...*, *Op. Cit.* p. 56, habla de “redes corporativas” y CHOCLÁN MONTALVO, J.A. *Criminalidad organizada...*, *Op. Cit.*, p. 234, de “sinergias entre organizaciones”.

³² GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, M., *Criminalidad...*, *Op. Cit.*, p. 54.

los métodos extraordinarios para ello, nos referimos a la figura del agente encubierto.

2. EL AGENTE ENCUBIERTO COMO MEDIO DE INVESTIGACIÓN DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

2.1 Justificación de la figura, concepto y notas definitorias

Es evidente que ante un fenómeno como la delincuencia organizada no podemos utilizar para su investigación los medios tradicionales a los que estamos acostumbrados, de ahí que ante una situación como la que hemos descrito y de las dimensiones y peligrosidad indicadas, debemos acudir a medios de investigación extraordinarios o extremos, se califican así aquellos que pueden suponer una alteración de los principio reguladores del proceso justo, pero siempre con control judicial y respeto, como límite, a la garantía de los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos.

Siempre, por supuesto, con respeto a los principio de legalidad; es decir, debe ser un medio de investigación previsto en la Ley, en nuestro caso se regula en el art. 282 bis de la LECrim.; subsidiariedad, además debe utilizarse únicamente cuando no podamos obtener la finalidad de investigación de la banda organizada con otro medio que sea menos restrictivo; proporcionalidad, únicamente puede utilizarse para el descubrimiento de supuestos delictivos de naturaleza sumamente grave, tal y como se recogen en la Ley, y, por último, respeto al principio de autorización, intervención y control judicial de la medida de investigación encubierta.

La delincuencia organizada, tal y como hemos visto, responde a parámetros de ocultación de su actividad y desaparición de las huellas y vestigios del delito, por ello es útil y necesaria la figura del agente encubierto, que por medio de un engaño se infiltra en una banda organizada y puede descubrir sus actividades; las características determinantes de la utilidad del uso de esta figura se recogen en la Carta Informativa 1999/2 de la Asociación Internacional de Derecho Penal.³³

- 1.– La división del trabajo y la disolución de la responsabilidad de cada individuo en el seno de la propia organización.

³³ Concretamente en la p. 91; dichas notas características se adoptan en el *XVI Congreso Internacional de Derecho Penal* sobre “El Derecho Penal frente al reto del crimen organizado”, celebrado en Budapest del 5 al 11 de septiembre de 1999.

- 2.- La posibilidad de intercambio de los individuos.
- 3.- El secreto.
- 4.- La frecuente mezcla, en el seno de la misma organización, de actividades lícitas, que se utilizan como “tapadera” e ilegales.
- 5.- La especial capacidad de la transferencia de ganancias.
- 6.- La habilidad para neutralizar los esfuerzos de la aplicación de la Ley, por medio de la extorsión, violencia, intimidación o corrupción.

Es en este caldo de cultivo donde se integra la figura del infiltrado,³⁴ en nuestro caso la LECrim. permite, y así definimos³⁵ dicha figura, que se otorgue a un agente de policía³⁶ una identidad supuesta,³⁷ ocultando su verdadera filiación, para que pueda establecer una relación de confianza con los miembros de una banda organizada, integrándose, como uno más, en el seno de la misma, con la finalidad principal, oculta, también, de obtener toda la información posible que

³⁴ Nosotros no vamos a referirnos ni al confidente, ni al arrepentido, ni a otras figuras afines, que pueden estudiarse con detenimiento en GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, M., *Criminalidad...*, *Op. Cit.* pp. 125 a 171; lo que vamos a abordar es la figura del agente encubierto que regula la Legislación Procesal Penal Española en la LECrim. y que parte de la infiltración, con determinados requisitos de un agente de policía.

³⁵ RIFÁ SOLER, J. M. *El agente...*, *Op. Cit.* p. 164 define al agente infiltrado como un agente de la policía judicial al que se le permite participar, legalmente, en los entramados de la criminalidad organizada.

³⁶ Puede observarse que en España, para infiltrar, se recurre a funcionario de policía que desea voluntariamente hacerlo, se le dota de esa identidad supuesta, se le forma y se le infiltra.

Sin embargo, esto no es así en otros países como EEUU, con gran tradición y experiencia en esta materia, donde poseen auténticas unidades orgánicas de agentes encubiertos o *undercovers*, de donde se van obteniendo los funcionarios para infiltrar en los ambientes criminales.

Lo que acabamos de exponer es una vieja discusión, que yo también he mantenido con funcionarios de policía de distintas escalas, ¿es preferible nuestro sistema o sería conveniente utilizar un grupo específico creado al efecto? Es decir, ¿resulta más efectivo, por decirlo de alguna manera, el “profesionalizar” esta figura con una unidad orgánica de potenciales infiltrados, a semejanza de los GEO por ejemplo o crear cada agente *ad hoc* con base en un funcionario de policía que se presta a ello de manera voluntaria?

Yo soy más partidaria del sistema americano, es decir, de tener una unidad especializada y específica de potenciales agentes encubiertos que deseen formar parte de la misma por supuesto voluntariamente, que superen un concurso y cursos de formación y que se preparen durante un tiempo para ser, llegado el caso, un infiltrado. Parece ser que hubo un intento de que fuese así pero que apenas iniciado el trabajo para conseguirlo quedó en el olvido.

A mi juicio esto garantizaría mejor el éxito de las operaciones, tanto en lo referente a la protección y garantía de la vida e integridad del agente, como en todo lo que tiene que ver con la obtención de todos los datos posibles relacionados con la investigación de la organización ilícita.

³⁷ Nótese que se utiliza recurrentemente la figura del engaño, se engaña acerca de la condición de policía del agente, acerca de su verdadera identidad e incluso acerca de la finalidad que busca.

permita conocer las actividades ilícitas de la banda organizada, la identidad de sus miembro o las relaciones con otros entes similares; es decir, se trata de obtener, puesto que la infiltración nace con la vocación de mantenerse en el tiempo, todos los datos posibles acerca del grupo delictivo.

Es evidente, que a mayor grado de implicación con la organización delictiva por parte del agente de policía encubierto crecen las expectativa de obtener datos útiles de la estructura, actividades, relaciones y dirigentes de la banda, pero al mismo tiempo aumentará de manera muy significativa el riesgo real para el Estado de Derecho de que el funcionario cometa actos susceptibles de ser constitutivos de delito, lesiones de derechos fundamentales e incluso en el supuesto más extremo que el agente se convierta en un miembro más de la organización, olvidando su función como investigador policial encubierto, que se encuentra infiltrado con identidad supuesta.

Ya veremos que para evitar esta indeseable situación se utilizarán no sólo controles judiciales, sino en la práctica operativa, lo que es, a nuestro juicio, más importante, también policiales, se crea la figura del controlador o supervisor como pieza clave, es el responsable directo del agente siendo una especie de “protector” del funcionario, tendrá contacto con él y deberá saber interpretar las señales de alarma que aproximen su comportamiento al de los delincuentes que investiga.

A nuestro juicio, la decisión de infiltrar a un funcionario de policía en el entramado de un concreto y determinado grupo organizado que se esté investigando debe partir de un mando policial. La iniciativa, por tanto, en nuestra opinión, reside de manera exclusiva en el ámbito de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado;³⁸ ellos son los más indicados para determinar y valorar tanto las dificultades que puede presentar la infiltración, como los posibles frutos que puedan derivarse de la misma, en una materia tan delicada como ésta, donde hay que ser capaces de garantizar la vida y la seguridad del funcionario, que voluntariamente se infiltra, hay que sopesar, con detenimiento, las ventajas e inconvenientes de utilizar este encubrimiento como medio de investigación.

En caso de que el órgano jurisdiccional, o el Ministerio Fiscal, que están investigando una trama delictiva, con las características de las bandas y mafias

³⁸ Vid. En este mismo sentido GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, M., *Criminalidad...*, *Op. Cit.* pp. 173 a 175.

organizadas, considere conveniente utilizar esta medida nunca podrá imponerla a un mando de la policía. En nuestra opinión, únicamente podrá sugerir o poner de manifiesto, a las unidades encargadas de las investigaciones de este tipo, la idoneidad de valerse de un encubierto, en este supuesto, no habrá lugar a utilizar la potestad de ordenar que se posee sobre la Policía, ni del Ministerio Fiscal, ni del Juez o Magistrado, esto en coherencia con la propia LECrim., la cual exige que el infiltrado lo decida voluntariamente, por ello ningún funcionario de la Policía Judicial podrá ser obligado a actuar como agente encubierto. Entendemos, por tanto, en coherencia con lo que acabamos de indicar, que tampoco se puede obligar a un mando policial a infiltrar a uno de los hombres a su cargo en una concreta banda de delincuentes organizados.

Para terminar con este epígrafe, recojamos las características que, a nuestro juicio, posee la figura, recogida en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, del agente encubierto o infiltrado:

A.– Investigación de la totalidad de las actividades ilícitas del grupo organizado donde se integra

Es evidente que una vez decidida la medida de infiltración, el funcionario de policía al que se le proporciona una identidad supuesta y se le integra, con engaño, en un grupo organizado de delincuentes se hace buscando el propósito de que intente averiguar todo aquello relacionado con la actividad ilícita, no únicamente un delito concreto y determinado, esto último resultaría absurdo, no sería proporcional el riesgo y coste de oportunidad que representa la medida que estamos analizando con el resultado que, a priori, podríamos obtener.

El objetivo, por tanto, es conocer la mayor información posible del grupo durante el tiempo que dure la infiltración, tanto la identidad de los individuos que la componen, como el modo de organizarse, las jerarquías, relaciones de poder, quién ocupa la jefatura del grupo, qué tipos delictivos se llevan a cabo, su *modus operandi*, qué lugares frecuentan, en qué ámbito geográfico operan o las relaciones que puedan tener con otras organizaciones. Resultaría absurdo dotar de una identidad supuesta y de una formación determinada, con las dificultades que ello conlleva, y que analizaremos después, a un funcionario policial para descubrir una conducta delictiva aislada.

B.– Prolongación en el tiempo

Es evidente que la labor de investigación del agente encubierto debe ser duradera, nunca esporádica, de hecho se necesitará el paso del tiempo para que nuestro funcionario se integre en el entramado de la organización criminal y establezca las relaciones pertinentes que le puedan llevar a descubrir la mayor información posible.

El problema es determinar cuanto tiempo debe o puede estar un agente como infiltrado, calcularlo, *a priori*, es una cuestión muy complicada, en nuestra opinión la situación ha de valorarse en el caso concreto, pues, depende de una multitud de factores.

La Ley prevé que la identidad supuesta, otorgada por el Ministerio del Interior, tenga una vigencia de seis meses, que podrán ser prorrogables por períodos de igual duración; con lo cual, en principio, podríamos pensar, de manera inicial, que parecería que la norma pretende que el agente esté infiltrado durante ese mismo periodo de tiempo.

Nada más alejado de la realidad, en cada supuesto habrá que analizar la coyuntura, valorando las circunstancias que se producen; es decir, podría suceder que el funcionario de policía observe que está a punto de ser descubierto o que su vida o integridad corren un serio peligro, a los pocos días de haber empezado su labor, sin que en ningún caso hayan pasado esos seis primeros meses, en este caso habrá que abandonar lo más rápido posible la infiltración.

También puede ocurrir todo lo contrario, que el agente se encuentre seguro y haya establecido relaciones que van dado sus frutos para la investigación y, por tanto, la operatividad policial aconseja, con el enorme coste y dificultad que conlleva dotar de una falsa identidad a una persona, prolongar el encubrimiento durante varios meses, prorrogando, por tanto, esos seis meses previstos inicialmente.

Sin embargo, esto también puede tener un límite y es el que determina la posibilidad de que el funcionario policial esté perdiendo su propia identidad y corra el riesgo de convertirse en uno más de la banda, para comprobar si esta situación está próxima veremos que los expertos,³⁹ recogen determinadas señales de alarma

³⁹ En una serie de documentos a los que he podido acceder por mi privilegiada condición de profesora del Centro de Formación de la Policía de Ávila, desde aquí doy las gracias a los que han colaborado conmigo en la elaboración de este artículo.

que debe vigilar el controlador o supervisor del agente. Para infiltrarse, el funcionario de policía debe tener una personalidad lo suficientemente fuerte como para que la misma no se vea fagocitada por la identidad supuesta; en líneas posteriores abordaremos qué cualidades debe reunir, a priori, un agente de policía susceptible de ser un encubierto.

C.– Uso del engaño para conseguir obtener la confianza, de la que se prevale el agente, y, con ello, la colaboración de los miembros de la organización criminal

Es evidente que una de las características esenciales de la figura del agente encubierto, que además suscita mayor polémica, es la utilización por parte de los poderes públicos del engaño, la identidad ficticia⁴⁰ y la “traición” de la confianza de los miembros del grupo.

Engaño que se manifiesta a lo largo de toda la intervención del funcionario público infiltrado, ya desde el comienzo se oculta al conjunto de integrantes de la organización delictiva la condición de miembro de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de dicho individuo, por si dicha “trampa” no fuese suficiente, es el propio Estado el que se encarga de dar la cobertura necesaria a dicho engaño, por parte del Ministerio del Interior se proporciona al agente una identidad supuesta, falsa e inexistente en la realidad; y por último, durante todo el tiempo que dura la infiltración el engaño se mantiene, e incluso por exigencias de la investigación, puede llegar a incrementarse; puede ser necesario, por ejemplo, ampliar los detalles de la “historia de vida” del infiltrado, si “sus” compañeros de organización realizan determinadas preguntas.

Engaño que además, trata de incentivar una relación de confianza entre el agente y el resto de miembros de la organización, dicho grado de complicidad, buscado de manera intencionada por el funcionario, garantiza el éxito de la investigación, confianza, que en definitiva, se verá traicionada cuando el infiltrado utilice en un proceso penal lo que se le confiesa en el seno de esa relación; sin que en ningún momento los miembros de la banda, conozcan, ni siquiera sospechen, el citado uso.

⁴⁰ STEFAN BRAUM, J. M., indica, en una opinión que de ninguna manera podemos compartir, que dicho engaño puede asociarse a un proceso penal autoritario, inquisitivo e incluso inconstitucional en “La investigación encubierta como característica del proceso penal autoritario”, *La insostenible situación del Derecho Penal*, Comares, Granada, 1999, p. 7.

La pregunta es, ¿es lícito que en Democracia, el Estado de Derecho recurra a una trepa para la investigación de una conducta delictiva que puede desembocar en un juicio oral?, o al menos, ¿es ético?

En nuestra opinión esta actuación del Estado es completamente lícita; está prevista en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con lo cual no existen dudas acerca de su legalidad; además se utilizará para la averiguación de conductas especialmente graves y lesivas para el conjunto de la sociedad incluso para la propia seguridad de los cimientos que sostienen nuestro estado de Derecho.

Además, a nuestro juicio, este modo de actuar es ético; desde el punto de vista que estamos analizando, se utiliza el agente encubierto como medio subsidiario de investigación, cuando no existe otro modo, menos lesivo, de averiguar todo lo relacionado con las redes organizadas violentas, que corrompen y tratan de conseguir a cualquier precio su impunidad.

La ética no se pierde en ningún momento de la utilización de esta técnica de indagación puesto que existe control jurisdiccional y están prohibidas las conductas poco respetuosas con los derechos fundamentales. Cualquier actuación que quebrante las garantías fundamentales, no podrá ser utilizada en el proceso penal, pudiendo incluso generar responsabilidades, disciplinarias o penales para el agente; en nuestro sistema el fin no justifica los medios,⁴¹ no es así cuando hablamos de los *undercovers* de EE.UU.

El engaño y la prevalencia de la confianza no puede ir más allá de lo que hemos indicado, nunca 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 español, todo ello a nuestro juicio demuestra, sin duda, que la utilización de esta técnica de investigación es, al menos, en nuestra opinión,⁴² lícita, legal y ética.

⁴¹ En este sentido se expresa la STEDH de 9 de junio de 1998, *Caso Teixeira Castro* contra Portugal, cuando indica que: “la intervención de agentes encubiertos debe estar circunscrita y rodeada de garantías incluso en el tráfico de estupefacientes. En efecto, si la expansión de la delincuencia organizada lleva a no dudar de la adopción de medidas apropiadas, no queda más que, en una sociedad democrática, el derecho a que una buena administración de justicia ocupe un lugar tan preeminente, que no podamos sacrificarla por conveniencia”.

⁴² Algún autor no comparte nuestro punto de vista, en este sentido puede consultarse SEQUEROS SAZATORNIL, F., cuando indica que “es contrario a la dignidad de la persona que se utilicen

2.2 ¿Quiénes pueden ser, en nuestro sistema, agentes encubiertos?

El artículo 282 bis indica que, únicamente pueden actuar como agentes encubiertos, y siempre de forma voluntaria, los funcionarios de la policía judicial. Esta intención debe contar con el visto bueno y con el acuerdo del mando policial correspondiente que ha de valorar las condiciones y cualidades del voluntario.

Sin embargo, es conocida la confusión existente en el actual modelo policial español, siendo necesaria, de una vez por todas una definición del modelo de Policía Judicial,⁴³ por ello, con la finalidad de determinar quiénes podrán participar en una investigación encubierta utilizaremos la ya tradicional distinción entre Policía Judicial genérica y específica; teniendo en cuenta qué jamás podrán ostentar la condición de agente encubierto los funcionarios que no sean policía judicial en sentido estricto.

Concretamente podrán infiltrarse:

- 1.- Miembros de la Policía Nacional.
- 2.- Miembros de la Guardia Civil.
- 3.- Agentes de policías autonómicas si tienen competencias como Policía Judicial; con la salvedad de que no podrán participar en investigaciones encubiertas con implicaciones internacionales, puesto que no son funcionarios de Policía a efectos del Convenio de Schengen.⁴⁴

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

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”, *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico (evolución normativa, doctrinal y jurisprudencial*, En La Ley, Madrid, 2000, p. 756.

⁴³ En este sentido JIMÉNEZ VILLAREJO, J., “La Policía Judicial: una necesidad, no un problema”, En *Poder Judicial*, número especial II, pp. 182 y ss.

⁴⁴ En este sentido podrán actuar como agentes encubiertos las Policías Autonómicas del País Vasco, Cataluña y Navarra, puesto que dichas CCAA han previsto en sus Estatutos Autonómicos y las normas reguladoras de policía la creación de Unidades Orgánicas con competencias como Policía Judicial. Puede consultarse en relación al País Vasco, el 17 de su EA y los arts. 112 a 115 de la Ley 4/1994, de 17 de julio, de la Policía Vasca; en el supuesto de Cataluña, el art. 13 de su EA, los arts. 13 a 15 de la Ley 10/1994, de 11 de julio, sobre la Policía de la Generalitat, el Real Decreto 54/2002, de 18 de enero, y los Decretos 191/2002, de 22 de enero y 147/2002, de 28 de mayo; por lo que respecta a Navarra art. 51 de la Ley 13/1982, de 10 de agosto, y el Decreto Foral 213/2002, de 14 de octubre que aprueba el Texto Refundido de la Ley Foral de Cuerpos Nacionales de Policía Navarra (art. 10).

- 1.– Los agentes de los servicios de inteligencia del Estado.
Sin perjuicio, de que los miembros del Centro Nacional de Inteligencia, que no son agentes de la autoridad⁴⁵ puedan recurrir al uso de medios y actividades encubiertas con la finalidad de proteger y defender la seguridad nacional.⁴⁶
- 2.– Los agentes de la policía local o municipal.
- 3.– Los agentes del servicio de vigilancia aduanera.

Existe una enorme polémica en torno a si los funcionarios de vigilancia aduanera tienen la condición de Policía Judicial para la investigación del delito de contrabando y aquellos que se encuentren en conexión con él, está de plena actualidad y se encuentra sin resolver.⁴⁷ Podrían, en teoría actuar como agentes encubiertos puesto que se les atribuye en la legislación la condición de funcionarios de Policía Judicial en relación con los delitos que hemos indicado;⁴⁸ sin embargo lo que acabamos de referir no puede producirse en la práctica puesto que, no hay que olvidar, que en Derecho Procesal español sólo puede darse la figura del infiltrado policial para la investigación de un determinado listado de delitos, que ya hemos indicado y que resulta incompleto y problemático, en este caso no se incluye el delito de contrabando con lo cual no podrán actuar como agentes encubiertos porque falta el elemento objetivo exigido por la LECrim. para que puedan hacerlo.

Por lo tanto, con esto damos por finalizada la polémica, puesto que en teoría, al ser Policía Judicial, podrían infiltrarse, pero en la práctica, al no estar incluido el delito de contrabando en el listado del art. 282 bis, a nuestro juicio de manera incomprensible, no habrá lugar a la utilización de esta figura para la investigación del mismo.

Visto qué funcionarios de Policía pueden ejercer como agentes encubiertos es necesario añadir que, en nuestra opinión, además de cumplir el requisito objetivo al que nos acabamos de referir, será fundamental estudiar en cada momento la oportunidad de proceder a la infiltración así como el establecimiento de un riguroso sistema de selección de candidatos entre los diversos voluntarios, que hayan podido presentarse con el deseo de infiltrarse en una determinada organización criminal.

⁴⁵ Vid. art. 5.4 de la Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia.

⁴⁶ Vid. arts. 4 y 5 de la Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia.

⁴⁷ Vid. Consulta de la FGE 2/1999, de 1 de febrero; SSTS 17 de febrero, 16 de junio y 25 de septiembre de 2003.

⁴⁸ DA Primera de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre.

Habrán que analizar las diversas solicitudes y examinar a los aspirantes, a nuestro juicio tendrán que superar un curso específico en el que se completen todas las aptitudes, que de manera innata deben tener, poniendo especial cuidado y atención en los aspectos psicológicos, no hay que olvidar las dificultades que pueden derivarse de la condición de tener que desarrollar la vida en el seno de una organización criminal, “interpretando un papel” que desarrolle una identidad falsa o supuesta.

Con lo cual, no basta con ser funcionario de la Policía Judicial, pertenecer a las categorías que hemos indicado en las líneas precedentes, y prestarse voluntario para ejercer dicho papel en la investigación criminal, sino que deberá gozar de un perfil determinado y tener una formación adecuada; no hay que olvidar que además de tener que cumplir una fundamental misión de investigación de una organización criminal deberá proteger su vida, seguridad personal e integridad, que en algún momento puede verse en peligro.

Es cierto que en España se conocen pocos datos acerca del perfil que debe tener un futuro agente infiltrado, pero debido a mi privilegiada posición he podido acceder a documentación que desarrolla un teórico perfil del agente, obtenido de la experiencia del FBI Estadounidense y del Reino Unido; estas son las cualidades que se indican que debe poseer:

- 1.- Autonomía personal para la toma de decisiones adelantándose a las situaciones, incluida la habilidad para enfrentarse a problemas y resolverlos.
- 2.- Eficiente, eficaz y competente.
- 3.- Capacidad para adaptarse al medio; para mimetizarse con él.
- 4.- Alta inteligencia, incluida la emocional.
- 5.- Equilibrado, calmado, que guarde el control.
- 6.- Capacidad de comunicación a todos los niveles: oral, gestual, lenguaje verbal y no verbal.
- 7.- Perfil de vendedor.
- 8.- Empatía, es decir, tener la capacidad de ponerse en el lugar del otro e interpretar las situaciones desde su punto de vista.
- 9.- Confianza en sí mismo con un alto grado de control interno.
- 10.- Dureza como equivalente a poco sentimental; no tiene que ser necesariamente alguien “frío”, pero sí que no se deje llevar por sus sentimientos.
- 11.- Flexibilidad, en el sentido de ser tolerante con los valores culturales y morales de otros.

- 12.–Tolerancia a la crítica y a la frustración; debe ser independiente, que no necesite la aprobación del medio.
- 13.–Confidencialidad y discreción.
- 14.–Capaz de asumir riesgos sin llegar a ser temerario.
- 15.–Preferentemente soltero y sin hijos.
- 16.–Resistente al dolor y con aguante físico considerable.
- 17.–Debe ser una persona vulgar y corriente. Sin manías.
- 18.–Edad: el rango ideal es entre 25 y 45 años, puesto que si es demasiado joven se corre el riesgo de que cometa errores por la necesidad de reafirmarse y demostrar su valía; por el contrario, si es demasiado mayor se temen en exceso las pérdidas y el cambio es mucho más difícil de asumir, así como el adaptarte a él.
- 19.–Aspecto físico corriente.
- 20.–Culto. Se necesita un nivel cultural medio–alto.

Por supuesto, todos estos rasgos son los que de manera deseable o preferible debería tener un agente encubierto con la finalidad de garantizar tanto el éxito de su investigación, como de su propia seguridad e integridad física; pero en ningún caso, variables como edad, rasgos físicos o sexo pueden invalidar a priori a una persona para ejercer como infiltrado puesto que dicha situación podría resultar lesiva con los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Española. Por lo tanto, y, en principio, este sería el modelo de parámetros a evaluar por los psicólogos encargados de participar en la selección del futuro agente infiltrado.

Una vez determinado el funcionario de Policía Judicial que va a ejercer como agente encubierto en una determinada investigación, es necesario dotarle de una formación específica e integral donde se aborden todos los aspectos relacionados con su futura actividad. Es ineludible afianzar sus conocimientos sobre sus actuaciones, personalidad, utilización de medios técnicos, contravigilancias, técnicas de entrevista e interpretación; estudio de la legislación planificación y ejecución operativa, integridad moral, autocontrol, intercambio de experiencias con otros compañeros que hayan podido estar infiltrados antes etc. Además de la citada formación, que sin duda ha de superarse antes de ser infiltrado, debe completarse la misma con conocimientos jurídicos, técnicos y psicológicos; formación específica para velar por los aspectos de seguridad y prácticas de campo.⁴⁹

⁴⁹ Esta es una de las conclusiones acordadas en el Seminario Internacional sobre Agentes Encubiertos organizado por el CGPJ en octubre de 1999.

Por último deseo hacer una breve referencia a la necesidad de concesión por parte del Estado de una *legende* o identidad supuesta, que de acuerdo con la configuración legal será a cargo del Ministerio del Interior;⁵⁰ lo cual resulta lógico por razones operativas y de facilitación de dicha tarea.

Bajo ella el agente está facultado no sólo para llevar a cabo la concreta investigación en la que se encuentra inmerso, sino también para participar en el tráfico jurídico, la ley lo convierte en legal cuando indica que los infiltrados quedan “legítimamente habilitados para actuar en todo lo relacionado con la investigación concreta y a participar en el tráfico jurídico y social bajo tal identidad”.

A nuestro juicio, al menos, debería incluir un nombre falso, dirección, línea telefónica, historia de vida, cuenta bancaria, e historial penal y policial; todo ello pretende otorgar al funcionario de policía una apariencia criminal.

Además para poder cumplir con su objetivo debe tener cobertura documental y tener credibilidad. La LECrim. silencia todo lo referente a los detalles de la identidad supuesta, pero consideramos⁵¹ que al menos debe gozar de un documento nacional de identidad falso,⁵² que poder exhibir en caso de necesidad, donde se recojan todos los datos personales relacionados con su leyenda; sin embargo, obtener una buena cobertura documental que otorgue la credibilidad necesaria a la doble identidad del infiltrado no es una tarea fácil.

La cuestión que estamos analizando no es trivial, de la creación de una sólida identidad supuesta⁵³ puede depender no sólo la posibilidad de infiltración inicial, sino el ir ganando de forma paulatina la confianza de los miembros de la

⁵⁰ 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, será reservada y deberá conservarse fuera de las actuaciones con la debida seguridad.

Además podrán mantener dicha identidad cuando testifiquen en el proceso que pudiera derivarse de los hechos en que hubieran intervenido y siempre que así se acuerde mediante resolución judicial motivada, siéndole también de aplicación lo previsto en la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre.

⁵¹ En este mismo sentido GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, M., *Criminalidad...*, *Op. Cit.* pp. 195–196.

⁵² Cuestión que sí se prevé expresamente en la Legislación Procesal Alemana.

⁵³ Los países más avanzados en estas operaciones tienen en sus Unidades especializadas, de agentes encubiertos, un departamento de infraestructura, con medios técnicos avanzados y personal cualificado que tiene como cometido único facilitar todos los medios y documentos necesarios para que el agente pueda aportar a la organización esa identidad ficticia si fuera necesario.

organización, y lo que resulta más importante mantener la misma para lograr la mayor adaptación posible, lo que incrementa las posibilidades de averiguar datos relevantes y garantizar la seguridad, integridad y vida del funcionario encubierto. Es evidente que cuanto mejor esté construida, respaldada y documentada la leyenda del agente infiltrado, éste la utilizará con las suficientes garantías lo que evitará el recelo o desconfianza de la organización ante la posibilidad de estar tratando con un policía.

2.3 ¿Quiénes pueden autorizar una infiltración?

De acuerdo a lo señalado en el art. 282 bis de la LECrim., la investigación con agentes encubiertos tiene que ser autorizada por el Juez de Instrucción o de manera excepcional por el Ministerio Fiscal, en este último supuesto habrá que dar cuenta de ello al Juez de manera inmediata.

2.3.1 El Juez de Instrucción

La infiltración de un agente, por restringir derechos fundamentales, como por ejemplo, el derecho a la intimidad, debe autorizarse por el Juez de Instrucción competente, de acuerdo a las correspondientes normas de la LECrim., que se encuentre instruyendo el caso, y que, además, se encargará de controlar su actividad.

Para autorizar el uso de la investigación encubierta el órgano jurisdiccional instructor competente habrá de llevar a cabo un juicio de proporcionalidad o razonabilidad de la medida, consideramos que, antes de adoptar la resolución correspondiente, al menos habrá de valorar las circunstancias siguientes:

a.– Existencia de indicios suficientes

Es evidente que se necesitan indicios racionales de que dicha banda está llevando a cabo infracciones delictivas recogidas en el art. 282 bis de la LECrim. Ha de haber un grado de imputación suficiente de la comisión de un hecho delictivo, el órgano jurisdiccional ha de verificar la existencia de datos objetivos determinantes para deducir que resulta más que probable que dichos individuos están llevando a cabo conductas delictivas.

Resulta claro que la recogida de datos que generen la existencia de estos indicios, más allá de meras y simples sospechas o conjeturas,⁵⁴ es labor de la Policía Judicial, que deberá acumularlos para presentárselos al Juez junto a la solicitud de la investigación encubierta.

Además, es indudable que el mando policial habrá determinado previamente la posibilidad operativa de llevar a cabo la infiltración; es decir, que va a poder llevarse a cabo la misma con garantías suficientes, al menos en teoría, de permanencia, para que dicha técnica resulte útil a la investigación. El otro extremo resultaría absurdo; es decir, pedir autorización al Juez sin haber valorado previamente la posibilidad práctica, real y operativa de llevar a cabo la infiltración, y una vez obtenido el permiso del órgano jurisdiccional no poder llevarlo a cabo por cuestiones logísticas.

En el momento de adoptar su decisión el órgano jurisdiccional tiene que realizar una valoración de los datos que le proporciona la Policía, teniendo que llegar a la conclusión de que resulta probable que se encuentre ante una banda organizada con las características que determina la ley, y dirigida a la comisión de uno de los delitos tasados en la lista del art. 282 bis LECrim, circunstancias que habilitan la posibilidad de poder infiltrar a un funcionario de la Policía Judicial en dicha trama, con la finalidad de investigarla.

b.– Idoneidad de la medida⁵⁵

Es necesario que el órgano jurisdiccional determine que la introducción en la banda organizada de un funcionario de policía de manera encubierta va a resultar apta para obtener datos relevantes para la investigación de la red; es decir que la medida adoptada, en este caso la investigación con funcionario infiltrado, va a contribuir al desarrollo de la investigación, sirviendo para averiguar todos los extremos posibles relacionados con la organización delincriminal.

⁵⁴ Como ejemplo, el Auto TS de 18 de junio de 1992 indica que “resulta indispensable que existan indicios, lo que ni puede equivaler jamás a sospechas o conjeturas (SSTC 174/1985 y 175/1985), es decir, aunque la Ley no lo diga expresamente, ha de exigirse racionalidad de la noticia, probabilidad de su existencia etc”.

⁵⁵ La STC 207/1996 indica que la medida debe ser “idónea (apta, adecuada) para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido con ella (art. 8 CEDH), esto es, que sirva objetivamente para determinar los hechos que constituyen el objeto del proceso penal”.

c.– Necesidad o subsidiariedad de la medida

Es el propio artículo 282 bis LECrim., el que determina que la autorización del Juez para investigar una conducta con agentes encubiertos tendrá en cuenta “su necesidad a los fines de la investigación”; esta afirmación resulta determinante, el órgano jurisdiccional debe entender que la introducción del infiltrado es imprescindible para la obtención de indicios relevantes relacionados con la trama organizada, o, lo que es lo mismo, que dicho fin, la obtención de datos acerca de la red criminal, no se puede obtener, en ningún caso a través de otro medio de investigación que resulte menos gravoso, restrictivo o lesivo para los derechos fundamentales implicados.

d.– Gravedad de la conducta investigada

En este caso, a nuestro juicio, la gravedad de la conducta va más allá de la mera valoración por el Juez de la cuantía de la pena señalada en la tipificación del hecho delictivo;⁵⁶ si bien es cierto que multitud de los delitos tasados en el art. 282 bis de la LECrim., son de extraordinaria gravedad (secuestro, terrorismo o tráfico de drogas o armas), lo que por sí mismo determinará que se cumpla la condición que estamos analizando, el Juez, como he indicado, debe ir un paso más allá.

La valoración de la gravedad de la conducta debe realizarse de manera conjunta, no únicamente por la pena del delito presuntamente cometido, sino que hay que determinar si la conducta resulta grave de por sí, aunque se refiera a robos de vehículos o tráfico de obras de arte, por ejemplo, si tenemos en cuenta que va a ser llevada a cabo por una organización criminal.

⁵⁶ En este mismo sentido GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA–HERRERO, M., *Límites...*, *Op. Cit.* p. 4, cuando indica lo siguiente: “De entre los criterios a tomar en cuenta para acreditar la proporcionalidad en sentido estricto, la gravedad del delito plantea no pocos problemas. Nuestro legislador, a la hora de acreditar la gravedad de la infracción, desterró el parámetro de la pena abstracta, y optó por hacerla depender de otra serie de factores –comisión del hecho punible en el seno de un grupo criminal– habida cuenta que forman parte del objeto de la medida delitos menos graves desde el punto de vista penológico. Con la clara intención de salvaguardar el precepto, en el marco del crimen organizado, la gravedad no debiera venir fijada sólo por una pena numérica, y habría que atender a extremos como la dimensión geográfica y relevancia social del delito. Cualquier delito, por insignificante pena que conlleve, susceptible de producir un lucro económico elevado, será cometido por organizaciones criminales, y buena prueba de ello son, por poner ejemplos de actualidad, el robo de objetos de arte para su posterior venta a sectores adinerados de la sociedad, los robos de vehículos de lujo para su comercialización en los mercados de segunda mano, o los delitos contra la propiedad intelectual cometidos mediante la reproducción e masa de obras artísticas”.

Es esta situación la que ha de tenerse en cuenta, el Juez ha que pararse a realizar una evaluación detallada de las posibles características de la red de delincentes: verificar su ámbito geográfico de actuación, si es transnacional, si utiliza la corrupción o la extorsión para eludir la acción de la justicia, determinar si es violenta, si además se blanquean capitales o por ejemplo, si someten a un riguroso régimen de fidelidad a sus miembros; es el conjunto de la valoración de todos estos factores, y otros que se le puedan ocurrir al órgano jurisdiccional, lo que va a determinar la gravedad de la conducta, no únicamente y de manera aislada el concreto tipo delictivo y su castigo en el Código.

En este mismo sentido se expresa la STEDH *Malone c. Reino Unido* de 2 de agosto de 1984, cuando recoge que ligar el crimen organizado a la entidad cuantitativa de la infracción supone observar el fenómeno con límites muy estrechos y olvidar que el mayor desvalor de injusto se produce, precisamente, por la realización del hecho en el marco de una organización criminal.

e.- Motivación

Es evidente que la valoración de todos estos factores que venimos analizando a lo largo de estas líneas debe recogerse de manera detallada, por parte del órgano jurisdiccional, en la motivación del auto en el que decide acerca de la medida. Ha de detallar, en nuestra opinión, todos los extremos que hemos visto, esto en cumplimiento del propio artículo 282 bis de la LECrim., cuando indica que la autorización de la medida se llevará a cabo mediante “resolución fundada y teniendo en cuenta su necesidad a los fines de la investigación”.

Además, es obligado indicar que al afectar la medida a derechos fundamentales del investigado debe cumplirse la Jurisprudencia Constitucional⁵⁷ que exige, en este supuesto, un específico y reforzado deber de justificación y motivación de aquellas resoluciones judiciales, que entre otros, afectan a derechos fundamentales.

La resolución judicial debe determinar con claridad el contenido de la autorización, detallar las circunstancias de la misma, el tipo/s delictivo/s para el que se permite, la banda a la que se ha de investigar y todo el resto de extremos, que conozca la autoridad judicial, que permitan individualizar la situación, no sirve, a nuestro juicio, una habilitación judicial en blanco, genérica, en nuestro sistema se autoriza la

⁵⁷ Como ejemplo, puede consultarse la STC 116/1998, de 2 de junio.

infiltración con una serie de condicionamientos concretos que determinan el abanico de posibilidades investigadoras que puede llevar a cabo el funcionario de policía en el transcurso de la misma. Es necesario, en definitiva, que delimite el campo de actuación del infiltrado.

2.3.2 El Ministerio Fiscal

Debe interpretarse esta posibilidad de autorización por parte del Ministerio Fiscal de manera restrictiva; estamos afectando derechos fundamentales, lo que significa que la regla general para su restricción debe ser la jurisdiccionalidad; por tanto, sólo se acudiría a esta posibilidad legal si se producen razones de extraordinaria urgencia que hagan imposible acudir al Juez de Instrucción—.

La obligación legal del Fiscal de comunicar sus autorizaciones al Juez de Instrucción ha de ser entendida como un verdadero control jurisdiccional *a posteriori* a efectos de confirmación y, pese al silencio del art. 282 bis LECrim., con la evidente posibilidad de revocación;⁵⁸ no podemos admitir que el órgano jurisdiccional sea un mero receptor de lo realizado por el Ministerio Fiscal, un *convidado de piedra*, sin posibilidad de realizar objeciones a la autorización por parte del funcionario correspondiente del Ministerio Fiscal.

2.4 ¿En qué ámbito delictivo puede actuar el agente encubierto, de acuerdo a la LECrim?

Se determina en el propio artículo 282 bis, cuando se alude a que podrá actuar en el seno de la delincuencia organizada definida como la asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer alguno o algunos de los delitos que hemos indicado anteriormente.

Es necesario indicar que más allá de la lista legal y taxativa no puede haber una actuación de un agente encubierto; es decir, sólo pueden actuar para la investigación de un grupo organizado, tal y como lo define la norma, y creado para llevar a cabo alguno o algunos de los delitos contenidos en ella. A nuestro juicio, no puede hacerse una interpretación extensiva o analógica de este precepto⁵⁹

⁵⁸ En este mismo sentido, *vid.* GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA–HERRERO, M., Límites y garantías procesales en la investigación mediante agentes encubiertos, En *La Ley*, 7 de diciembre de 2004, p. 4.

⁵⁹ Interpretación que parece defender RIFÁ SOLER, J. M. *El agente...*, *Op. Cit.* pp. 161–162.

para extenderlo a otros delitos no recogidos expresamente en el listado, puesto que estamos en una medida restrictiva y limitativa de derechos fundamentales que debe cumplir con las exigencias de legalidad y proporcionalidad.

El problema será, ¿qué sucede cuando el agente encubierto que actúa como tal, bajo autorización y control judicial descubre que además que la organización criminal se dedica a un delito previsto en el art. 282 bis, lo hace a otros no previstos en él? ¿Puede investigarlos?

Es evidente que debido a la obligación derivada de su cargo de perseguir y poner en conocimiento de la autoridad judicial los delitos de los que tenga noticia deberá comunicar este hecho a la autoridad judicial que autorizó su infiltración. No podrá permitir dicho órgano jurisdiccional, en ningún caso la indagación de estos delitos por medio de la figura de un agente encubierto,⁶⁰ lo que tendrá que hacer es que se investiguen los mismos en un nuevo y diferente proceso penal.

Cuestión distinta será el poder utilizar o no en ese segundo proceso penal aquellos datos que el agente encubierto haya obtenido sobre el nuevo tipo delictivo, no incluido en el art. 282 bis, cuando se dedicaba a investigar el tipo delictivo para el que fue autorizado a infiltrarse; sin que, en ningún caso, expresamente esté investigando aquél para el que no está capacitado por no estar previsto legalmente en la lista del art. 282 bis.

Nos parece una cuestión dudosa; no tiene ningún tipo de cobertura legal ni autorización judicial y es muy complicado demostrar que dichos hallazgos casuales, con lo que hay que ser especialmente cuidadosos si tratamos, como en este caso, con derechos fundamentales, no han sido buscados a propósito; lo consideramos poco respetuoso con la legalidad y la proporcionalidad, así como con el principio de especialidad, considero que no podría utilizarse en ningún caso ese testimonio para ese segundo proceso penal, el órgano judicial competente debería tratar de averiguarlo con los métodos de investigación convencionales.⁶¹

⁶⁰ DELGADO MARTÍN, J., *Criminalidad...*, *Op. Cit.*, p. 69.

⁶¹ Es interesante la alusión acerca del Derecho Alemán que se realiza sobre esta cuestión en GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, M., *Criminalidad...*, *Op. Cit.* pp. 204-205.

2.5 ¿Qué actividades puede llevar a cabo el agente encubierto?

Existen una serie de actos contemplados por el artículo 282 bis, con lo cual el agente encubierto podrá ser autorizado por la autoridad judicial para la práctica de las siguientes acciones:

- 1.– Adquirir objetos, efectos o instrumentos del delito.
- 2.– Demorar o diferir la incautación de dichos objetos hasta el momento en que la evolución de la investigación lo aconseje.
- 3.– Transportar esos objetos, efectos o instrumentos.
- 4.– Participar en el tráfico jurídico y social bajo identidad supuesta.

El conjunto de los actos que acabamos de indicar, únicamente pueden llevarse a cabo por parte del funcionario de policía infiltrado con la debida autorización y control judicial, y, además, cumpliéndose los requisitos indicados en el precepto que venimos analizando, el art. 282 bis de la LECrim.

En definitiva, se habilita al agente encubierto para que lleve a cabo conductas delictivas, que quedarán impunes si se cumplen las condiciones que acabamos de ver, todo ello amparándose en su identidad supuesta y con la clara finalidad de obtener datos relevantes que permitan averiguar todo lo referente a la banda organizada donde se infiltra el agente.

Ahora bien, si queda claro y determinado por la legislación qué actuaciones se pueden llevar a cabo con autorización judicial por parte del funcionario de policía, ha llegado el momento de reflexionar sobre las limitaciones que posee en su intervención; es decir, ¿lo que no está expresamente prohibido en la Ley, está permitido? ¿Puede el agente llevar a cabo otras conductas?

A nuestro juicio los límites a su actuación son los siguientes:

- 1.– En las actuaciones que afecten derechos fundamentales se requiere la intervención judicial autorizando la medida, todo ello de acuerdo a la exigencia legal.⁶²

⁶² Así lo indica el art. 282 bis de la LECrim. “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”.

- 2.- Se realiza una prohibición expresa de la provocación al delito.
- 3.- El agente debe valorar en cada momento si existe o no proporcionalidad con la finalidad de la investigación en las actuaciones que va a llevar a cabo que deben ser una consecuencia necesaria del desarrollo de la misma.⁶³

Es evidente que, la autorización judicial que permite a un funcionario de policía infiltrarse en una banda organizada no es una habilitación legal en blanco para que pueda llevar a cabo, sin ninguna intervención judicial adicional, lesiones de derechos fundamentales, consistentes por ejemplo en registrar un domicilio o en “pinchar” un teléfono amparándose en ese auto inicial que habilita su infiltración. La Ley resulta taxativa, si el funcionario considera que para el desarrollo de su investigación resulta útil intervenir un teléfono o entrar y registrar determinado domicilio ha de ponerlo en conocimiento del órgano jurisdiccional instructor competente, que le autorizó a infiltrarse, para que valoradas las circunstancias concurrentes otorgue un auto autorizando la entrada y registro o la escucha telefónica.

Si actuase *motu proprio*, sin cumplir las previsiones legales, es evidente que los resultados que pudiera obtener se encontrarían invalidados, porque estaríamos ante una prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales. Resulta claro que integraría un supuesto de prueba prohibida por nuestro ordenamiento jurídico.

La actuación, en el sentido que venimos analizando, al margen de los requisitos legales y del principio de proporcionalidad debe traducirse en la prohibición de que pueda utilizarse⁶⁴ todo lo que haya podido conocer o descubrir en virtud de dicha actividad ilícita e ilegal. Con lo cual ni puede usarse lo descubierto de manera directa con infracción de derechos fundamentales, ni tampoco lo obtenido de manera refleja⁶⁵ tras esa lesión, aquello que deriva directamente de la prueba prohibida.⁶⁶

⁶³ Estas dos últimas referencias también se determinan en el artículo 282 bis de la LECrim.: “El agente encubierto estará exento de responsabilidad criminal por aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, siempre que guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma y no constituyan una provocación al delito.

⁶⁴ En este sentido GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA–HERRERO, M., *Límites...*, *Op. Cit.* p. 5. Además pueden consultarse las SSTs 22 de enero, 4 y 24 de abril de 2003.

⁶⁵ Así lo indica ASENCIO MELLADO, J. M., *Prueba prohibida y prueba preconstituída*, Madrid, 1989, p. 89.

⁶⁶ Así se indica por GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA–HERRERO, M., *Límites...*, *Op. Cit.* p. 5 cuando realiza una afirmación con la que estamos totalmente de acuerdo: “La justificación del efecto dominó que derriba y arrastra toda la prueba conectada con la vulneración constitucional, reside en que sólo así se asegura que la prueba inicial ilícita no surta efecto alguno en el proceso. Ciertamente, hay que admitir el efecto reflejo en todas aquellas situaciones donde de lo contrario resultaría

Por tanto, resulta patente que para restringir derechos fundamentales ha de recabarse la necesaria autorización judicial y cumplir con el resto de requisitos legales; de todos modos, a nuestro juicio, resulta poco operativo que, tras el correspondiente aval judicial sea el propio agente encubierto el que lleve a cabo en la práctica la diligencia restrictiva de derechos fundamentales, consideramos que dichas actividades deben desempeñarse por funcionario distintos⁶⁷ a los efectos de no poner en peligro la infiltración, además, no con las intervenciones telefónicas, que son muy difíciles de descubrir por los investigados, pero sí con los registros, tal vez en este caso lo más prudente y conveniente sea esperar a que la infiltración haya finalizado, o bien a que el agente se encuentre en lugar seguro, para realizarse, teniéndolo todo preparado para ese momento, porque en caso contrario, podría ponerse en peligro la integridad del infiltrado, del que se podría empezar a sospechar con el consiguiente riesgo para su vida.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal prevé que el agente encubierto esté permanentemente en contacto con el órgano jurisdiccional que autoriza la medida, concretamente, en su art. 282 bis, indica que: “La información que vaya obteniendo el agente encubierto deberá ser puesta a la mayor brevedad posible en conocimiento de quien autorizó la investigación. Asimismo, dicha información deberá aportarse al proceso en su integridad y se valorará en conciencia por el órgano judicial competente”.

Es evidente que esto facilita tremendamente el control y la supervisión que puede ejercer el órgano jurisdiccional competente sobre el agente infiltrado; sin embargo, es necesario indicar que la expresión “a la mayor brevedad posible” ha de valorarse en el contexto en el que se desarrolla la investigación, es evidente que el funcionario de policía no podrá acudir constantemente a informar al Juez, puesto que puede poner en peligro su infiltración e incluso su vida; por ello hay que acoger con cautela esta referencia de la legislación procesal, que lo que pretende, tal vez, es reforzar la posición del Juez haciendo entender al encubierto que no está solo en la operación y que debe rendir cuentas de su actuación de manera paulatina, el

burlada la prohibición de utilización. Prohibir el uso directo de estos medios probatorios ilícitos y tolerar su aprovechamiento indirecto constituiría una proclamación vacía de contenido”.

⁶⁷ Esto era lo que buscaba la reforma cuando indicaba: “cuando las actuaciones del investigador encubierto afecten a los derechos fundamentales de las personas investigadas, además de las previsiones legalmente establecidas, deberán recabar, salvo en caso de urgente necesidad debidamente justificada, la intervención de otros funcionarios de la policía”, *BOCG, Congreso de los Diputados*, VI Legislatura, Serie B, 14 de abril de 1997, No 89–1, p. 3; 24 de septiembre de 1997, No 116–1, p. 3.

Juez no se limita a autorizarle y olvidar el asunto. Este contacto evitará, además, incertidumbre acerca de la suerte que haya podido correr su persona.

Sin embargo, en la práctica resultará, a nuestro juicio, más operativo, y por lo que hemos podido averiguar así se lleva a cabo, que el agente encubierto utilice una persona interpuesta para ponerse en contacto con el órgano jurisdiccional y comunicarle la información, e incluso pedirle las autorizaciones necesarias para llevar a cabo diligencias restrictivas de derechos fundamentales. La ley habla de poner en conocimiento del Juez, no dice que deba hacerlo personalmente el infiltrado, cosa que, sinceramente, nos parecería poco operativa y muy arriesgada.

Me explico, el infiltrado no acudirá directamente al Juez sino a la figura, a la que ya nos hemos referido, del supervisor o controlador, resultará ésta, por tanto, una pieza clave en el tipo de operaciones que estamos analizando.

Esto será así, porque el controlador es el responsable directo de la actuación del funcionario infiltrado; será el que controle sus actividades, marque el camino a seguir, sirva de interlocutor con el resto de investigadores, que pueden tener que participar en la realización de determinadas diligencias, coordinará el dispositivo de seguridad, transmitirá al agente todo aquello que sea necesario y recogerá de éste la información y fuentes de prueba obtenidas para ponerlas en conocimiento del instructor que autorizó la operación y por último, tendrá que interpretar las alertas sobre el peligro que el encubierto esté sufriendo en cada momento concreto, convirtiéndose a un mismo tiempo en su jefe, su enlace y su protector.

Además, lo que es realmente fundamental e importante, será quien detecte las posibles señales de alarma en su actuación o comportamiento⁶⁸ y que puedan

⁶⁸ El programa de agentes encubiertos del FBI señala los siguientes indicadores, como señales de alarma a valorar por el controlador o supervisor, para determinar si la actuación del agente resulta íntegra: 1.- Incremento significativo en la bebida o en el uso drogas. 2.- Inicio de relación sexual o sentimental con miembros del grupo de objetivos (o sea, con un miembro de la organización criminal que está investigando). 3.- Aislamiento, preferir estar solo. 4.- Expresar al supervisor un sentimiento de incapacidad, en el sentido de indicarle que no ha podido ni cree que podrá averiguar nada. 5.- Insomnio, bien por pasar tres noches seguidas sin dormir o dormir únicamente menos de cuatro horas por noche durante un largo periodo de tiempo, esta situación aumenta de manera dramática el sentimiento de agotamiento. 6.- No querer que la investigación finalice; no se capaz de imaginarse o ilusionarse con el final de la operación, ni siquiera una vez llegado ese momento. 7.- Dolor de cabeza persistente o constante, diarrea, indigestión, todo ello sin causa aparente. 8.- Mostrar preferencia por la compañía de la banda. 9.- Alejarse del objetivo de su trabajo, es decir, no estar preocupado sobre las fuentes de prueba a conseguir o por la posterior necesidad de declarar en juicio. 10.- Mantener el "rol" fuera de la banda incluso en los contactos, reuniones e intercambios con el supervisor.

llevarle a pensar que el funcionario de policía “se está pasado al otro lado” o bien que la situación de infiltrado le está afectando más allá de lo razonable física y psicológicamente, lo que aconsejaría poner fin a la medida. Así en las conclusiones acordadas en el Seminario Internacional sobre Agentes Encubiertos, organizado por el CGPJ, en octubre de 1999, se indica que es necesario contemplar mecanismos de control para garantizar la integridad del agente, por ello el controlador o supervisor debe ser el primer eslabón para evaluar y fiscalizar su actuación.

Analicemos algunos concretos problemas que puedan derivarse del régimen de actuación que estamos analizando:

2.5.1 Entrada en lugar privado por invitación

Es decir, ¿qué sucede si un miembro de la organización invita a su domicilio particular, en el marco de la relación de confianza que les une, al agente encubierto?, ¿puede entenderse que opera el consentimiento que de acuerdo a la LECrim., habilita para realizar una entrada y registro, de manera legal, sin auto judicial que lo autorice?

Es evidente que el agente no puede negarse a entrar en dicha casa porque tiene que fomentar la relación de confianza, en aras de conseguir lo mejor para las finalidades de la investigación, además el declinar la invitación resultaría tremendamente sospechoso.

A nuestro juicio dicho consentimiento está viciado de inicio, puesto que el miembro de la organización invita (consiente) a su casa a una persona que pertenece al mismo grupo de delincuentes que él, lo conoce por una identidad falsa o supuesta, y, por supuesto, no sabe que pueda ser funcionario de Policía, y en nuestra opinión, como resulta lógico, de haberlo sabido nunca consentiría que entrase en su domicilio. Este engaño no puede entenderse amparado por el auto inicial que autoriza la infiltración, puesto que dicha resolución judicial en ningún caso legitima la restricción del derecho a la inviolabilidad del domicilio.⁶⁹

⁶⁹ Vid. GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, M., *Límites...*, *Op. Cit.* p. 5.

En sentido contrario se expresan determinados autores cuando se manifiestan a favor de la inclusión en la autorización inicial del engaño sobre el consentimiento para entrar en un lugar privado, lo cual a nuestro juicio de manera errónea, equivale a convalidar, sin habilitación legal alguna, el consentimiento viciado. pueden verse GASCÓN INCHAUSTI, F., *Infiltración policial y “agente encubierto”*, Comares, Granada, 2001, pp. 237 y ss y GUARIGLIA, F., “El agente encubierto ¿un nuevo

Por lo expuesto, no puede entenderse cumplido el requisito legal de la existencia del consentimiento, con lo cual en ningún caso sería válida una diligencia de entrada y registro del agente encubierto si pretendiese llevarla a cabo al amparo del mismo.

Sería necesario que se realizase una reforma de la legislación para que como ocurre en Alemania,⁷⁰ generar una norma que habilite de manera legal para esa entrada, y en su caso registro, a un infiltrado bajo la utilización de su identidad supuesta.

Algún autor entiende, a nuestro juicio de manera extrema, que “las calificadas como entradas domiciliarias por invitación han de reputarse inconstitucionales y, lo que parece más importante, el agente incurre en responsabilidad penal (art. 534 del CP),⁷¹ nosotros pensamos que puede ser necesario tener que cumplir con esa invitación para evitar sospechas innecesarias, evitar riesgos para la seguridad del agente e incrementar la relación con el miembro que invita, con lo que dicha actuación se va a llevar a cabo en el seno de la de la investigación, siendo una consecuencia necesaria del desarrollo de la misma.

Por lo tanto, puede ser un supuesto en el que el agente encubierto estará exento de responsabilidad criminal, puesto que cumplir con la invitación es consecuencia del desarrollo de la investigación, es proporcionalidad con la finalidad de la misma y no constituye una provocación al delito.

Teniendo en cuenta que para que se cumpla la debida proporcionalidad nunca se podrá, aprovechando un descuido del titular que invita, registrar nada, sino que se acudirá al domicilio con la mera finalidad de cumplimentar la invitación recibida para incrementar los lazos de confianza y no generar sospecha respecto al agente encubierto, que después pueda crearle problemas; piénsese en el agravio que representaría, por ejemplo, no acudir a una invitación a su casa que realice uno de los dirigentes de la banda.

protagonista en el procedimiento penal?”, En *Jueces para la democracia, Información y Debate*, No 23, 3/1994, pp. 50 y ss.

⁷⁰ El § 110c de la *StPO* dispone que bajo la utilización de su título, los investigadores de incógnito pueden entrar en un domicilio con el beneplácito de los titulares.

⁷¹ Vid. GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, M., *Límites...*, *Op. Cit.* p. 5.

2.5.2 Diálogo similar a un interrogatorio

Esta situación puede darse con frecuencia en la actividad del agente infiltrado, ¿qué sucede cuando nuestro funcionario de Policía mantiene una conversación con otro miembro de la banda?, ¿pueden utilizarse los datos que se obtengan de ella? Una vez más resulta evidente que el componente de la organización delictiva mantiene una conversación con una persona que le está engañando, porque desconoce que es policía, y además, actúa bajo una identidad ficticia; a lo que acabamos de reiterar, hay que añadir que en este supuesto, como resulta lógico, no se produce una información de sus derechos como imputado; como son los de no autoinculparse o el de no declarar contra sí mismo. Por tanto, debemos valorar en qué circunstancias podrá utilizarse la información obtenida y en cuáles no.

Es evidente que una vez que un órgano jurisdiccional dicta un auto autorizando la infiltración de un agente en el seno de una banda organiza le está habilitando, unido al control judicial que se ejerce sobre su actividad, para poder observar, ver, escuchar y conversar con los partícipes en el hecho delictivo; aunque esté usando un engaño, es legal, a pesar de la restricción de derechos fundamentales porque hay intervención jurisdiccional, dicha medida investigadora se prevé por la legalidad vigente y cumple con las exigencias de proporcionalidad, razonabilidad y necesidad.

Además, por la propia naturaleza de la figura, se le exonera, de trasladarle la imputación y de realizar una lectura de derechos a cada miembro de la organización con el que entable una conversación antes de su inicio; si no resultaría absurdo; pues, debería revelar su condición, que es precisamente lo que deseamos ocultar, es evidente, y es precisamente uno de los objetivos de la infiltración, que así puede obtener datos relevantes acerca de la organización delincuencia. Si no permitimos al agente mantener charlas con sus compañeros de banda criminal, no tiene ningún sentido la infiltración porque resultará completamente estéril.

A la situación que acabamos de exponer hay que añadir que en ningún caso una conversación dialogada, de intercambio de opiniones entre nuestro infiltrado y cualquier miembro de la organización criminal puede asimilarse a un interrogatorio realizado con un detenido en Comisaría;⁷² por ello tampoco se

⁷² GUARIGLIA, F., *El agente...*, *Op. Cit.* nota 54 de la p. 54, recoge que el BGH Alemán, en un fallo emitido el 21 de julio de 1994, admite la plena aprovechabilidad de la información adquirida por el agente encubierto en “conversación similar a una interrogatorio” porque dicho funcionario se encuentra liberado de su deber de advertencia (de informar de la imputación y de los derechos).

verá en la obligación ni de darle traslado de la imputación ni de informarle de sus derechos.⁷³

Con lo cual y en definitiva, en nuestra opinión,⁷⁴ no existe dificultad alguna en que el agente encubierto utilice los datos obtenidos en una conversación o diálogo entre su persona y otro miembro o miembros de la organización delictiva siempre que ésta se haga con plena libertad y que sea una situación producida de forma espontánea, en este caso no habrá ninguna dificultad ni inconveniente para que el órgano sentenciador valore su testimonio acerca de los datos obtenidos en dicho diálogo.

Sin embargo, consideramos que habrá datos que no podrán tenerse en cuenta por el órgano jurisdiccional, esto se producirá cuando el funcionario de policía intente utilizar maniobras capciosas o engañosas para obtener la información. En este último supuesto no podrá valorarse; no tiene cabida en este ámbito, el uso de lo obtenido con tretas para que reconozca determinados datos que impliquen su futura imputación.

Lo difícil será que el órgano jurisdiccional determine cuando se ha producido la conversación espontánea y de modo natural y cuando el agente se ha valido de maniobras capciosas o engaños; a este fin el órgano sentenciador podrá valorar el testimonio en conjunto teniendo en cuenta si aporta la información íntegra, si excluye o no datos beneficiosos, podrá verificar el control judicial que se ha ejercido durante la operación encubierta, y sobre todo, lo que resultaría más útil conveniente y aconsejable el poder estudiar cintas de audio o video que se aporten e incorporen al proceso y recojan estos diálogos entre el infiltrado y los autores de los hechos delictivos.

Esto facilitará enormemente las cosas al Tribunal juzgador; será frecuente además que los presuntos miembros de la banda organizada intenten “justificar” los datos que conoce el funcionario de policía indicando que fueron engañados, coaccionados o inducidos con malas artes a ello.

⁷³ GUARIGLIA, F., *El agente...*, *Op. Cit.* p. 55, indica, a nuestro juicio acertadamente que la Corte Suprema de los EEUU entiende, como no puede ser de otro modo, que la información de derechos sólo adquiere sentido y es exigible en una *police-dominated atmosphere*, es decir cuando el imputado se encuentra sometido a una atmósfera de coerción que deriva de manera directa de su detención.

⁷⁴ En sentido contrario puede consultarse GUARIGLIA, F., *El agente...*, *Op. Cit.* p. 55, que indica que dicho diálogo sin advertencia previa sólo podría conducir a una prohibición de valorar dicha prueba.

Por ello reiteramos que resulta conveniente que el funcionario de policía grabe sus diálogos para poder crear en el órgano sentenciador la convicción de la espontaneidad de la conversión mantenida con el miembro de la organización.

2.5.3 Grabaciones

Resulta evidente que el agente está legitimado para grabar una conversación propia,⁷⁵ dicha actuación será lícita, podrá registrar en audio y video todo aquello que vea, observe, oiga y escuche; dichas cinta podrán ser aportadas como prueba documental al juicio oral, con la finalidad de corroborar y justificar lo afirmado por el agente infiltrado cuando presta declaración testifical; además esto resulta tremendamente útil cuando, como es el caso, la descripción de lo hechos resultará extraordinariamente compleja y complicada.

Además, así podrá demostrar que la parte de su testimonio que tenga que ver con lo obtenido en los diálogos que acabamos de reseñar se ha producido de manera espontánea, sin engaños ni tretas que se dirijan a que el miembro de la banda corrobore determinados datos.

Lo que no se podrá admitir, en ningún caso, es ninguna actividad que exceda el mero oír y observar lo que ocurre en presencia del agente encubierto puesto que serán actividades lesivas de derechos fundamentales como la intimidad, el secreto de las comunicaciones o la vida privada de los integrantes de la banda organizada.

Hemos de recordar que cualquier restricción de los derechos fundamentales ha de realizarse por el funcionario de policía encubierto con la debida autorización judicial, puesto que si no se estaría cometiendo un hecho delictivo y la prueba obtenida está prohibida por nuestro ordenamiento jurídico; es nula por haberse obtenido con una actuación lesiva de los derechos fundamentales.

4.– Hallazgo accidental o casual o fortuito de circunstancias relacionadas con los tipos delictivos incluidos en el art. 282 bis.

Ya hemos indicado que la infiltración de un agente se produce en un determinado proceso penal para la investigación de un concreto hecho delictivo (o varios); y por ello, la autorización judicial de la misma debe determinar para qué tipos, con

⁷⁵ SSTC 70/2002, de 3 de abril, 34/1996, de 11 de marzo y 114/1984, de 19 de noviembre.

qué circunstancias etc. No se puede dar una autorización que implique, para el agente, un aval en blanco. Ha que individualizar los casos y además debe regir, sin duda, el principio de especialidad.

Por ello, todo lo obtenido por un agente no puede ser utilizado en otro proceso penal diferente; aunque el tipo delictivo cumpla las condiciones del art. 282 bis de la LECrim.⁷⁶

Es evidente que el Juez podría haber autorizado la infiltración para llevar a cabo dicha investigación y si no lo hizo, tendría su motivación, entendería que no resulta lo más conveniente o adecuado, sin duda, por ello no puede después obviarse esa circunstancia pretendiendo usar en ese segundo proceso datos obtenidos cuando se investigaba en otro distinto; esta situación sería relativamente frecuente por el ya analizado fenómeno de la transnacionalización, las bandas colaboran y que un agente infiltrado, cumpliendo los requisitos, en una de ellas obtenga datos de una segunda será algo habitual. Reiteramos que no pueden usarse. Si se permitiese su utilización en un proceso distinto en determinadas ocasiones sería éste un mecanismo utilizado para eludir el cumplimiento de la proporcionalidad, subsidiariedad o necesidad de la medida.

Además, de lo expuesto se estaría generando una tremenda indefensión, pues al no existir resolución judicial autorizante de la infiltración para el uso de datos en el segundo proceso, los miembros de la banda no puedan objetarla, ni verificar si se dan los requisitos y garantías exigidas en la legislación.

Podría darse una segunda hipótesis, que un agente encubierto autorizado para la investigación infiltrada de una banda por determinados delitos, se percate en el seno de la investigación de que dichos individuos se dedican a otros tipos delictivos, cumpliendo la pertenencia a la lista del art. 282 bis de la LECrim., así las cosas, ¿pueden ampliar su investigación a dichos hechos ilícitos para los que carece de autorización expresa? Consideramos que no; debe ponerse en contacto con el

⁷⁶ En este sentido se expresa GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, M., *Límites...*, *Op. Cit.* p. 5, citando a LOPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., “Los descubrimientos casuales en las intervenciones telefónicas como medidas coercitivas en el proceso penal”, En *Derecho y libertad*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, octubre 92–mayo 94, p. 87 indica La admisión del uso de los elementos probatorios logrados por el agente en otro proceso favorece, dadas las interrelaciones entre organizaciones, que una sola infiltración genere un sinfín de pruebas, y al tiempo supone una merma de las garantías exigibles en las limitaciones de derechos fundamentales evaluables sólo en cada momento y concretadas en el preciso instante en el que el Juez motiva la infiltración

órgano jurisdiccional, a la mayor brevedad posible, para explicar dicha situación, solicitando, que si el juez lo considera oportuno amplíe el auto autorizante.⁷⁷ Una vez que sea así podrá llevar a cabo dicha investigación; se aplica la misma solución que cuando nos referimos a escuchas telefónicas si aparecen nuevos delitos de forma ocasional no previstos en el auto que las autorizaba.

2.6 Responsabilidad penal del agente encubierto

¿Qué sucede cuando un funcionario de policía infiltrado comete, presuntamente, un hecho delictivo en ejercicio de su actividad encubierta? Es evidente que existe una prohibición de cometer hechos delictivos, todo exceso, extralimitación o trasgresión de la ley debe examinarse caso por caso determinando si la actuación fue necesaria y proporcional a los fines de la investigación.

También hay que tener en cuenta en este momento que cuanto más grado de infiltración existe por parte de un individuo en una concreta banda organizada mayores posibilidades habrá de que tenga que cometer algún hecho presuntamente delictivo con el objetivo de cumplir con las denominadas “pruebas de fidelidad”, que tratarán de valorar su lealtad, y así no ser descubierto por la organización, evitando levantar sospechas sobre su verdadera condición e intenciones.⁷⁸

Ante este panorama el art. 282 bis determina que “el agente encubierto estará exento de responsabilidad criminal por aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, siempre que guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma y no constituyan una provocación al delito”.

Algunos autores consideran el citado contorno indeterminado y valoran negativamente su inclusión;⁷⁹ a nuestro juicio es una cláusula útil puesto que nuestro funcionario de policía, en varias ocasiones, deberá participar en la producción de determinadas conductas delictivas sin que a priori el legislador pueda adelantar todos los posibles supuestos con sus circunstancias, por ello se valorará la situación en cada caso concreto una vez producida la actuación; teniendo

⁷⁷ En este sentido DELGADO MARTÍN, J., *Criminalidad...*, *Op. Cit.* pp. 69–70.

⁷⁸ En este sentido DELGADO MARTÍN, J., *Criminalidad...*, *Op. Cit.* p. 108.

⁷⁹ Es realmente gráfica la referencia de LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. “El agente encubierto”, En *La Ley*, 1999–2, p. 1954 al indicar que dicho artículo recoge “el agente secreto 007 con licencia para transgredir cualquier norma del ordenamiento”.

en cuenta si la actividad presuntamente delictiva del agente se deriva de la investigación y guarda relación de proporcionalidad con el fin de descubrir todos los entresijos de la organización criminal donde el agente está infiltrado.⁸⁰

Esta valoración habrá de ser llevada a cabo en atención a las circunstancias producidas en el momento de la presunta comisión del hecho delictivo; no podemos dar a priori reglas generales, sino valorar el caso concreto, aunque es evidente que en nuestro sistema el fin no justifica los medios,⁸¹ y cuando determinados valores superiores, como la vida o la integridad física, sean lesionados por el agente su proporcionalidad y necesidad a los fines de la investigación tendrá difícil justificación; aunque tal vez pudiesen aplicarse atenuaciones de la pena⁸² si existe una legítima defensa o un estado de necesidad que habrán de comprobarse en el transcurso del juicio. Para perseguir criminalmente a un funcionario encubierto será necesario, como condición de procedibilidad, el informe del órgano que autorizó la infiltración.

La situación que claramente está vedada en nuestro derecho es la de que el agente encubierto se convierta en agente provocador. Este escenario se genera en el supuesto en el cual un funcionario de policía, que oculta que es tal, provoca la conducta delictiva en un determinado individuo, es decir, incita a perpetrar una concreta infracción criminal a aquel que no tenía de manera originaria tal propósito, haciéndole nacer por tanto la voluntad criminal para la presunta comisión del tipo delictivo, es decir, de no existir dicha inducción por parte del funcionario dicha conducta no se habría llevado a cabo.⁸³

⁸⁰ Existe la posibilidad de utilizar de causas de exención de la responsabilidad criminal normalmente la de obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, del art. 20.7 del CP.

⁸¹ Sí en el sistema de EEUU con los *undercovers*.

⁸² LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. *El agente...*, *Op. Cit.* p. 1955.

⁸³ STS 53/1997, de 21 de enero, define el delito provocado como “aquel que llega a realizarse en virtud de la inducción engañosa de una determinada persona, generalmente miembro de las fuerzas de seguridad que, deseando la detención de sospechosos, incita a perpetrar la infracción a quien no tenía previamente tal propósito, originando así el nacimiento de una voluntad criminal en un supuesto concreto, delito que de no ser por tal provocación no se hubiere producido”.

Sobre el delito provocado puede consultarse RUIZ ANTÓN, L. F. “Del agente provocador y del delito provocado”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, 1994, pp. 335 y ss.

Además, LÓPEZ GARCÍA, E. “Agente encubierto y agente provocador, ¿dos figuras incompatibles?”, En *La Ley*, 11 de junio de 2003.

3. CONCLUSIONES

En nuestra opinión la figura del agente encubierto se justifica por la necesidad de llevar a cabo investigaciones en el seno de tramas organizadas internacionales con las dificultades que ello implica, es una figura polémica, pero necesaria. En multitud de ocasiones no existirá otro modo para poder desentrañar los entresijos de las bandas organizadas con las características, y por lo tanto la enorme peligrosidad y lesividad, que venimos analizando.

Será una figura con gran futuro, que se potenciará con la cooperación jurídica internacional de los Estados miembros de la UE en desarrollo tanto de las normas de cooperación penal y policial que prevé la futura Constitución Europea como de la aplicación del Convenio de Asistencia Judicial en materia penal, aprobado en el año 2000 y que en la actualidad se encuentra en vigor.

Tal vez debería producirse alguna reforma legislativa en la LECrim., en la materia que hemos analizado, tal y como hemos indicado, con la finalidad de potenciar su utilización y garantizar su funcionalidad y operatividad; la delincuencia organizada avanza a gran velocidad dando pasos de gigante, si queremos luchar contra ella debemos estar alerta y potenciar la utilización de figuras como el agente encubierto que se demuestran eficaces en la lucha contra dichas redes.