

TRABAJO FIN DE GRADO
Grado en Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de La Laguna
Curso 2019/2020
Convocatoria: Septiembre

EL AGENTE ENCUBIERTO: ESPECIAL REFERENCIA A LA RESPONSABILIDAD PENAL

**UNDERCOVER AGENTS: WITH SPECIAL REFERENCE TO
CRIMINAL RESPONSIBILITY**

Realizado por el alumno D. Guillermo Galván Santos.

Departamento: Disciplinas Jurídicas Básicas

Área de conocimiento: Derecho Penal



ABSTRACT

Organised crime is a type of delinquency on the rise. In Spain, according to the Centre of Intelligence against Terrorism and Organised Crime (CITCO), it is estimated that there are around 500 criminal groups. In light of this, the figure of the undercover agent is presented as an effective means of investigation to combat the aforementioned crime. The object of study of this work will be to analyse the legal aspects of undercover agents, specifically the development of article 282 bis of the LECrim, as well as to determine the impact that this tool of investigation makes on the fundamental rights of the people investigated. Furthermore, special reference will be made to the fifth section of the above-mentioned article, relating to the criminal responsibility of the police officer for the realisation of typical conduct during the investigation.

Key Words: Criminal responsibility, exemptions, fundamental rights, organised crime, undercover agent.

RESUMEN

El crimen organizado es un tipo de delincuencia en auge. En España se estima que existen en torno a 500 grupos criminales según el Centro de Inteligencia contra el Terrorismo y el Crimen Organizado (CITCO). Ante esto, se presenta la figura del agente encubierto como un medio de investigación efectivo para combatir la mencionada delincuencia. El objeto de estudio de este trabajo será analizar los aspectos legales del agente encubierto, en concreto del desarrollo del artículo 282 bis de la LECrim, así como determinar la incidencia que produce esta herramienta de investigación en los derechos fundamentales de las personas investigadas. Además, se hará especial referencia al apartado quinto del artículo mencionado, relativo a la responsabilidad penal del policía por la realización de conductas típicas en el curso de la investigación.

Palabras clave: Agente encubierto, crimen organizado, derechos fundamentales, eximentes, responsabilidad penal.



Índice

1. Introducción.	4
2. Concepto de agente encubierto	5
3. Evolución histórica del agente encubierto.	7
4. Algunas Figuras afines: Agente provocador, agente infiltrado, agente de inteligencia y confidente.	9
4.1 Similitudes y diferencias entre el agente encubierto y el agente provocador	9
4.2 Similitudes y diferencias entre el agente encubierto y el agente de inteligencia (El espía).	11
4.3 Similitudes y diferencias entre el agente provocador y el confidente.	13
5. Organización criminal: Relevancia y cifras en España. Concepto legal, Jurisprudencial y doctrinal. Marco Jurídico.	14
5.1 Conceptos de organización criminal	16
6. Agente encubierto. Marco jurídico. Características.	18
6.1 Características del agente encubierto.	19
7. Derechos Fundamentales afectados derivado de la actuación del agente encubierto. Derecho a la intimidad. Derecho a la inviolabilidad del domicilio. Derecho al secreto de las comunicaciones. Derecho a no auto incriminarse.	21
7.1 El derecho a la intimidad.	22
7.2 El derecho a la inviolabilidad del domicilio.	24
7.3 El derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.	26
7.4 El derecho a no auto incriminarse.	27
8. Responsabilidad penal del Agente encubierto.	28
8.1 La exención de la responsabilidad penal del agente encubierto desde el punto de vista de la LECrim.	30
8.2 Causas de exención de la responsabilidad criminal: Ejercicio legítimo de un cargo u oficio. Estado de necesidad. Legítima defensa.	33
8.2.2 Estado de necesidad y legítima defensa.	34

9. Conclusiones.	36
10. Bibliografía.	38

1. Introducción.

Los funcionarios de policía tienen el deber de cumplir y respetar la Constitución española y el resto del ordenamiento jurídico. Son los encargados de mantener el orden público en el territorio nacional y se podría decir que son el muro de contención de aquellos particulares u organizaciones criminales que quebrantan la ley cuyos actos repercute en la convivencia y el bienestar de los ciudadanos.

Si hubiera que determinar qué tipo de delincuencia incide de manera notable en la convivencia de un municipio o comunidad autónoma, es la delincuencia organizada. Prueba de ello tenemos el caso de La Línea de la Concepción, una ciudad situada al sur de España en la provincia de Cádiz que fue víctima del narcotráfico debido a que una de las rutas más importantes que se utilizan para introducir drogas desde África al continente europeo se encuentra en esa zona. De hecho, el 29 de junio de 2020 se llevó a cabo por parte de la Guardia civil el mayor operativo contra el blanqueo de capitales derivado del narcotráfico.

Ante esta situación, se alza el “agente encubierto”, cuya actuación sirve exclusivamente para contener este tipo de delincuencia. No obstante, en el artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal¹ no se establece

¹ Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LECrim).



si el uso del agente encubierto en este campo es debido a su efectividad o a que es una figura altamente invasiva en ciertos derechos fundamentales, por lo que es conveniente usarla en estos casos por razones de orden público.

Por otro lado, según establece la ley, los policías infiltrados estarán exentos de responsabilidad penal por los actos delictivos que lleven a cabo en el desarrollo de su actuación. Sin embargo, cabría preguntarse si el precepto mencionado es en sí mismo, una eximente o si ha de complementarse con las estipuladas en el artículo 20 del Código Penal. Además, cabría determinar si la mencionada eximente podría abarcar cualquier conducta típica, que se cometa por el agente en el desarrollo de la misión, o solo las relacionadas estrechamente con la investigación.

En definitiva, el trabajo tendrá por objeto desarrollar la figura del agente encubierto, así como responder a las preguntas anteriormente formuladas haciendo especial referencia a la responsabilidad penal del policía infiltrado

2. Concepto de Agente encubierto

El ordenamiento jurídico español define al agente encubierto de la mano del artículo 282 bis de la LECrim, estableciendo que: “A los fines previstos en el artículo anterior y cuando se trate de investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada, el Juez de Instrucción competente o el Ministerio Fiscal dando cuenta inmediata al Juez, podrán autorizar a funcionarios de la Policía Judicial, mediante resolución fundada y teniendo en cuenta su necesidad a los fines de la investigación, a actuar bajo identidad supuesta y a adquirir y transportar los objetos, efectos e

instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos. La identidad supuesta será otorgada por el Ministerio del Interior por el plazo de seis meses prorrogables por períodos de igual duración, quedando legítimamente habilitados para actuar en todo lo relacionado con la investigación concreta y a participar en el tráfico jurídico y social bajo tal identidad”.

Se introduce el mencionado precepto en la Ley Orgánica 5/1999, de 13 de enero, de modificación de la LECrim. Además, debido a los avances tecnológicos y al afán de actualizar las medidas de investigación por hacer frente a un nuevo tipo de delincuencia, se incluyen en el mencionado precepto los apartados 6 y 7 en relación con el agente encubierto informático, en la LO 13/2015, de 5 de octubre², cuya figura se diferencia en términos prácticos y formales del agente encubierto como concepto clásico.

Por otra parte, la jurisprudencia desarrolló ampliamente el concepto de agente en cubierto en la STS 1140/2010, de 29 de diciembre nos ofrece un concepto más preciso: “El término undercover o agente encubierto, se utiliza para designar a los funcionarios de policía que actúan en la clandestinidad, con identidad supuesta y con la finalidad de reprimir o prevenir el delito. Agente encubierto, en nuestro ordenamiento será el policía judicial, especialmente seleccionado, que bajo identidad supuesta, actúa pasivamente con sujeción a la Ley y bajo el control del Juez, para investigar delitos propios de la delincuencia organizada y de difícil averiguación, cuando han fracasado otros métodos de la investigación o

² Wolter Kluwer, Agente encubierto en <https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAkNDC2NDU7Wy1KLizPw8WyMDQ3MDIwMLkEBmWqVLfnJIZUGqbVpiTnEqAPrjoUY1AAAAWKE>

estos sean manifiestamente insuficientes, para su descubrimiento y permite recabar información sobre su estructura y modus operandi, así como obtener pruebas sobre la ejecución de hechos delictivos, debiéndose aclarar que es preciso diferenciar esta figura del funcionario policial que de forma esporádica y aislada y ante un acto delictivo concreto oculta su condición policial para descubrir un delito ya cometido.”

Por último, doctrinalmente, el agente encubierto ha recibido diversas definiciones al respecto de su figura. Desde una concepción amplia el agente encubierto sería aquella “persona que al servicio de una organización o gobierno obtiene, de forma encubierta, información secreta, reservada, de carácter político, económico, industrial, tecnológico, militar, etc. relativa a otra organización o gobierno”³. Otros autores definen al agente encubierto como aquel medio necesario para la investigación de la delincuencia organizada, con el fin de satisfacer un interés público, siendo esta actuación, instrumentalizada por los poderes públicos⁴.

3. Evolución histórica del agente encubierto.

La figura del agente encubierto no surgió ex novo tal y como la conocemos, es decir, policías que actuaban mediante identidad supuesta para la obtención de información. Los primeros registros que se conocen de infiltraciones a fin de recopilar información datan del año 2210 a.C, en la

³ DIAZ FERNANDEZ, A.: Conceptos Fundamentales de Inteligencia, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 120.

⁴ ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R.: El policía infiltrado, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 62.

que se utilizaban mercaderes como espías durmientes⁵. Además, DIAZ FERNANDEZ⁶ establece que en el Imperio Azteca se utilizaban mercaderes denominados *pochtecas* que reunían información y adiestramiento militar con el fin de utilizarlos como avanzadilla para las conquistas.

Por otro lado, en el libro “El arte de la Guerra” de Sun Tzu (general, estratega militar y filósofo), que data del Siglo V a.C, se explica el papel de los espías y establece una clasificación: “Existen cinco clases de espías: el espía nativo, el espía interno, el doble agente, el espía liquidable, y el espía flotante. Cuando están activos todos ellos, nadie conoce sus rutas: a esto se le llama genio organizativo, y se aplica al gobernante.”. Por otra parte, en el ámbito español, se destaca la figura de Jorge Juan, marino español que según relata DIAZ FERNANDEZ⁷ “el marqués de la Ensenada encargó una misión en Londres de carácter técnico, científico, económico y militar. En una “instrucción reservada” se le encomendaba obtener toda la información posible sobre construcción y armamento naval; organizar una fuga de material humano contratando secretamente a constructores, especialistas, técnicos y obreros cualificados en dichas materias; adquirir instrumentos y documentación de enseñanza para guardiamarinas; hacerse con planos sobre todo tipo de barcos, arsenales, puertos, fortificaciones, etc.”.

Por último, se añade la hazaña del Señor Domingo Badía Leblich, nacido en Barcelona, quien adoptó la personalidad ficticia de un supuesto

⁵ DÍAZ FERNÁNDEZ, A.: op. cit., pág.120.

⁶ Ídem.

⁷ Ídem.

príncipe llamado Ali Bey el Abasi, cuya labor era la de realizar viajes de carácter científico en su regreso al norte de África.⁸

No obstante, estos serían los antecedentes históricos de la práctica de infiltración para la obtención de información, sin embargo, pese a que, desde una concepción simple, la labor del agente encubierto es esa, algunos autores consideran que los antecedentes históricos de la figura se podrían encontrar en la expresión francesa “Agent provocateur”, que responde al espionaje político bajo “los Gobiernos de Luis XIV y Luis XVI” que realizaba a fin de hostigar disturbios⁹. Es por ello que el autor ANGEL RENDO¹⁰, considera que los orígenes del agente encubierto se basan en la figura del agente provocador, siendo esta anterior a aquella, a pesar de que, de las dos figuras mencionadas la que carece de regulación legal sea la que lleva más tiempo desarrollándose jurisprudencialmente que es el agente provocador.

4. Algunas Figuras afines: Agente provocador, agente infiltrado, agente de inteligencia y confidente.

4.1 Similitudes y diferencias entre el agente encubierto y el agente provocador

Una definición amplia de agente encubierto, como ya se ha visto, puede aglutinar otra serie de figuras que, siendo semejantes y dedicadas al

⁸ Ibidem. pág. 121.

⁹ SOLOGUEN INSUA, F.: El agente encubierto: ¿Peligro o beneficio en estados democráticos?, Universidad de Chile Facultad de Derecho, Santiago de Chile. 2008, p. 8.

¹⁰ RENDO, A. “Agente encubierto” en <http://www.abogarte.com.ar/agenteencubierto.htm>, citado por SOLOGUEN INSUA. F.: op. cit., pág. 9

mismo fin, revisten de ciertas diferencias que cabe mencionar. La figura afín por antonomasia con el agente encubierto es el agente provocador. Dicho agente tiene por objeto provocar a una persona o a una organización a cometer acciones que infrinjan una norma penal, con la salvedad de que, si no hubiera existido ese estímulo, este no lo hubiera realizado¹¹.

Las similitudes y diferencias de estos dos agentes se encuentran en la actuación de los mismos. La actuación del agente encubierto se encuadra en una infiltración pública que se lleva a cabo por los funcionarios públicos, no obstante, ESPINOSA DE LOS MONTEROS¹² establece que la provocación puede ser llevada a cabo tanto por funcionarios de policía como por particulares¹³, puesto que la mera compra de droga, o el encargo que se le pueda hacer a un sicario¹⁴, puede ser llevado a cabo por estos dos actores. La autora, continúa estableciendo en su libro “El policía infiltrado”, similitudes tales como el doble engaño que llevan a cabo, “en primer lugar el engaño que supone la actuación bajo personalidad supuesta; y, en segundo lugar, el engaño que proviene de la ocultación de las verdaderas intenciones con respecto a las personas investigadas (la investigación del delito).”

¹¹ RODRIGUEZ MARCOS, LARRIBA HINOJAR, COHEN VILLAVERDE, JIMENEZ VILLALONGA, LOPEZ MUÑOZ, MARTIN ROY, MIGUEL PALACIOS, BLANCO NAVARRO, MARTINEZ ISIDORO, CANO CARRILLO. Manual de Inteligencia, Tirant lo Blanch. Valencia. 2019, p. 14

¹² ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R.: op. cit., pág. 106

¹³ DE LOS MONTEROS señala en la memoria de la Fiscalía General del Estado del año 1993 que dice: «puede ser un particular colaborador quien suscita el hecho delictivo sin auténtica voluntad de que se lesione o ponga en peligro el bien jurídico, adoptando para ello las medidas de precaución oportunas con el solo objetivo de detener y poner a disposición judicial determinadas personas»

¹⁴ Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*. Consultado en <http://www.rae.es/rae.html>.

Por otra parte, la sentencia del Tribunal Constitucional de Perú (04750-2007-PHC/TC) establece que “El *agente provocador* interviene para inducir o incitar a cometer el delito [para provocar la realización del delito] y su actuación determina que una o varias personas incurran en un delito que no tenían propuesto realizarlo con anterioridad, o en caso no hubiesen dado inicio formal a su preparación; mientras que el *agente encubierto* se infiltra a una organización criminal para determinar su estructura, funcionamiento e identificar a sus integrantes, esto es, para demostrar o acreditar que una o varias personas tenían ya la predisposición de realizar actividades ilícitas, o que continúan practicando dichas actividades y cuyo descubrimiento se pretende. El conocimiento y la voluntad de dirigir el comportamiento hacia la realización del hecho delictivo surge en este caso en la persona del autor vinculado al crimen organizado y no en el agente encubierto.”

En lo referido al ámbito de actuación, el policía judicial tiene como objetivo obtener información acerca de organizaciones criminales, sin embargo, el agente provocador despliega su actuación en los “delitos de tracto sucesivo como el tráfico de drogas, de armas, de flora y fauna, etc., no siendo necesario la existencia de una organización criminal.”¹⁵.

4.2 Similitudes y diferencias entre el agente encubierto y el agente de inteligencia (El espía).

En los orígenes de la infiltración no se realizaba distinción alguna entre el agente de inteligencia y el agente encubierto, de ahí que algunos autores los agrupan en un concepto amplio. No obstante, con el tiempo se ha

¹⁵ ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R. op, cit., pág.104.

diferenciado en cuanto al ámbito subjetivo puesto que para ser agentes encubiertos se ha de ser miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y los agentes infiltrados son agentes de inteligencia con el carácter de agente de campo pertenecientes a los servicios de inteligencia de cada país, los cuales dependen y “trabajan” para el Gobierno de la nación.

En el caso español, el servicio de inteligencia es el denominado CNI, que según se estipula en el artículo primero¹⁶ de la Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia, su labor es la de facilitar información al Gobierno sobre cualquier tipo de amenaza contra la seguridad nacional. Además, las diferencias que se suscitan entre el agente encubierto y el agente de inteligencia es que sus actuaciones son controladas por distintos poderes del estado. Según se estipula en el artículo 11.1¹⁷ de la mencionada ley, la actuación del CNI es controlada por el poder legislativo. Sin embargo, el agente encubierto se somete al control de los jueces titulares del tercer poder del estado.

Puesto que las mencionadas figuras son provocadas por la decisión de órganos distintos del estado, su cobertura legal, además de los medios para realizar la acciones que se les encomiendan provienen de distintas fuentes, ya que el policía encubierto actúa mediante una identidad supuesta que se la

¹⁶ Artículo 1. El Centro Nacional de Inteligencia. El Centro Nacional de Inteligencia es el Organismo público responsable de facilitar al Presidente del Gobierno y al Gobierno de la Nación las informaciones, análisis, estudios o propuestas que permitan prevenir y evitar cualquier peligro, amenaza o agresión contra la independencia o integridad territorial de España, los intereses nacionales y la estabilidad del Estado de derecho y sus instituciones.

¹⁷ Artículo 11. Control parlamentario. 1. El Centro Nacional de Inteligencia someterá al conocimiento del Congreso de los Diputados, en la forma prevista por su Reglamento, a través de la Comisión que controla los créditos destinados a gastos reservados, presidida por el presidente de la Cámara, la información apropiada sobre su funcionamiento y actividades. El contenido de dichas sesiones y sus deliberaciones será secreto

proporciona el Ministerio del Interior¹⁸ y el agente infiltrado obtiene los medios necesarios para su actuación por otra vía, y no responde frente a mencionado ministerio.

Por último, las similitudes entre estas dos figuras son evidentes. Ambas basan su actuación en el engaño y tienen como máxima la obtención de la información valiéndose de una identidad falsa.

4.3 Similitudes y diferencias entre el agente provocador y el confidente.

El confidente es la persona que pertenece a los ambientes delictivos y que en función de un acuerdo con las fuerzas de seguridad (a cambio de dinero o trato de favor), le proporciona a aquella, información relevante para determinadas investigaciones¹⁹. Su actuación se basa en la obtención de información, y no en la represión del delito.

En cuanto a las notas diferenciadoras, cabría mencionar que la labor como confidente no supone la exención de la responsabilidad penal tal y como ocurre con el agente encubierto, no obstante, en el concurso de voluntades que se lleva a cabo entre un delincuente y la autoridad policial a fin de convertirse aquel en confidente, puede mediar la promesa de un trato de favor a fin de que el juzgador lo tenga en cuenta en un ulterior proceso.

¹⁸ ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R.: op. cit. pág. 337

¹⁹ GIMENO SENDRA (junto MORENO CATENA y CORTÉS DOMÍNGUEZ), Derecho procesal penal... op. cit, pág. 409 citado por ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R.: op, cit pág.131

Por otra parte, al igual que con la actuación del agente provocador, ESPINOSA DE LOS MONTEROS²⁰, establece que el confidente no limita su actuación al ámbito de la criminalidad organizada, sino que puede servir para perseguir los delitos que estime oportuno la autoridad policial.

El denominador común del agente encubierto y el confidente es el engaño, sin embargo, cabe precisar que el confidente basa su táctica en la falsedad de sus intenciones, puesto que su máxima es la obtención de información sensible. Sin embargo, este no actúa bajo una identidad falsa puesto que se vale de su identidad real para introducirse en un ámbito determinado. El agente encubierto comete un doble engaño como ya se ha señalado anteriormente, por un lado, su identidad y por otro las intenciones por las cuales realiza determinados actos.

5. Organización criminal: Relevancia y cifras en España. Concepto legal, Jurisprudencial y doctrinal. Marco Jurídico.

En apartados anteriores se ha mencionado que la actuación del agente encubierto se limita a la delincuencia organizada que podría concebirse como la delincuencia grave que se desarrolla por una pluralidad de personas organizadas que deciden expresamente realizar actos ilícitos en amplios territorios²¹. Algunos autores, establecen que “la mafia siciliana, la Camorra napolitana, las yakutas, japonesas y las triadas chinas, son las primeras

²⁰ ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R.: op. cit. pág.133.

²¹Gobierno de España, Presidencia del Gobierno. Estrategia nacional contra el crimen organizado y la delincuencia grave 2019/2023. Disponible en <https://www.dsn.gob.es/es/documento/estrategia-nacional-contra-crimen-organizado-delincuencia-grave>.

manifestaciones de delincuencia organizada y que surgieron como consecuencia de la arbitrariedad y corrupción de los poderes públicos frente a la sociedad”.²²

En España una de las manifestaciones más notables que ha tenido el crimen organizado fue la banda terrorista ETA. No obstante, el crimen organizado no ha dejado de proliferar en el territorio nacional. En el año 2016 el CITCO²³ elaboró un informe en que detallaba las cifras de crimen organizado que había en España. En ese entonces se contabilizaron 444 grupos registrados de los cuales un 58% fueron desarticulados. En total se investigaron 16208 personas relacionadas con el crimen organizado de las que 5356 fueron detenidas.

Como dato a analizar el 62% de las personas integrantes de esos grupos tiene más de una nacionalidad y un 69% de los grupos presentan actividad internacional, por lo que la nota de la internacionalidad pone de relieve el enemigo de una gran cantidad de países en el mundo que es la criminalidad organizada transnacional²⁴. Además, según el informe la mayoría de las organizaciones se dedican al tráfico de drogas (49%). De ahí que la figura

²² ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R.: op. cit., pág. 31

²³ CENTRO DE INTELIGENCIA CONTRA EL TERRORISMO Y EL CRIMEN ORGANIZADO.

²⁴ La delincuencia organizada transnacional se puede definir según la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito como “redes delictivas organizadas fluidas que se benefician de la venta de productos ilegales siempre que haya demanda de ellos”, además establece que “La delincuencia organizada transnacional abarca prácticamente todos los actos delictivos graves de carácter internacional perpetrados con fines de lucro y relacionados con más de un país. Hay muchas actividades que pueden calificarse de delincuencia organizada transnacional, entre ellas el tráfico de drogas, el tráfico ilícito de migrantes, la trata de personas, el blanqueo de capitales, el tráfico de armas de fuego, productos adulterados, flora y fauna silvestres y bienes culturales, e incluso algunos aspectos de la delincuencia cibernética”

del agente encubierto haya ido tomando protagonismo como una herramienta útil de investigación.

5.1 Conceptos de organización criminal

En el código penal español, se establece la definición de organización criminal en el artículo 570 bis²⁵ que se introdujo con la reforma del Código Penal 5/2010 de 22 de junio. Dicha reforma crea el capítulo IV de Título XXII del Libro II del Código Penal²⁶ de las organizaciones y grupos criminales dedicando los artículos 570 bis, 570 ter y 570 quáter a tal efecto. Según diversos autores la aparición de este capítulo responde a diversos “compromisos derivados de instrumentos internacionales de aproximación de las legislaciones nacionales y de cooperación policial y judicial asumidos

²⁵ **Artículo 570 bis** 1. Quienes promovieren, constituyeren, organizaren, coordinaren o dirigieren una organización criminal serán castigados con la pena de prisión de cuatro a ocho años si aquella tuviere por finalidad u objeto la comisión de delitos graves, y con la pena de prisión de tres a seis años en los demás casos; y quienes participaren activamente en la organización, formaren parte de ella o cooperaren económicamente o de cualquier otro modo con la misma serán castigados con las penas de prisión de dos a cinco años si tuviere como fin la comisión de delitos graves, y con la pena de prisión de uno a tres años en los demás casos.

A los efectos de este Código se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos.

2. Las penas previstas en el número anterior se impondrán en su mitad superior cuando la organización:

- a) esté formada por un elevado número de personas.
- b) disponga de armas o instrumentos peligrosos.
- c) disponga de medios tecnológicos avanzados de comunicación o transporte que por sus características resulten especialmente aptos para facilitar la ejecución de los delitos o la impunidad de los culpables.

Si concurrieran dos o más de dichas circunstancias se impondrán las penas superiores en grado.

3. Se impondrán en su mitad superior las penas respectivamente previstas en este artículo si los delitos fueren contra la vida o la integridad de las personas, la libertad, la libertad e indemnidad sexuales o la trata de seres humanos.

²⁶ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (en adelante CP)

por los Estados miembros de la Unión Europea en la lucha contra la llamada delincuencia organizada transfronteriza, tanto en materia de prevención como de represión penal”²⁷.

El concepto jurisprudencial de organización criminal lo proporciona la STS 1057/2013 de 12 de diciembre en la que determina algunas características del mismo valiéndose de fijar diferencias entre organización criminal y asociación ilícita. Menciona la sala primera que, tras la reforma del 2010, actúa residualmente la determinación del artículo 515 del CP sobre asociación ilícita puesto que se acude más específicamente a los artículos del capítulo IV de Título XXII del libro II. Así que, como características de las mismas se puede observar que “siempre se pluraliza la finalidad delictiva, en el sentido de que tales grupos u organizaciones están dirigidas a la comisión de varios delitos (“... a fin de cometer delitos...”), así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas.”²⁸, en contraposición con las asociaciones “donde ha de primar su consideración de agrupaciones estables que traten de atentar contra el bien jurídico protegido por tal delito, que no es otro que la conculcación del derecho de asociación, cristalizando

²⁷ GEIJO RUIZ, Diferencia entre organización y grupos criminales, Legal Today, 2019. Disponible en <https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-penal/penal/diferencia-entre-organizacion-criminal-y-grupos-criminales-2019-02-04/>

²⁸ De modo ilustrativo, se acompaña en la sentencia STS 134/2016 de 24 febrero la descripción de una organización criminal integrada por somalíes que tenía como objetivo el asalto de buques de mercancías en el cuerno de África. Describe la sentencia que “El grupo estaba dotado de equipamiento que le aportaba la capacidad necesaria para el logro de sus fines, tecnología (armas de alto poder destructivo y capacidad de alcance, gasolina, telecomunicaciones) y operativa (empleo de un esquife, medios de escalo para el abordaje, uso de motores fuera borda) y gozaba de una organización interna (jerarquía y reparto de papeles) y profesional (uso de armas de fuego, ataque por la zona ciega del pesquero, elusión de la intervención de las armas que repelían la agresión, munición, armas y escalas arrojadas al mar, testimonio concertado en caso de ser detenidos, cohesión interna, actuación por cuenta de tercero, aportación de identidades ficticias, conocimiento de procedimientos paramilitares).”

la criminalidad en el empleo de medios violentos o en la perversión de la personalidad de los componentes, aunque tales asociaciones tuvieran fines lícitos.” Además, señala que “el delito de asociación ilícita tiene sustantividad propia basada en un bien jurídico singular, como lo demuestra el hecho de que la asociación es anterior a la puesta en peligro de los bienes jurídicos de la acción delictiva subsiguiente, consumándose desde que se busca una finalidad ya inicialmente delictiva.”

Por último, para determinar un concepto de organización criminal en el ámbito internacional acudimos al establecido por la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos aprobada por la Asamblea General en su resolución 49/159, de 23 de diciembre de 1994²⁹, por la cual establece que “Por “grupo delictivo organizado” se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material”

6. Agente encubierto. Marco jurídico. Características.

Como se ha mencionado anteriormente, el marco jurídico del agente encubierto se establece en el artículo 282 bis de la LECrim³⁰, en el cual se

²⁹ FARALDO CABANA. Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el código penal español, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012. pág. 34

³⁰ Véase el art. 282 bis del R.D de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

da una definición concreta de la figura, siguiendo con un catálogo amplio de delitos que persigue. No obstante, cabría determinar en qué fase del proceso penal el agente encubierto despliega su acción, y no es otra que, en la fase de instrucción, tal y como se establece en el precepto, puesto que será el juez de instrucción o el MF el que autorizaría el empleo de ese medio de investigación con la salvedad del agente informático, puesto que solo el juez de instrucción puede autorizar su actuación. Debido a esto, se puede dotar de un carácter instrumental, ya que la figura del policía infiltrado no se produciría si no hubiera un proceso penal incoado.

Lo que niega su naturaleza preventiva puesto que tal y como establece ESPINOSA DE LOS MONTEROS³¹, “la intervención del infiltrado también debe considerarse como un medio de prevención en tanto en cuanto, debe ir encaminada a impedir u obstaculizar las conductas delictivas que se estén llevando a cabo por la organización atendiendo, como no, al éxito de la investigación y a la propia integridad física del agente encubierto. Así, la infiltración policial, considerada como medio de prevención, debe entenderse para evitar las acciones delictivas futuras que todavía estén en la fase de preparación”.

6.1 Características del agente encubierto.

En cuanto a las características del agente encubierto, la actuación del mismo ha de ser autorizada por el juez de instrucción o el MF, no obstante a su figura se le podrían adherir los principios de necesidad e idoneidad, usados a la hora de determinar medidas cautelares y coercitivas del proceso

³¹ ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R.: op, cit., pág.155.

penal puesto que en la definición jurisprudencial anteriormente mencionada del agente encubierto en la STS 1140/2010, de 29 de diciembre, la figura se utiliza con carácter subsidiario y alternativo a las líneas de investigación, puesto que, si las principales fracasan o recaen en infructuosas, se podría acudir a esta figura. Además, se le dota de un carácter extraordinario, ya que produce un plus de lesividad mayor frente a otras técnicas de investigación debido a que el policía judicial pasa a formar parte del grupo criminal³².

Otro de los principios que podría regular el carácter de esta medida de investigación es el de exclusividad en cuanto a su uso, puesto que el sujeto activo de la infiltración es el policía judicial siendo estos los únicos que pueden ostentar tal condición que según el artículo 29³³ de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, dicho estatus se le confiere a la Policía Nacional, la Guardia Civil y con carácter de personal colaborador, la Policía de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales.

Por otro lado, la infiltración policial está sujeta a plazos, puesto que la autorización habilitante se otorga por un plazo de 6 meses, cuyo periodo podrá ser ampliado por tiempos de igual duración. Dicha resolución que tendrá forma de auto deberá contener “el nombre verdadero del agente y la

³²MENDOZA CALDERON, GALÁN MUÑOZ. Globalización y Lucha Contra las Nuevas Formas de Criminalidad Transnacional, Tirant lo Blanch. Valencia. 2019, pág. 423.

³³ **Artículo veintinueve.**

1. Las funciones de Policía Judicial que se mencionan en el artículo 126 de la Constitución serán ejercidas por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, a través de las Unidades que se regulan en el presente capítulo.

2. Para el cumplimiento de dicha función tendrán carácter colaborador de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado el personal de Policía de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales.

identidad supuesta con la que actuará en el caso concreto. La resolución será reservada y deberá conservarse fuera de las actuaciones con la debida seguridad.”

Dicho esto, la infiltración, no solo necesita de una primera autorización para constituir tal herramienta, sino que necesitara de sucesivas autorizaciones a fin de poder llevar a cabo su trabajo con garantías de seguridad sobre la información obtenida, como escuchas, grabaciones, fotos etc. De ahí que tal y como establece el apartado 3 del artículo mencionado, cuando la actuación del policía infiltrado puede afectar a derechos fundamentales de sus investigados, será necesaria autorización judicial, de modo que se puede concluir que la autorización inicial valdría para constituir la figura, no su actuación.

Por último, el empleo de esta herramienta va cargado de una nota de voluntariedad, ya que el policía judicial ha de aceptar convertirse en agente encubierto, a pesar del hecho de que se adopte esta diligencia de investigación a raíz de una orden de sus mandos, debido a los riesgos y peligros de ejecutar una misión de esa naturaleza.

7. Derechos Fundamentales afectados derivado de la actuación del agente encubierto. Derecho a la intimidad. Derecho a la inviolabilidad del domicilio. Derecho al secreto de las comunicaciones. Derecho a no autoincriminarse.

7.1 El derecho a la intimidad.

El instrumento de investigación del agente encubierto basa su actuación en el engaño al tener una identidad supuesta proporcionada por el Ministerio del Interior, además de las intenciones con las que actúa puesto que ha de mimetizarse con el ambiente en el que se encuentra. Y fruto de su actuación puede vulnerar los derechos de la personalidad, definiéndose según la STC 231/1988, de 2 de diciembre, como “la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario - según las pautas de nuestra cultura-- para mantener una calidad mínima de la vida humana.”.

Por lo que de esta definición se puede extraer que la nota fundamental de la intimidad es el carácter de reservado y secreto frente a injerencias de los demás, de ahí que se entienda por parte de la doctrina como un “derecho negativo de “no intromisión” de terceros en el reducto íntimo del sujeto al que se reconoce el poder de impermeabilizar y “no dejar pasar” a su esfera privada” tal y como señala ELOISA PEREZ CONCHILLO³⁴.

Una vez delimitado de manera escueta el derecho a la intimidad, lo que cabría determinar sería el grado de injerencia que se daría entre el agente encubierto y el derecho mismo. Un sector de la doctrina entiende la injerencia como “un poder de controlar las informaciones que son relevantes”³⁵, obtenidas de la actuación de la policía, justificando esa

³⁴ PEREZ CONCHILLO, *Intimidad y Difusión de Sexting no Consentido*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 32

³⁵ DELGADO MARTÍN, *Criminalidad organizada...* op. cit., pág. 84 y ss. LÓPEZ ORTEGA, «La protección de la intimidad en la investigación penal: necesidad y

injerencia, la potestad que tiene los poderes públicos de limitar DDFD en pos de la prevención y descubrimiento del delito. En este caso, como señala DE BARTOLOMÉ CENZANO³⁶, la lucha contra el crimen organizado se concibe como un fin legítimo en el Estado de derecho.

En definitiva, “el Estado impone una contraprestación necesaria para la efectiva seguridad de los ciudadanos ante los ataques de la criminalidad organizada y siempre que se respeten los límites para la adopción de una infiltración policial. Con carácter general, esta contraprestación se sustenta en el recorte de ciertos ámbitos de intimidad.”³⁷.

Además, el grado de injerencia del agente dependerá de lo cercano que sea con las personas que investigue, puesto que mediante el engaño podría el agente desvelar aspectos privados de la persona, como datos o confidencias, así como valerse de ellos para desarrollar la investigación, con los límites de previsión legal, estableciendo un juicio en relación con el fin legítimo que se quiera obtener³⁸.

Los momentos en que se produce la injerencia según ESPINOSA DE LOS MONTEROS³⁹ son dos. En primer lugar, el contacto inicial con la

proporcionalidad de la injerencia como presupuesto de validez» ... op. cit. Citado por ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R.: op. cit., pág. 175.

³⁶ DE BARTOLOMÉ CENZANO, Derechos fundamentales y libertades públicas, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 297. Citado por ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R.: op. cit. pág.172.

³⁷ Ídem.

³⁸ Ibidem p.177

³⁹ ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R.: op. cit., pág. 175 y 181. La autora entiende que la vulneración de los DDFD se produce a consecuencia de una infiltración “de larga duración”, puesto que se establece una relación con los supuestos delincuentes mucho más profunda que en los casos de infiltraciones “de corta duración”, que son aquellas que se

organización, que a priori, no hay peligro de vulnerar DDFF, y, en segundo lugar, cuando el infiltrado ya forma parte de la organización como un miembro más, lo que implica que se pudieran compartir datos personales y confidencias de la esfera privada de los miembros de la organización con el policía judicial. De ahí que el agente pueda considerar hasta qué punto debe de afectar a los DDFF para el éxito de la misión, ya que hay determinados supuestos en los que el grado de injerencia es mínimo.

Por último, y como añadido a la injerencia que realiza el agente en las personas investigadas, cabría mencionar, la prohibición que se establece en el “Manual de investigación agente encubierto y entrega vigilada”, que se elaboró entre la (UNODC) y la Policía Boliviana, en lo referente a “Involucrarse con los fines de la organización criminal, o sentimentalmente con sus miembros y/o personas allegadas, de manera que afecte su objetividad y el cumplimiento de la misión.”. Llegados a este punto, esta prohibición puede ser una mera recomendación, o si desde un punto de vista penológico, podría considerarse al agente encubierto como miembro de la organización criminal, lo que dejaría sin efecto lo establecido en el apartado quinto de artículo 282 bis de la LECrim.

7.2 El derecho a la inviolabilidad del domicilio.

La inviolabilidad del domicilio se encuentra en el artículo 18.2 de la CE: “El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse

producen de forma esporádicas y “producto de la ocasión para realizar actividades concretas, sin que ello suponga la entrada en el entramado organizativo.

en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.”

En concreto la infiltración policial utiliza la puerta del consentimiento como posibilidad para entrar en el domicilio de un delincuente con el que ha creado una relación de confianza. El engaño es la llave que posibilita al agente encubierto a introducirse en el domicilio con la finalidad de obtener pruebas y recopilar información.

Puesto que el consentimiento es una de las vías para entrar en un domicilio-según el precepto constitucional- y el mismo ha de ser otorgado de forma libre e inequívoca. Dicho esto, se considera viciado, puesto que se ha otorgado fruto del engaño y a una persona con identidad supuesta ya que no sabe a quién invita realmente, así que a priori, se debe considerar que todo lo obtenido fruto de esa actuación es nulo de pleno derecho⁴⁰. Además, la actuación del infiltrado en el interior del domicilio debe de estar fijada y no extralimitarse, puesto que “es evidente que no podemos utilizar el engaño como el refugio que cubre todas las actuaciones del infiltrado, pues en ese caso consentiríamos que el Estado cometiera delitos para la consecución del fin.”⁴¹

⁴⁰ ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R.: op. cit., pg.202. Según la autora se establecen dos posturas doctrinales en cuanto al tratamiento que se dé a la información obtenida, puesto que se afecta a un derecho fundamental derivado de la actuación del agente y se necesita de autorización judicial según el apartado 3 del 282 bis de la LECRIM, que autorice la injerencia, la información obtenida no sería válida. Otro sector de la doctrina entiende por la llevanza de esta técnica de investigación, en la práctica resulta imposible solicitar resoluciones judiciales para cada injerencia puesto que el agente puede no tener conocimiento de que vaya a ser invitado a un domicilio.

⁴¹Ibidem p. 194

7.3 El derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.

El secreto de las comunicaciones se establece en el artículo 18.3 de la CE: “Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.”

La infiltración policial al igual que con el derecho a la intimidad y la inviolabilidad del domicilio, afecta al derecho de las comunicaciones, no obstante, para que se produzca la injerencia hace falta la actuación activa del agente, debido a que cuando afecta al derecho fundamental de la intimidad, basta con la pasividad del policía para que se produzca la incidencia.⁴².

Al contrario de lo que pasaba con la afectación a la inviolabilidad del domicilio, la injerencia en el secreto de las comunicaciones puede llevarse a cabo en la práctica con las garantías legales y con arreglo al artículo 282 bis regulador del agente encubierto, es por ello que se ha de tener fijado el tipo de comunicación a interceptar y saber en la posición en la que se encuentra el agente, si es un interlocutor o un mero oyente.⁴³. Puesto que, según ESPINOSA DE LOS MONTEROS⁴⁴, “salvo que el agente encubierto forme parte de la comunicación, el engaño no cubre la intervención de las comunicaciones pues estos actos suponen un plus en la relación de confianza.”. Por otro lado, si el agente también es un interlocutor, según la autora, “la grabación realizada por el agente encubierto como interlocutor de la conversación deja a salvo el derecho al secreto de las comunicaciones”, haciendo alusión a la STC 114/1984, de 29 de noviembre.

⁴²Ibidem p. 199

⁴³Ibidem. p. 204

⁴⁴ Ibidem p. 203

7.4 El derecho a no auto incriminarse.

El artículo 24 de la CE encuadra el derecho de defensa el cual se ve afectado por la infiltración policial de diferentes maneras, no obstante, se tratará en concreto la afectación al derecho fundamental a no confesarse culpable.

El confesarse culpable es una declaración que ha de prestarse con arreglo a normas procesales, en concreto se le ha de informar de los derechos que le asisten por lo que, la confesión realizada ante un agente encubierto, el cual se ha valido del engaño deviene inútil, y mucho menos ser beneficiado de la atenuante por confesión que se establece en el artículo 21.4 del CP el cual dispone que: “La de haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades”.

Por ello DELGADO MARTÍN⁴⁵ señala que, mediante los agentes encubiertos, el Estado impide que sean aplicables las normas relativas al derecho de defensa como es el informar de los derechos que le asisten al imputado.

Además, la STS 2081/2001 de 9 noviembre, comenta que grabar de manera subrepticia “unas manifestaciones que implican, con mayor o menor claridad, la confesión de una actividad delictiva, se vulneren los derechos,

⁴⁵ DELGADO MARTÍN, «El proceso penal ante la criminalidad organizada. El agente encubierto» ... pág. 117 citado por ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R.: op. cit., pág. 209

igualmente fundamentales, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable que reconoce el art. 24.2 CE.”.

Continúa la sentencia estableciendo que la confesión realizada no puede provocar una actuación policial sino que en este caso, la sala entiende que la actuación fue llevada a cabo por las informaciones que con arreglo a la ley, fueron captadas por los agentes encubiertos “la posterior actuación de éstos...no estuvo determinada por una confesión realizada sin previa instrucción de sus derechos al confesante sino por la posterior decisión de éste de llevar a cabo la venta de la droga que tenía en su poder.” Por lo que ni la confesión realizada ante los agentes encubiertos, vulnerando derechos fundamentales, puede provocar la acción policial.

8. Responsabilidad penal del Agente encubierto.

El agente encubierto, según el apartado quinto del artículo 282 bis de la LECrim, “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 esta y no constituyan una provocación al delito”.

A la vista de esta cabría preguntarse si un agente encubierto, que tenga la intención de infiltrarse en un banda o grupo armado especialmente violento, puede quitarle la vida a una persona a fin de superar un reto de iniciación para introducirse en esa supuesta banda, y no tener responsabilidad penal por el hecho delictivo.

Por otro lado, en el supuesto en que el grupo organizado se enfrente a otro con la intención de ocasionar la muerte a sus rivales y el agente encubierto, puesto que es miembro del grupo se encuentra en la reyerta y comete un delito de lesiones (art 147 CP) o de homicidio (art 138 CP). ¿Estaría amparado por la exención de la responsabilidad criminal derivada del precepto anteriormente mencionado, o habría que acudir las causas eximentes de la responsabilidad criminal como la legítima defensa (art 20.4 CP) o el estado de necesidad (art 20.5 CP)? No obstante, podría tratarse de una causa más de exención de la responsabilidad penal que curiosamente se encuentra en la LECrim y no en el CP. Puesto que se puede entender desde estas dos perspectivas, cabría analizar cada una.

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

Por último, y antes de entrar desarrollar las causas de exención de la responsabilidad penal, conviene determinar si sería conveniente legislar en relación con las acciones que el agente encubierto no puede realizar, aquellas que serían de muy difícil justificación, en relación con alguna causa de exención como es, por ejemplo, matar a un individuo, ya que la nota de la proporcionalidad, protagonista en la gran mayoría de las causas eximentes, sería de difícil apreciación. Indudablemente, proporcionaría

seguridad jurídica el confeccionar una lista en la que se enumeran los delitos que el agente no puede cometer aun estando al amparo de las causas de exención. No obstante,

8.1 La exención de la responsabilidad penal del agente encubierto desde el punto de vista de la LECrim.

El policía judicial, que en el uso de sus funciones comete un ilícito penal, según algunos autores a pesar de lo que menciona el precepto quinto del artículo 282 bis de la LECrim ha de estar amparado entre las causas de exenciones de la responsabilidad criminal del CP. Un sector de la doctrina entiende que su cometido se refugia en el ejercicio legítimo de oficio o cargo del apartado séptimo del artículo 20 del CP⁴⁶. Por otro lado, según QUERALT⁴⁷ el precepto quinto del artículo 282 bis se refiere a un estado de necesidad (art 20.5) creado ad hoc, no obstante, haría falta reunir los requisitos que se establecen en el quinto para apreciar las causas exámenes.

Los cuales son:

1. Las actuaciones han de ser consecuencia necesaria de la investigación.
2. Ha de ser proporcional a los fines del cometido.
3. No ha de constituir una provocación al delito.

⁴⁶ GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y...* pág. 277. RIFÁ SOLER, «El agente encubierto o infiltrado en la nueva regulación de la LECrim» ...pág. 335, citado por ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R.: op, cit. pág. 397.

⁴⁷ QUERALT, «Recientes novedades legislativas en materia de lucha contra la delincuencia organizada: Ley Orgánica 5/1999, de 14 de enero» ... citado por ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R.: op, cit., pág. 397.

Desde otra perspectiva ya comentada, la exención es en sí misma la que se estipula en el artículo, y los tres puntos anteriores serían los requisitos para apreciarla

1. Consecuencia necesaria de la investigación.

Las acciones que realice el agente encubierto ha de ser “consecuencia necesaria de la investigación”, y corresponderá al juez determinar las actuaciones que, eliminándolas, podrían no afectar al curso de la investigación, por lo que, si se demuestra que de no haberse realizado el ilícito, el perjuicio para la investigación no existiría, se estaría infringiendo el requisito. Por otro lado, establece LOPEZ BARGA DE QUIROGA⁴⁸, que el examen de la necesidad del acto delictivo se realiza ex ante, sin tener en cuenta el resultado que se obtendría por un juicio ex post, puesto que, si resultase racional ex ante la acción de cometer el delito, ese requisito ya se cumpliría.

2. La proporcionalidad

Para apreciar la proporcionalidad de la actuación, según establece DEL CERRO ESTEBAN⁴⁹, el juicio de proporcionalidad al igual que el de la necesidad ha de efectuarse ex ante a fin de poder preservar la seguridad del agente, dándole autonomía de decidir lo conveniente para el caso.

⁴⁸ LOPEZ BARGA DE QUIROGA «El agente encubierto» ...op. cit., pág. 1. Citado por ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R. op. cit., pág. 403-404.

⁴⁹ DEL CERRO ESTEBAN, «El sistema de garantías constitucionales en los procesos judiciales sobre criminalidad organizada» citado por ESPINOSA DE LOS MONTEROS, El policía infiltrado..., op, cit, p. 403



Junto con la proporcionalidad, se une la finalidad perseguida, pero esta finalidad no ha de considerarse desde el punto de vista del agente como limitativa a su actuación, ya que si de la investigación efectuada por un agente en una organización criminal dedicada al tráfico de drogas, se deriva la posibilidad de impedir el asesinato de una persona, este deberá ponderar los bienes jurídicos afectados y llegado el caso sacrificar de alguna forma el bien jurídico afectado por el tráfico de drogas siendo la salud pública y salvaguardar con sus actos el bien jurídico de la vida humana independiente.

De efectuarse esa actuación, se entiende que no quedaría la misma apartada por la exención del 282 bis, pero si por otras causas de exención de la responsabilidad como el estado de necesidad, legítima defensa o el ejercicio de empleo o cargo.

Por último, la proporcionalidad no ha de aferrarse a la gravedad del delito cometido, no cabe amparar una actuación en principio antijurídica severa por el hecho de que el delito sea calificado como grave llevando una pena privativa de libertad alta. Según establece GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA–HERRERO⁵⁰ “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.”

⁵⁰ GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA–HERRERO, *Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación*, Colex, Madrid, 2004. P4 citado por DEL POZO PEREZ, *El agente encubierto como medio de investigación de la delincuencia organizada en la ley de enjuiciamiento criminal española*, Santiago de cali, 2006, pág. 294

3. No provocar un delito.

El agente encubierto, no ha de provocar la comisión de un delito, puesto que sería función del agente provocador que actúa ciñéndose a distintos límites. Provocar un delito es una conducta típica e innecesaria que rompería con la finalidad para la cual fue autorizado este medio de investigación, puesto que el resultado de la provocación es la de castigar por un hecho a su autor⁵¹ y la finalidad del agente encubierto es la obtención de información bajo identidad supuesta.

8.2 Causas de exención de la responsabilidad criminal: Ejercicio legítimo de un cargo u oficio. Estado de necesidad. Legítima defensa.

8.2.1 Ejercicio legítimo de un cargo u oficio.

El agente encubierto actúa bajo el amparo de eximentes de la responsabilidad criminal por las conductas, en un principio, antijurídicas que realice. Desde un punto de vista formal, la eximente aplicable al policía infiltrado sería la establecida en el artículo 20.7 del CP, puesto que en el ejercicio legítimo de un cargo u oficio comete acciones típicas, antijurídicas y culpable.

Tal y como establece la STS Rec. 1254/1996, los requisitos para estimar la eximente serían, en primer lugar, que el sujeto activo sea “una autoridad o agente”, en segundo lugar, que la acción típica se haya cometido en el uso de sus funciones. En tercer lugar, se destaca la necesidad de la

⁵¹ CASTELLVI MONSERRAT, C.: op. cit.,. pág.267

violencia desplegada para conseguir el objetivo deseado y por último cabría observar la proporcionalidad en el uso de la fuerza.

Jurisprudencialmente, se ha establecido que la eximente a aplicar para los policías infiltrados es el mencionado artículo basándolo en el estatus de agente de la autoridad que ostenta, remitiéndose al criterio general que ampara a los mismos⁵². No obstante, este criterio se aplicaría si la actuación a realizar por el agente se escapa de los límites prácticos para lo que fue autorizado. En el supuesto anterior de evitar el asesinato de un individuo, no cabría aplicar la eximente, como ya se ha mencionado del apartado quinto del 282 bis de la LECrim, sino la eximente ahora comentada del ejercicio legítimo de oficio o cargo ya que no se trata de una actuación dedicada a los fines de la investigación.

En resumen, el agente quedaría cubierto siempre por el paraguas que se establece en la LECrim, o en el del CP, pero desde este punto de vista no se apreciaría uno primero y después otro. No obstante, en los supuestos de peligro personal para la vida o integridad física, cabría aplicar otras eximentes como la legítima defensa o el estado de necesidad⁵³ que se desarrolla a continuación.

8.2.2 Estado de necesidad y legítima defensa.

⁵² STS de 10 de julio de 1992, citado por ESPINOSA DE LOS MONTEROS.: op. cit., pág. 399

⁵³ ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R.: op. cit., pág.402. La autora establece que, en los supuestos de riesgo personal, se aplicarían las eximentes de los apartados 4 y 5 del artículo 20 del CP, sin embargo, llega incluso teorizar la posibilidad de que pueda darse el error de prohibición indirecto, que es aquel según el cual el sujeto actúa basándose en un error con relación a los límites y presupuestos de alguna causa de exención de la responsabilidad criminal.

Otra de las causas de justificación que a priori cabría aplicar a las actuaciones de la policía son las que se establecen en el apartado cuarto y quinto del artículo 20 del CP.

El estado de necesidad, según MUÑOZ CONDE⁵⁴, se aplica de manera específica en el aborto, no obstante, en el homicidio pasa lo contrario, la regla general es no aplicarlo. Por lo que en los supuestos en los que la banda criminal pueda hacer un encargo a un grupo de personas entre los que se encuentra el agente encubierto a fin de cometer un homicidio, a priori esta causa de justificación no sería del todo efectiva.

Sin embargo, se podría aplicar el error de prohibición al igual que con el apartado anterior. A pesar de ello no considero aplicable el estado de necesidad a la actuación del agente encubierto cuando este se ve obligado a cometer un homicidio, puesto que no se cumpliría con el juicio en cuanto a valor de los bienes a salvaguardar. Ya que, según la STS de 22 abril de 1986, el mal causado no ha de ser mayor que el mal que se quiere evitar, y puesto que es altamente complicado determinar que bien se vería perjudicado por la no acción del agente, no quedaría amparado en el estado de necesidad. A no ser que peligre la vida del agente por no llevar a cabo la orden, debido a esto se aplicaría en casos excepcionales. De igual modo se podría aplicar la legítima defensa donde han de concurrir los requisitos estipulados en la ley (agresión ilegítima, necesidad racional del medio, y falta de provocación por el defensor), pero solo en los supuestos de peligro racional para el agente.

1. ⁵⁴ MUÑOZ CONDE, F. Derecho Penal, Parte Especial, *Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 41.*

En definitiva, habría que determinar el bien jurídico que se vería afectado por la situación, puesto que en el supuesto de que el agente deba de transportar droga, se entiende que ese ilícito penal quedaría amparado por el apartado 5 del artículo 282 bis de la LECrim. Sin embargo, el supuesto anterior en el que se le da la orden al agente de ejecutar a una persona, puesto que se desvía directamente de la finalidad de la investigación y que afectaría a un bien jurídico de alta estima, se aplicarían las eximentes del CP puesto que la situación trasciende de lo que la norma de la LECrim en un principio previó.

Dicho esto, si se considera que la eximente de la LECrim puede amparar que se cometan delitos contra las personas, ya sea de homicidio y sus formas o de lesiones, se estaría haciendo honor al dicho de Nicolás Maquiavelo, *“El fin justifica los medios”*, puesto que para el éxito de una infiltración se ampara la comisión de un homicidio por agente encubierto, y esto en un Estado de derecho no ha de ocurrir.

9. Conclusiones.

Primera. Una vez concluido el análisis de la figura del agente encubierto, y respondiendo a la pregunta que se lanzó en la introducción, considero que la regulación legal del agente es escasa en algunos aspectos. Desde un punto de vista procesal, tanto la actuación de este como el valor probatorio de lo que se obtenga fruto de la infiltración, parece estar bien definido. No obstante, desde el punto de vista penológico, el incluir una “posible”, causa de exención de la responsabilidad criminal en una ley procesal como es la

LECrim, invita a tener serias dudas de si ha de considerarse como una eximente “especial” que no se contiene en el CP, o se trata de un añadido a la causas de justificación establecidas en el mencionado código, , puesto que como hemos visto, existe división doctrinal al respecto.

Segundo. La delincuencia organizada, según los datos apartados en el trabajo esta en auge, y se trata de determinar si la herramienta de investigación del agente encubierto podría resultar efectiva para combatir la criminalidad organizada. El hecho de que el ordenamiento jurídico haya permitido que se cree una figura basada en la realización de conductas ilícitas como es actuar bajo identidad supuesta (art. 390 CP), a fin de poder luchar contra el crimen organizado, da una visión de lo potente y lesiva que es la figura del agente encubierto para las bandas o grupos terroristas.

Tercero. La exención de la responsabilidad criminal por los actos que realice el agente, concluyo que no puede amparar cualquier conducta delictiva, aun respetando el principio general de proporcionalidad, y los específicos del apartado quinto del artículo 282 de la LECrim (consecuencia necesaria de la investigación, proporcionalidad, prohibición de provocación al delito.). Puesto que, un Estado de derecho, no puede amparar a un policía judicial que infiltrado, comete un asesinato o una violación para superar un reto de iniciación a fin de inmiscuirse en una banda criminal o permanecer en ella. Eso no significa que la actuación antijurídica realizada por una conducta típica del agente no pueda ser amparada por las causas de exención del artículo 20 CP, como es el estado de necesidad o la legítima defensa.

10. Bibliografía.

- CASTELLVÍ MONSERRANT, Carlos. Provocar Y Castigar, 1ªed Tirant lo Blanch. Valencia. 2020.
- DE BARTOLOMÉ CENZANO, José Carlos. Derechos fundamentales y libertades públicas, 1ªed, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- DEL CERRO ESTEBAN, José Antonio. El sistema de garantías constitucionales en los procesos judiciales sobre criminalidad organizada, 1ªed, 2004, disponible en <http://www.cej.justicia.es>.
- DEL POZO PEEZ. Marta. El agente encubierto como medio de investigación de la delincuencia organizada en la ley de enjuiciamiento criminal española, Santiago de cali, 2006.
- DELGADO MARTÍN, Joaquín. El proceso penal ante la criminalidad organizada. El agente encubierto. 1ªed, Bosh, 2000.
- DÍAZ FERNÁNDEZ, Antonio M. Conceptos Fundamentales de Inteligencia, 1ªed, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Rocío Zafra. El policía infiltrado, 1ªed, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- FARALDO CABANA, Patricia. Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el código penal español, 1ªed Tirant Lo blanch, Valencia, 2012.
- GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. Infiltración policial y “agente encubierto”, 1ªed, Comares, Granada, 2001.



- GEIJO RUIZ, Raúl Pardo. Diferencia entre organización y grupos criminales, Legal Today, 2019. Disponible en <https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-penal/penal/diferencia-entre-organizacion-criminal-y-grupos-criminales-2019-02-04/>
- GIMENO SENDRA, Vicente. MORENO CATENA y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Derecho Procesal Penal, 3º edición, Colex, Madrid, 1999.
- GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA–HERRERO, Marta. Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación, Colex, Madrid, 2004.
- LÓPEZ BARGA DE QUIROGA, Jacobo. El agente encubierto, en La Ley, 1999.
- LÓPEZ ORTEGA, Juan José. La protección de la intimidad en la investigación penal: necesidad y proporcionalidad en la injerencia como presupuesto de validez, en Cuadernos de Derecho judicial, volumen dedicado a Perfiles del derecho constitucional a la vida privada y familiar, CGPJ, Madrid, 1996.
- MENDOZA CALDERÓN, Alfonso. GALÁN MUÑOZ, Alfonso. Globalización y Lucha Contra las Nuevas Formas de Criminalidad Transnacional, 1ªed, Tirant lo Blanch. Valencia. 2019.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho penal. Parte especial, Tirant lo Blanch, Valencia, 22ªed., 2019
- PÉREZ CONCHILLO, Eloísa, Intimidad y Difusión de Sexting no Consentido, 1ªed, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018,
- QUERALT JIMÉNEZ, Joan J. "Recientes novedades legislativas en materia de lucha contra la delincuencia organizada: Ley Orgánica 5/1999, de 14 de enero", La Ley, núm.6, 1999.

- Real Academia Española, Diccionario de la lengua española. Consultado en <http://www.rae.es/rae.html>.
- RENDO, “Agente encubierto” en <http://www.abogarte.com.ar/agenteencubierto.htm>.
- RODRÍGUEZ MARCOS, Antonio. LARRIBA HINOJAR, Beatriz. COHEN VILLAVERDE, Jéssica. JIMÉNEZ VILLALONGA, Rafael- LÓPEZ MUÑOZ, Julián. MARTÍN ROY, Juan. PALACIOS, José Miguel. BLANCO NAVARRO, José María MARTÍNEZ ISIDORO, Ricardo. CANO CARRILLO, Jesús. Manual de Inteligencia, 1ªed, Tirant lo Blanch. Valencia. 2019, p. 14
- SOLOGUEN INSUA. Felipe. El agente encubierto: ¿Peligro o beneficio en estados democráticos?, Universidad de Chile Facultad de Derecho, Santiago de Chile. 2008.
- WARREN, Samuel D. BRANDEIS, Louis. El derecho a la intimidad, Civitas, Madrid, 1995.
- Wolter Kluwer, Agente encubierto en <https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAkNDC2NDU7Wy1KLizPw8WyMDQ3MDIwMLkEBmWqVLfnJIZUGqbVpiTnEqAPrjoUY1AAAAWKE>.