

Grado en Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de La Laguna
Curso 2018/2019
Convocatoria: Septiembre

EL AGENTE ENCUBIERTO.
ESPECIAL ATENCIÓN AL AGENTE
ENCUBIERTO INFORMÁTICO.

THE UNDERCOVER AGENT. SPECIAL ATENTION
TO THE UNDERCOVER COMPUTER AGENT.

Realizado por la alumna Sara Hernández Domínguez
Tutorizado por el Profesor Tomás López-Fragoso Álvarez
Departamento: Derecho Público y Privado Especial y Derecho de la Empresa
Área de conocimiento: Derecho Procesal

RESUMEN

La sociedad del siglo XXI se caracteriza por los grandes avances tecnológicos que permiten una mejora y ampliación en las comunicaciones entre personas. Sin embargo, estas nuevas tecnologías son en muchas ocasiones utilizadas para cometer hechos delictivos. Como consecuencia de ello, ha surgido en nuestro Ordenamiento Jurídico la figura del agente encubierto informático, creado a partir del agente encubierto ordinario. Su carácter restrictivo de derechos fundamentales lo califica como una medida coercitiva que requiere de una gran cautela en su ejecución. En este trabajo realizaremos un análisis del agente encubierto prestando una especial atención a la más reciente forma de investigación criminal que se sirve de dicha figura.

ABSTRACT

The society of the 21st century is characterized by the great technological advances that allow an improvement and expansion in the communications between people. However, these new technologies are often used to commit criminal acts. As a result, the figure of the undercover computer agent, created from the ordinary undercover agent, has arisen in our legal system. Its restrictive nature of fundamental rights qualifies it as a coercive measure requiring great caution in its implementation. In this work we will make a thorough analysis of the characteristic notes of this figure, breaking down the budgets necessary for its practice and treating other aspects that are of great importance when it is adopted. It's restrictive nature of fundamental rights qualifies it as a coercive measure requiring great caution in its implementation. In this work we will make an analysis of the undercover agent, paying special attention to the most recent form of criminal investigation that uses that figure.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	5
2. EL AGENTE ENCUBIERTO	5
2.1 El agente encubierto en el proceso penal.....	5
2.2 Concepto y características de la organización criminal.....	7
2.3 Naturaleza jurídica del agente encubierto.....	10
2.3.1 Distinción de otras figuras.....	11
2.3.1.1 El agente provocador.....	11
2.3.1.2 La infiltración policial.....	11
2.3.1.3 El confidente.....	12
2.3.1.4 El arrepentido.....	13
2.4 Presupuestos para la actuación del agente encubierto.....	14
2.4.1 Presupuestos de carácter subjetivo.....	15
2.4.1.1 Sujetos activos de la medida.....	15
2.4.1.2 Destinatario de la medida.....	16
2.4.2 Presupuestos de carácter objetivo.....	16
2.4.2.1 Necesidad de autorización judicial.....	16
2.4.2.2 Identidad falsa y protección del agente encubierto.....	18
2.4.3 Duración de la medida.....	19
2.5 Garantías y límites de la actuación del agente encubierto.....	20
2.5.1 El principio de proporcionalidad.....	20
2.5.1.1 Presupuesto formal.....	21
2.5.1.2 Presupuesto material.....	22
2.5.1.3 Requisitos extrínsecos.....	22
2.5.1.3.1 Jurisdiccionalidad.....	22
2.5.1.3.2 Motivación.....	23
2.5.1.4 Requisitos intrínsecos.....	24
2.5.1.4.1 Principio de idoneidad.....	24
2.5.1.4.2 Principio de necesidad.....	24
2.5.1.4.3 Principio de proporcionalidad en sentido estricto.....	25
2.5.2 Responsabilidad del agente encubierto.....	25
2.5.2.1 Responsabilidad disciplinaria.....	25

2.5.2.2 Responsabilidad civil.....	26
2.5.2.3 Responsabilidad penal.....	27
2.5.3 Principio de especialidad.....	28
2.6 El delito provocado.....	28
3. EL AGENTE ENCUBIERTO INFORMÁTICO.....	31
3.1 Concepto de agente encubierto informático.....	31
3.2 La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal del año 2015.....	31
3.2.1 Presupuestos y características.....	32
3.2.1.1 Autorización judicial.....	34
3.2.1.2 Identidad supuesta.....	36
3.2.1.3 Duración.....	36
3.3 Ámbito de actuación.....	37
3.4 Validez de los resultados obtenidos por el agente encubierto informático....	38
4. CONCLUSIONES.....	39
5. BIBLIOGRAFÍA.....	42

1. INTRODUCCIÓN

El agente encubierto informático comporta una diligencia de investigación de aparición reciente en nuestro Derecho. Es una medida que aparece por primera vez en el año 2015 con la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECrim.).

Esta figura formó parte de un conjunto de medidas que el legislador consideró de necesaria introducción en nuestro Ordenamiento, con la finalidad de investigar nuevas formas de delincuencia que surgen como consecuencia de las nuevas tecnologías. Se trata de nuevos métodos de investigación destinados a descubrir delitos cometidos a través de nuevas tecnologías.

Entre estos nuevos métodos de investigación podemos destacar los registros de almacenamiento masivo de información, la captación y grabación de comunicaciones orales a través de dispositivos electrónicos, registros remotos sobre equipos informáticos, etc. Todos ellos regulados en la actual LECrim. (arts. 588 bis y ss.).

Con todas estas medidas son varios los derechos fundamentales que pueden verse afectados: el derecho a la protección de datos, derecho a la intimidad y la propia imagen, derecho al secreto de las comunicaciones, así como el derecho a la inviolabilidad del domicilio.

Por otro lado, debido a su reciente creación, es escasa la jurisprudencia que podemos encontrar.

Yo estudiaré la nueva figura del agente encubierto informático, como nueva modalidad de investigación que desarrolla la figura ya regulada en la LECrim. del agente encubierto ‘ordinario’.

2. EL AGENTE ENCUBIERTO

2.1 EL AGENTE ENCUBIERTO EN EL PROCESO PENAL

La *Ley Orgánica 5/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves*, introdujo en nuestro Ordenamiento Jurídico la figura del agente encubierto. Esta técnica permite la

infiltración de funcionarios de la policía judicial en organizaciones criminales para llevar a cabo una investigación de las mismas desde su interior.

Se encuentra previsto en el artículo 282 bis apartado 1º LECrim., el cual dispone: *‘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’*.

Por su parte, la Sala 2ª del Tribunal Supremo (en adelante, TS) ha descrito esta técnica en su sentencia 1140/2010, de 29 de diciembre, de la siguiente manera:

«El término undercover o agente encubierto, se utiliza para designar a los funcionarios de policía que actúan en la clandestinidad, con identidad supuesta y con la finalidad de reprimir o prevenir el delito.

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

Por tanto, las finalidades que persigue este agente son la averiguación y esclarecimiento de los hechos delictivos cometidos por los miembros de una concreta organización criminal, siendo ésta objeto de investigación en un proceso penal determinado; identificar a las personas que forman parte de la misma; y, además,

descubrir la forma en la que llevan a cabo sus operaciones, es decir, el '*modus operandi*'¹.

2.2 CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS DE ORGANIZACIÓN CRIMINAL.

En primer lugar, debido a que el agente encubierto se introduce exclusivamente en una organización criminal, debemos conocer el significado de la misma. Para ello podemos acudir tanto a la legislación como las descripciones realizadas por distintos autores. Incluso la jurisprudencia en varias de sus sentencias explica, a su parecer, que noción debemos tener al respecto.

En cuanto a la legislación, debemos acudir a la propia LECrim. En concreto, el agente encubierto se encuentra previsto en el artículo 282 bis apartado 4º. Es este precepto, introductor de la figura del agente encubierto, el cual expone lo que vendría a suponer para el legislador una organización criminal. Dicha ley lo define 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...*' (art. 282 bis 4). Por tanto, en el supuesto de que tres o más personas decidan unirse con la finalidad de cometer hechos que se encuentren tipificados en el Código penal (en adelante, CP), nos encontraríamos ante una auténtica organización criminal según la ley. Se exige que ello sea no de manera puntual o esporádica, sino de carácter duradero en el tiempo.

Por otro lado, debemos hacer mención a otro concepto afín a la organización criminal y que puede dar lugar a confusión: el *grupo criminal*. En un principio podría parecer que se trata de figuras idénticas, siendo posible hacer uso de una u otra indistintamente. Sin embargo, existen ciertos aspectos que nos permiten precisar y diferenciar ambos conceptos.

Respecto al grupo criminal, el TS en su sentencia 372/2018, de 19 de julio, resalta como rasgo diferenciador del mismo: '*la existencia de una pluralidad de sujetos, (en cualquier caso, más de dos) con concertados para la comisión de una pluralidad de*

¹ Zafra Espinosa de los Monteros, Rocío, *El policía infiltrado*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 16 y 65.

delitos...''. Por tanto, podemos destacar la gran importancia que otorga el TS a la existencia de varios sujetos para poder hablar de grupo criminal.

En la misma resolución el TS destaca la importancia de no confundir la organización criminal con el grupo criminal. Para aclarar esta cuestión, el TS hace referencia a los artículos 570 bis y 570 ter LECrim².

Si acudimos al CP vigente, este define a la organización criminal como *''la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos''*³. Una primera diferencia entre la LECrim. y el CP vendría a ser el número mínimo de personas que se requiere para poder considerar a dicha asociación o agrupación como organización criminal. Mientras la LECrim. exige, al menos, tres, el CP requiere sólo dos sujetos.

Volviendo a la terminología utilizada para definir ambos conceptos, tanto la LECrim. como el CP, establecen la necesidad en cuanto a la organización criminal de que la agrupación sea *''estable''* o *''permanente''*; mientras que, respecto al grupo criminal, no se realiza tal especificación.

En el ámbito europeo también podemos encontrar referencias al concepto de organización criminal. Núñez Castaño⁴ explica el perfecto encaje de la definición que realiza el artículo 570 bis del CP con la Decisión Marco 2008/841/JAI. Esta resolución define a la organización delictiva como: *''una asociación estructurada de más de dos personas, establecida durante un cierto período de tiempo y que actúa de manera concertada con el fin de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años o con una pena aún más severa, con el objetivo de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material''*⁵. Por tanto, y como bien destaca

² Ley 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, la cual resultó modificada por la Ley 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la LECrim. para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas.

³ Artículo 570 bis del CP, modificado por la Ley Orgánica 10/2015 por la cual se suprimieron las faltas, dando lugar a su desaparición en este precepto.

⁴ Núñez Castaño, M.^a Elena, *Los delitos de colaboración con organizaciones y grupos terroristas*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 95 y ss.

⁵ Artículo 1 de la Decisión Marco 2008/841/JAI, del Consejo de 24 de octubre relativa a la lucha contra la delincuencia organizada.

esta autora, hay varios aspectos característicos que expone la Decisión Marco que se diferencian de los expuestos por la LECrim. o el CP:

- La existencia de una estructura jerárquica. Con este aspecto, se hace alusión a la necesidad de que los miembros que actúan dentro de la organización ostenten un puesto distinto dentro de la misma. Por lo tanto, es necesario que dentro de la misma exista una persona que emita *‘las órdenes precisas que son obedecidas por los subordinados’*⁶.

- Necesidad de que como mínimo la asociación cuente con tres personas.

- *‘Estabilidad o permanencia en el tiempo’*⁷. Este aspecto hemos podido observarlo en la jurisprudencia del TS y en la legislación. No obstante, Núñez Castaño considera que es posible que la organización criminal tenga una duración limitada en el tiempo *‘pero que perduren un largo lapso de tiempo relevante’* y aun así esto sería un reflejo de del carácter permanente o estable de la misma.

Por su parte, la EUROPOL⁸ ha establecido una serie de criterios que nos permiten identificar cuando nos encontramos ante un supuesto de delincuencia organizada. Entre los principales criterios se establecen los que ya hemos visto anteriormente en este punto: concurrencia de más de 2 personas, actuación duradera, obtener un cierto beneficio o lucro de la misma, etc. Sin embargo, a su vez ha aprobado una serie de *indicadores secundarios y variables* tales como:

- *‘Reparto específico de tareas.*

- *Uso de algún tipo de disciplina o control interno.*

- *Operatividad a nivel internacional.*

- *Uso de violencia o de otros medios de intimidación.*

- *Blanqueo de capitales.*

- *Corrupción de autoridades públicas, medios de comunicación o empresas’*⁹

⁶ Núñez Castaño, *Los delitos de colaboración con organizaciones y grupos terroristas*, ob.cit., pág. 99.

⁷ Núñez Castaño, *Los delitos de colaboración con organizaciones y grupos terroristas*, ob.cit., pág. 102.

⁸ La Europol es una agencia de la Unión Europea que opera en materia policial.

⁹ González Tapia, M.^a Isabel, *‘La información sobre la delincuencia en España’* en *La criminalidad organizada*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pág.144.

2.3 NATURALEZA JURÍDICA DEL AGENTE ENCUBIERTO

El agente encubierto consiste en un método de investigación criminal en virtud del cual se produce la infiltración en una organización criminal de un miembro de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Algunos autores se han decantado por denominarla técnica de investigación oculta.

La primera ley que regula esta técnica en nuestro ordenamiento jurídico fue la *Ley Orgánica 5/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves*.

Por tanto, vemos que se trata de una investigación que es ejecutada por funcionarios de la policía judicial. Por ello, se encuentra recogida en el LIBRO II, TÍTULO III que la LECrim. dedica a la Policía Judicial. Para proceder a su ejecución es necesario proporcionar a ese agente una identidad falsa, ya que existe un riesgo racional que podría poner en peligro su propia vida.

Las diligencias de investigación son aquellas actuaciones que se llevan a cabo durante la fase de instrucción, y que persiguen:

- Averiguar si los hechos han tenido lugar.
- Si esos hechos tienen carácter delictivo. Es decir, si se encuentran tipificados en el CP.
- Identificar a los supuestos responsables de su comisión.
- Preparar el posterior juicio oral.

Por tanto, como diligencia de investigación, la técnica del agente encubierto se llevará a cabo durante la fase de instrucción o de sumario de un proceso penal ya incoado. Además, con su ejecución se podrían limitar ciertos derechos fundamentales de los investigados, configurándose, así como una medida de carácter coercitivo.

2.3.1 DISTINCIÓN DE OTRAS FIGURAS

El agente encubierto en la actualidad, puede ser confundido con otras figuras similares. Esto se debe a que realizan funciones y persiguen fines semejantes. Algunas de las figuras que distingue Zafra Espinosa de los Monteros¹⁰ son:

2.3.1.1 El agente provocador

El agente provocador es otra técnica de investigación prevista en nuestro Ordenamiento Jurídico. Para esta autora, el propio TS cae en el error de igualar la figura del agente encubierto a la del agente provocador.

El agente provocador, al igual que el agente encubierto, es un miembro de la Policía Judicial. No obstante, en cuanto al provocador, no se considera imprescindible que se trate de un miembro de la policía, ya que puede ser un sujeto no policial.

Respecto a su actuación, este sujeto provoca, como bien indica su denominación, que un sujeto o sujetos que tenían la intención de cometer un hecho delictivo, efectivamente lo lleven a cabo en ese momento. Ese delito tendría lugar de uno u otro modo, ya que las personas que lo cometen tenían la intención y la voluntad de ello desde un principio. El agente provocador no produce el deseo de delinquir, propicia que tenga lugar en ese momento en atención a los fines de la investigación.

Es importante no confundir el delito provocado con el agente provocador, ya que se trata de dos figuras opuestas. El delito provocado no es aquel cometido por el agente provocador, sino es aquel en el que incurre el agente cuando en el sujeto no existía intención alguna de cometer el hecho delictivo como podremos comprobar en el apartado 2.6.

Para Castellví Monserrat¹¹, agente provocador y agente encubierto pueden coincidir en una misma persona, pero también es posible que no sea así.

2.3.1.2 La infiltración policial

Según Zafra Espinosa, debemos distinguir la infiltración policial de lo que vendría a ser el agente encubierto. Según explica, *‘la infiltración policial, debemos configurarla*

¹⁰ Zafra Espinosa de los Monteros, *El policía infiltrado*, ob.cit., págs. 100-137.

¹¹ Castellví Monserrat, Carlos, *El delito provocado: límites y fundamentos*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pág.14.

como la técnica de investigación, mientras que el agente encubierto es el medio por el que se hace efectiva la infiltración policial''¹². Sin perjuicio de ello, no sería incorrecto hablar de infiltración policial para hacer referencia al agente encubierto, ya que, precisamente, esta autora utiliza uno u otro término para referirse a ello.

2.3.1.3 El confidente

El confidente es una fuente de información y, por tanto, un colaborador de la policía en el curso de una investigación penal. En este caso, no se requiere que el sujeto pertenezca a la organización criminal concreta que se está investigando. De este modo, puede ser cualquier particular que tenga información relativa a dicha organización siendo ajeno a la misma. O, por el contrario, puede tratarse de una persona que guarde cierta relación con la criminalidad objeto de la instrucción.

Además, el principal rasgo que nos permite diferenciarlo del agente encubierto y que deriva de lo mencionado anteriormente, es que el confidente en ningún caso será un miembro de la policía. Debe tratarse de un particular, perteneciendo normalmente a entornos relacionados con el crimen y la delincuencia. Incluso, como bien indica Zafra Espinosa, es posible que trabaje para la policía, pero nunca que pertenezca a ella.

Otro aspecto diferenciador entre ambos, es el ámbito de actuación. Mientras que el agente encubierto siempre se introducirá en la organización criminal para esclarecer hechos respecto a los cuales existe un proceso penal en curso, para el caso del confidente no será necesario.

En relación con la información proporcionada por el confidente, *''...en la práctica diaria, las declaraciones suministradas por ellos, no son suficientes para fundamentar una sentencia de condena, sino que habrá de ser complementadas con otras medidas de investigación.*''¹³ En virtud de ello, podemos entender que la declaración efectuada por un confidente en un proceso penal no será suficiente para desvirtuar una presunción de inocencia y fundamentar una sentencia de condena. No será suficiente prueba de cargo. De este modo, es necesario que otros medios de prueba practicados o aportados en el juicio oral, sirvan de apoyo a esa declaración del confidente.

¹² Zafra Espinosa de los Monteros, *El policía infiltrado*, ob.cit., págs. 67 y 68.

¹³ Zafra Espinosa de los Monteros, *El policía infiltrado*, ob.cit., pág. 134.

2.3.1.4 El arrepentido

El arrepentido es una figura similar al confidente. Se trata de una persona que forma parte de la organización criminal que está siendo objeto de una investigación criminal y decide proporcionar información a la justicia, colaborando con ella desde el seno de la organización. Esto puede ser bien de manera voluntaria o bien como una imposición por parte de los agentes de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado. Como consecuencia de dicha colaboración obtendrá *‘‘ciertos beneficios económicos y protección¹⁴’’*. Los beneficios tienen lugar como una manera de retribuir al delincuente por colaborar con la justicia y dar la espalda a su organización. Por su parte, la protección resulta evidente, ya que el resto de miembros de la organización podría atacar contra su vida o integridad física en caso de descubrir la actuación del arrepentido.

Podemos ver de este modo, que mientras que el confidente puede formar parte de la organización o ser ajeno a la misma, exclusivamente podrá ser arrepentido aquel que se encuentre integrado en la misma.

Por otro lado, en el CP se recogen algunas referencias a esta figura. La primera de ellas se manifiesta en el artículo 376, el cual prevé la posibilidad de que la pena impuesta al delincuente sea rebajada. Dicha rebaja puede ser en uno o dos grados. Es necesario, para que esto ocurra, que *‘‘el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y haya colaborado activamente con las autoridades o sus agentes bien para impedir la producción del delito, bien para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado’’* (en art. 376.1 CP). Vemos que este precepto no hace una referencia explícita al arrepentido. Sin embargo, por la descripción que realiza de aquellas personas que pueden sufrir una reducción en la pena que les es impuesta, se entiende implícitamente que se refiere al mismo.

El segundo de los artículos en los que aparece el arrepentido es el 570 quáter CP. La redacción de este precepto es bastante similar a la anterior. Se menciona el abandono voluntario por parte del sujeto, y una colaboración activa con las autoridades o sus agentes con la finalidad de obtener pruebas *‘‘decisivas’’* para poder capturar o identificar a

¹⁴ Zafra Espinosa de los Monteros, *El policía infiltrado*, ob.cit., pág. 115.

aquellos otros delincuentes que formasen parte de dicha organización o grupo. Lo único que añade este precepto y que no se encuentra en el anterior, es que debe llevarse a cabo ‘bien para evitar la perpetración de un delito que se tratara de cometer en el seno o a través de dichas organizaciones o grupos’.

2.4 PRESUPUESTOS PARA LA ACTUACIÓN DEL AGENTE ENCUBIERTO

La figura del agente encubierto no está prevista para cualquier tipo de delito. El legislador exige que para poder ser utilizada nos encontremos ante algunos de los delitos tipificados por el CP que recoge el artículo 282.4 bis de la LECrim. Por tanto, se trata de *numerus clausus*. Estos delitos son:

‘a) Delitos de obtención, tráfico ilícito de órganos humanos y trasplante de los mismos, previstos en el artículo 156 bis del Código Penal.

b) Delito de secuestro de personas previsto en los artículos 164 a 166 del Código Penal.

c) Delito de trata de seres humanos previsto en el artículo 177 bis del Código Penal.

d) Delitos relativos a la prostitución previstos en los artículos 187 a 189 del Código Penal.

e) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico previstos en los artículos 237, 243, 244, 248 y 301 del Código Penal.

f) Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial previstos en los artículos 270 a 277 del Código Penal.

g) Delitos contra los derechos de los trabajadores previstos en los artículos 312 y 313 del Código Penal.

h) Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros previstos en el artículo 318 bis del Código Penal.

i) Delitos de tráfico de especies de flora o fauna amenazada previstos en los artículos 332 y 334 del Código Penal.

j) *Delito de tráfico de material nuclear y radiactivo previsto en el artículo 345 del Código Penal.*

k) *Delitos contra la salud pública previstos en los artículos 368 a 373 del Código Penal.*

l) *Delitos de falsificación de moneda, previsto en el artículo 386 del Código Penal, y de falsificación de tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje, previsto en el artículo 399 bis del Código Penal.*

m) *Delito de tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos previsto en los artículos 566 a 568 del Código Penal.*

n) *Delitos de terrorismo previstos en los artículos 572 a 578 del Código Penal.*

o) *Delitos contra el patrimonio histórico previstos en el artículo 2.1.e de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando'' (art. 282 bis 4 LECrim.).*

Entre todos estos delitos, Benítez Ortíz¹⁵ considera al tráfico de personas con fines de explotación sexual uno de los más frecuentes en la práctica. Destaca, en especial, a las mujeres y niños como víctimas de esta conducta típica.

Dentro de los presupuestos podemos distinguir los de carácter subjetivo y los de carácter objetivo:

2.4.1 PRESUPUESTOS DE CARÁCTER SUBJETIVO.

En el aspecto subjetivo de esta medida, debemos determinar quiénes pueden proceder a su ejecución y quienes pueden ser destinatarios de la misma.

2.4.1.1 Sujetos activos de la medida

Como ya hemos mencionado, se trata de una diligencia que llevan a cabo los miembros de la policía judicial. Según el artículo 282 LECrim., *''la Policía Judicial tiene por objeto y será obligación de todos los que la componen, averiguar los delitos públicos que se cometieren en su territorio o demarcación; practicar, según sus atribuciones, las*

¹⁵ Benítez Ortíz, Ignacio F., *''Criminalidad organizada y ''trata de seres humanos'' con fines de explotación sexual'' en La criminalidad organizada, ob.cit., págs. 9 y ss.*

diligencias necesarias para comprobarlos y descubrir a los delincuentes, y recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición de la autoridad judicial''.

A diferencia de lo que se podría llegar a pensar, no es una obligación para los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado. Así lo indica el artículo 282 bis en su segundo apartado: *''Ningún funcionario de la Policía Judicial podrá ser obligado a actuar como agente encubierto''.*

Una cuestión que ha de plantearse es si este agente encubierto debe ser estrictamente un funcionario miembro de la policía. Respecto a ello, el TS ha declarado que el agente encubierto *''...ha de tratarse de un miembro de la policía judicial.''*¹⁶ Se prohíbe así, que un ciudadano que no pertenezca a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado actúe como agente encubierto

Otro aspecto a destacar es que *''deberá hacerse a través de unas unidades policiales altamente especializadas, dotadas de los recursos humanos y materiales, y con una formación actualizada sobre métodos y «modus operandi» que vayan surgiendo.''*¹⁷ Por tanto, la regla general es que deberán actuar como agentes encubiertos funcionarios de la policía judicial que pertenezcan a unidades que cuenten con un alto grado de especialización en materia de infiltración.

2.4.1.2 Destinatario de la medida

A estas alturas resulta evidente que el destinatario de esta técnica serán las organizaciones criminales, cuyo concepto y características ya han sido descritas en el apartado 2.2 del presente trabajo.

2.4.2 PRESUPUESTOS DE CARÁCTER OBJETIVO

2.4.2.1 Necesidad de autorización judicial

Para poder practicar esta medida de investigación es necesaria la obtención de una autorización judicial, la cual *''supone la intervención de distintos protagonistas''*¹⁸.

¹⁶ STS 2ª 395/2014, de 13 de mayo.

¹⁷ Zafra Espinosa de los Monteros, *El policía infiltrado*, ob.cit., pág. 238.

¹⁸ Villar Fuentes, Isabel M.ª, *''Reflexiones sobre el agente encubierto informático''* en *Proceso Penal: cuestiones fundamentales*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pág. 341.

Dicha autorización será dictada por el Juez de Instrucción competente (artículo 282 bis 1 LECrim.). Es evidente que será este juez ya que se trata de una diligencia que se lleva a cabo durante la fase de instrucción de un concreto proceso. De este modo podemos apreciar una de las características propias de las nuevas tecnologías: la jurisdiccionalidad.

Esta resolución que dicte el juez deberá estar fundada y razonada. Así lo manifiesta el TS, justificando la exigencia de una autorización judicial al verse afectados o restringidos derechos fundamentales con la adopción de esta técnica de investigación. Todo ello tiene como consecuencia, como ya veremos más adelante, por su misma naturaleza restrictiva de derechos fundamentales, la necesidad de respetar el principio de proporcionalidad. Para ello, la resolución que se dicte *“deberá estar motivada y ser precisa para el logro de los fines de la investigación en marcha”*¹⁹.

Sin embargo, es posible que la actuación que se deba llevar a cabo no implique la incidencia en ningún derecho fundamental. Esto se debe a que *“existirán diversos grados de infiltración conforme a la intensidad con la que el agente encubierto se relacione con los miembros de la organización”*²⁰. De ahí, la posibilidad de que existan excepciones a la nota de exclusividad jurisdiccional.

Por otro lado, es posible que el Ministerio Fiscal proceda a autorizar a los miembros de la Policía Judicial la práctica de esta medida por concurrir razones de urgencia. Sin embargo, el Ministerio Fiscal se encuentra obligado por ley a informar de ello al Juez de Instrucción competente inmediatamente (art. 282. bis 1 LECrim.). Una vez que el Juez competente ha sido informado de esta medida, deberá proceder a ratificar o revocar la misma.

Además, tanto el Ministerio Fiscal como el juez podrán incluir en la resolución a través de la que se autoriza esta medida *“la obtención de imágenes y la grabación de las conversaciones que se puedan mantener en los encuentros que hayan concertado entre el agente y el investigado, incluso cuando se desarrollen en el interior de un domicilio”*²¹.

¹⁹ STS 2ª 750/2019, de 13 de marzo.

²⁰ Zafra Espinosa de los Monteros, *El policía infiltrado*, ob.cit., pág. 322.

²¹ Rizo Gómez, Belén, “La infiltración policial en internet. A propósito de la regulación del agente encubierto informático en la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica” en *Justicia Penal y nuevas formas de delincuencia*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pág. 115.

Esto además se encuentra recogido en el artículo 282 bis, apartado 7 de la LECrim.

Cuando esto ocurra se afectará al derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio del artículo 18.2 CE. Esto se debe a que, a pesar de que el agente entrará en ese domicilio con el consentimiento del propietario, *“la entrada en el domicilio “invitada”, es una invitación viciada pues deriva del engaño...”*²². Este engaño tiene lugar como consecuencia de la identidad supuesta del agente. Es decir, el delincuente consiente que el funcionario entre en su domicilio bajo el convencimiento de que se trata de otra persona, no de un agente policial. Esto provoca la existencia de un vicio en dicho consentimiento.

Por su parte, con la obtención y grabación de imágenes el derecho fundamental que puede verse afectado será la intimidad y la propia imagen.

Por tanto, será necesario que el órgano jurisdiccional dicte una nueva resolución judicial en la cual autorice la entrada en dicho domicilio o en la que prevea la restricción de otros derechos fundamentales. Así lo dispone el artículo 282 bis 3 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”*.

2.4.2.2 Identidad falsa y protección del agente encubierto

Para poder infiltrarse en la organización criminal y obtener la información necesaria, se deberá proporcionar una identidad falsa o identidad supuesta al agente. Esta identidad es otorgada por el Ministro de Interior según establece el artículo 282 bis 1 LECrim.

Como es lógico, esta nueva identidad deberá figurar en la resolución en la que se autorice la práctica de esta medida, siendo *“reservada y deberá conservarse fuera de las actuaciones con la debida seguridad”* (art. 282 bis 1 LECrim.). La finalidad que se persigue con ello es la protección del propio agente, ya que no podemos olvidar que se encuentra investigando dentro de una organización criminal, lo que podría poner en peligro su vida e integridad física. Además, no sólo se le proporcionará un nuevo nombre y apellidos, sino también una nueva dirección domiciliaria, un nuevo número de teléfono, etc.

²² Villar Fuentes, en *Proceso Penal: cuestiones fundamentales*, ob.cit., pág. 347.

En muchos casos esa identidad supuesta que se otorga al agente se mantendrá una vez finalizada la medida. Esto tiene lugar cuando el agente deba testificar en el juicio oral que derive de dicha investigación. No obstante, es necesario que esto sea acordado mediante una nueva resolución judicial motivada (art. 282 bis 2 LECrim.).

En relación con la identidad supuesta debemos distinguir dos circunstancias:

- Por un lado, en caso de tratarse de infiltraciones conocidas como de *corta duración*, el funcionario de la policía judicial únicamente ‘*entra en contacto con la organización de manera esporádica y para concretas transacciones*’²³. Por lo tanto, es este caso no sería necesario que el Ministerio del Interior proporcionara toda una nueva identidad detallada y exhaustiva al agente para su protección. Sería suficiente con que se relacionara en esas transacciones concretas únicamente ocultando su verdadera identidad.

- En cuanto a las denominadas *infiltraciones de larga duración*, podemos considerar que estas sí requieren que se proporcione una identidad supuesta lo más completa posible, ya que, en estos casos, el agente procederá a infiltrarse en las organizaciones criminales de manera presencial y por un periodo de 6 meses o incluso por mayor tiempo en caso de prórroga.

2.4.3 DURACIÓN DE LA MEDIDA

Se trata de una diligencia de investigación que tiene un máximo de duración de seis meses, con posibilidad de que sean prorrogados por periodos iguales ‘*siempre que la investigación lo requiera justificadamente*’²⁴.

Por su parte, es necesario que el agente que esté llevando a cabo las actuaciones encubiertas informe de manera periódica de los resultados obtenidos durante la vigencia de la medida al órgano judicial (art. 282 bis 1). Es más, para el caso de que sea necesario realizar actos concretos que incidan en el ámbito de los derechos fundamentales, el juez deberá dictar una resolución que habilite a tal efecto (art. 282 bis 3 LECrim.).

De este modo, podemos concluir en relación con la duración de esta medida que, tendrá una duración de seis meses como máximo, con posibilidad de ampliación a mayor

²³ Zafra Espinosa de los Monteros, *El policía infiltrado*, ob.cit., pág. 69.

²⁴ STS 2ª 750/2019, del 13 de marzo.

tiempo en caso de que los resultados que obtenga el agente encubierto reflejen necesidad de ello.

2.5 GARANTÍAS Y LÍMITES DE LA ACTUACIÓN DEL AGENTE ENCUBIERTO

2.5.1 EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

El principio de proporcionalidad es un principio constitucional que debe estar presente a la hora de adoptar cualquier medida que afecte o restrinja un derecho fundamental. Otra de sus denominaciones puede ser el principio de prohibición de excesos.

La constitucionalidad de este principio se puede observar no sólo en el artículo 25 de la CE, sino en *“cada uno de los preceptos que establecen los límites del ejercicio de los derechos fundamentales”*²⁵.

La LECrim. lo recoge entre sus principios rectores en el artículo 588 bis a 5, estableciendo lo siguiente: *“Las medidas de investigación reguladas en este capítulo solo se reputarán proporcionadas cuando, tomadas en consideración todas las circunstancias del caso, el sacrificio de los derechos e intereses afectados no sea superior al beneficio que de su adopción resulte para el interés público y de terceros. Para la ponderación de los intereses en conflicto, la valoración del interés público se basará en la gravedad del hecho, su trascendencia social o el ámbito tecnológico de producción, la intensidad de los indicios existentes y la relevancia del resultado perseguido con la restricción del derecho”*.

Este principio es, por tanto, un mecanismo de control, un *“límite a la actuación arbitraria de los poderes públicos”*²⁶.

En relación con el agente encubierto el precepto 282 bis 5 LECrim. exige que este sujeto actúe conforme al principio de proporcionalidad, algo que se encuentra directamente relacionado con la responsabilidad penal del mismo. Este apartado dispone que: *“El agente encubierto estará exento de responsabilidad criminal por aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, siempre*

²⁵ Zafra Espinosa de los Monteros, *El policía infiltrado*, ob.cit., pág. 369.

²⁶ Zafra Espinosa de los Monteros, *El policía infiltrado*, ob.cit., pág. 370

que guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma y no constituyan una provocación al delito''.

Pero el agente encubierto como bien indica el artículo 282 bis LECrim., no sólo deberá actuar de manera proporcional a los fines de la investigación al comenzar esa investigación, sino que deberá mantenerla durante toda su intervención²⁷.

El principio de proporcionalidad encuentra su base en dos presupuestos: un presupuesto formal y otro material. A su vez, es necesario que concurran una serie de requisitos. Son los denominados requisitos intrínsecos y extrínsecos²⁸.

2.5.1.1 Presupuesto formal

Por un lado, tenemos el principio de legalidad, siendo este el presupuesto de carácter formal. Su existencia supone la necesidad de que *''toda medida restrictiva de derechos fundamentales se encuentre prevista por la ley''*²⁹. Esto se debe a que no podrá adoptarse cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales, sino únicamente aquellas que el legislador recoja expresamente en la ley. De este modo, se proporciona cierta seguridad jurídica, es decir, sabremos que únicamente se adoptará alguna de las medidas de las previstas en la ley. Así es posible prever cual será la actuación de los poderes públicos.

Además, por el hecho de implicar derechos fundamentales, aparece el carácter orgánico de esa ley legitimadora. Esto podemos ponerlo en relación con los preceptos 53.1 y 81 de la CE, los cuales reflejan la reserva de ley orgánica en materia de derechos fundamentales.

En relación con el agente encubierto la ley que introduce la posibilidad de infiltración de la policía judicial tiene carácter orgánico siendo la *Ley Orgánica 5/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves*.

²⁷ Zafra Espinosa de los Monteros, *El policía infiltrado*, ob.cit., pág. 371.

²⁸ Zafra Espinosa de los Monteros, *El policía infiltrado*, ob.cit., pág. 372.

²⁹ González-Cuéllar Serrano, Nicolás, *''Principio de Proporcionalidad''*, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, 1997, pág. 193. (Extraído de la página web de la Universidad de Castilla-La Mancha).

En la actualidad, la figura del agente encubierto y agente encubierto informático se encuentra expresamente previsto en la LECrim. en el artículo 282 bis y 282 bis 4, respectivamente. Por tanto, cumplen con el presupuesto de la previsión legal.

2.5.1.2 Presupuesto material

El presupuesto material viene constituido por el denominado principio de justificación teleológica. Este principio implica que, esos derechos fundamentales, se encuentren limitados con el objetivo de alcanzar fines legítimos. Por lo tanto, la finalidad de esta medida ha de ser *“tutelar bienes constitucionalmente protegibles y socialmente relevantes”*³⁰.

Un ejemplo de este principio lo podemos encontrar en la sentencia del TC , la cual, a pesar de hablar de la prisión provisional, dispone en relación con el principio de justificación teleológica: *“la necesidad de que exista un fin constitucionalmente legítimo, que justifique la medida de prisión provisional, que ese fin se exprese en la resolución que la acuerda y que, junto a la gravedad de la pena que pudiera llegar a imponerse, se examinen, en el juicio de proporcionalidad que requiere la adopción de la medida, las circunstancias particulares del hecho y del presunto autor del mismo”*.

En cuanto a los requisitos, como ya hemos adelantado anteriormente podemos dividirlos en dos clases:

2.5.1.3 Requisitos extrínsecos

2.5.1.3.1 Jurisdiccionalidad

La jurisdiccionalidad hace referencia a la nota característica de todas aquellas medidas restrictivas de derechos fundamentales, la exclusividad jurisdiccional. Si bien es cierto que en algunas medidas pueden establecerse ciertas excepciones, finalmente en todas ellas, para que sea válida, deberá haber una resolución dictada por el Juez de Instrucción competente en la cual autorice la ejecución de la misma, o que ratifique aquella que ya haya tenido lugar por razones de urgencia por autorización del Ministerio Fiscal.

³⁰ González-Cuéllar Serrano en *Cuadernos de Derecho Público*, ob.cit., pág. 195.

Pues bien, esto es igualmente aplicable a la figura del agente encubierto. Para que esta medida resulte proporcional, es necesario que se aprecie la garantía de la jurisdiccionalidad.

Otra de las razones por las cuales es el órgano judicial el único legitimado para poder adoptar medidas restrictivas de derechos fundamentales, es precisamente porque la CE les otorga la función de *‘garantizar de forma inmediata la eficacia de dichos derechos y, por ello, queda sometida en todo caso a su juicio la decisión sobre la proporcionalidad de las medidas limitativas...’*³¹. Así, es lógico que sean los jueces los encargados de autorizar en cada caso concreto la posibilidad de que los derechos fundamentales de los ciudadanos puedan verse restringidos.

Esa resolución judicial por la cual el funcionario de la policía judicial actúe como agente encubierto adoptará la forma de auto.

2.5.1.3.2 Motivación

En virtud del principio de proporcionalidad la resolución judicial a través de la cual el Juez de Instrucción autoriza la actuación del agente encubierto deberá estar debidamente motivada. Al igual que la característica de la jurisdiccionalidad el fundamento de la motivación se encuentra en la incidencia de la medida en los derechos fundamentales. Para ello, el juez deberá explicar en un auto, de manera detallada y exhaustiva, que elementos tanto fácticos como jurídicos concurren y que reflejan la necesidad de adopción de esta medida³².

Por tanto, se precisa que el juez plasme en la resolución habilitante la valoración que le ha llevado a considerar que no existe otra alternativa con la misma eficacia y que resulte menos gravosa para el derecho fundamental que puede verse afectado.

De este modo, vemos que la motivación supone la justificación por parte del órgano judicial de la concurrencia de todos los presupuestos y requisitos, cuya explicación se realiza en el presente apartado.

³¹ González-Cuéllar Serrano en *Cuadernos de Derecho Público*, ob.cit., pág. 197.

³² Vallés Causada, Luis M, ‘Utilidad de los datos conservados de las comunicaciones electrónicas para la resolución de emergencias’ en *La nueva reforma procesal penal: derechos fundamentales e innovaciones tecnológicas*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 60.

2.5.1.4 Requisitos intrínsecos

2.5.1.4.1 Principio de idoneidad

La idoneidad implica que la medida que sea acordada por la autoridad judicial deberá ser apta y adecuada para la consecución del fin que se persigue con su adopción. De este modo, se *“exige una relación de causalidad entre la medida acordada y la finalidad deseada”*³³.

Una explicación que realiza al respecto Zafra Espinosa de los Monteros de este requisito es la siguiente: *“El principio de idoneidad de un medio de investigación se alcanza cuando sea previsible la consecución del fin (adecuación cualitativa); cuando su intensidad en relación con el fin perseguido, sea tolerada por el Estado (adecuación cuantitativa) y que esté individualizada”*³⁴.

No se exige, pues, que la medida permita de manera absoluta la consecución del fin perseguido, sin ningún tipo de error. Bastará simplemente con su aptitud para ello, independientemente de que posteriormente se alcance o no dicha finalidad.

Por tanto, si ponemos esto en relación con el agente encubierto, podemos comprobar que, el juez, para acordar la infiltración, deberá considerar que existen indicios de que, adoptando esta medida, se podrán obtener datos de gran relevancia para el esclarecimiento de los hechos y la identificación de las personas que forman parte de la organización criminal.

2.5.1.4.2 Principio de necesidad

La necesidad implica realizar una valoración de todas las posibles medidas a adoptar y que, de todas ellas, la que finalmente se acuerde debe ser la menos gravosa para los derechos fundamentales. Todas esas medidas que se han de tomar en consideración a la hora de realizar la valoración jurídica, tienen como común denominador el ser igualmente aptas para alcanzar el fin perseguido. Es decir, todas ellas son idóneas.

Algo que se encuentra vinculado con el principio de intervención mínima.

Sin embargo, para el caso de que las medidas que resulten menos gravosas para los derechos fundamentales pero que no sean idóneas para alcanzar la finalidad

³³ Zafra Espinosa de los Monteros, *El policía infiltrado*, ob.cit., pág. 380.

³⁴ Zafra Espinosa de los Monteros, *El policía infiltrado*, ob.cit., pág. 380.

perseguida, el órgano judicial deberá apreciar la necesidad de optar por una más lesiva para estos derechos. Esto supone que, de todas las posibles medidas a adoptar, sea la más gravosa para el derecho fundamental la única capaz de cumplir con el objetivo que se persigue.

2.5.1.4.3 Principio de proporcionalidad en sentido estricto

La proporcionalidad en sentido estricto implica, tras una ponderación de intereses que al llevarse a cabo esta medida resulten mayores ventajas para el interés público que perjuicios al derecho fundamental afectado.

En el caso del agente encubierto lo que debemos ponderar será, por un lado, *“el interés de represión y prevención de las organizaciones criminales —lo que conlleva a garantizar la paz social e integridad de los ciudadanos— y por el otro los derechos fundamentales de las personas objeto de investigación”*³⁵.

2.5.2 RESPONSABILIDAD DEL AGENTE ENCUBIERTO

Resulta evidente que el agente para poder pasar desapercibido dentro de la organización criminal deberá llevar a cabo actuaciones ilícitas, que eviten que los miembros de la misma que estén siendo investigados puedan sospechar del mismo. En este sentido, el funcionario de la Policía Judicial infiltrado estará exento de responsabilidad criminal por las actuaciones llevadas a cabo en el seno de la organización.

No obstante, como límite a ello, es necesario que esa actuación sea proporcional a los fines perseguidos con la infiltración. Para el caso de una extralimitación en su función, pasaría a haber actuado de manera ilícita.

Por tanto, la actuación del agente encubierto podrá dar lugar a tres tipos de responsabilidad: disciplinaria, civil y penal.

2.5.2.1 Responsabilidad Disciplinaria

Este tipo de responsabilidad tiene su propia regulación al ser miembros de la Policía Judicial, en la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

³⁵ Zafra Espinosa de los Monteros, *El policía infiltrado*, ob.cit., pág. 384.

Pues bien, los artículos que esta Ley dedicaba a regular la responsabilidad de los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado han sido derogados, y ahora se regula en la *Ley Orgánica 4/2010, de 20 de mayo, del Régimen disciplinario del Cuerpo Nacional de Policía*.

Esta LO reconoce la posibilidad de exigir la responsabilidad disciplinaria, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal. Por tanto, al agente encubierto se le podrá exigir responsabilidad en tres ámbitos diferentes³⁶

Para poder apreciar responsabilidad disciplinaria se requiere que el agente encubierto se hubiera extralimitado en su actuación con consciencia y voluntad de ello. De este modo, *‘si en el caso en que la acción ilícita llevada a cabo por el agente encubierto sea proporcional y necesaria para la finalidad de la investigación, no se da la existencia de dolo...’*³⁷.

Las sanciones que le pueden ser impuestas varían desde la separación del servicio hasta el simple apercibiendo, según el artículo 10 de LO 4/2010.

2.5.2.2 Responsabilidad Civil

El agente encubierto deberá responder de todos aquellos daños y perjuicios que ocasione durante la infiltración policial, siempre y cuando no haya actuado conforme a las indicaciones del artículo 282 bis LECrim. Por tanto, *‘cuando el agente encubierto, haya realizado actuaciones ilícitas que no puedan quedar amparadas por la causa de justificación prevista en la LECrim ni el en Código Penal, el agente encubierto responderá penal, y civilmente frente al Estado y terceros perjudicados respectivamente’*³⁸.

Como ocurre en cualquier supuesto en que un funcionario o empleado público produzca un daño, debe hacer frente a la responsabilidad civil, pero, si no cumple con ello, deberá responder el Estado, de manera subsidiaria, sin perjuicio de su derecho de repetición contra el mismo. Esto se debe a que estas terceras personas que han quedado afectadas con la actuación de funcionarios del Estado no pueden verse desprotegidos, y quedar sus pretensiones insatisfechas.

³⁶ Artículo 3 LO 4/2010, de 20 de mayo, del Régimen Disciplinario del Cuerpo Nacional de Policía.

³⁷ Zafra Espinosa de los Monteros, *El policía infiltrado*, ob.cit., pág. 419.

³⁸ Zafra Espinosa de los Monteros, *El policía infiltrado*, ob.cit., pág. 420.

2.5.2.3 Responsabilidad Penal

La responsabilidad penal que haya podido generar el agente encubierto durante el desempeño de su función, se encuentra estrechamente vinculada al principio de proporcionalidad. Es decir, el agente deberá actuar siempre de manera proporcionada a los fines perseguidos por la investigación, en caso contrario se extralimitaría y debería responder penalmente de sus actos.

Esta responsabilidad se deberá decidir en un proceso penal independiente a aquel en el que se ha acordado la investigación y la infiltración del mismo en la organización criminal³⁹.

‘Establece la LECrim, en el artículo 282.bis 5 LECrim, que para proceder penalmente contra la persona que actúa como agente encubierto, es necesario que el juez encargado de la instrucción, que será un órgano diferente del que adoptó la infiltración policial, requiera informe relativo a las actuaciones realizadas a los fines de la investigación a quien autorizó la identidad supuesta’⁴⁰.

Por tanto, habrá un proceso penal distinto para determinar si existe responsabilidad penal o no por parte del mismo.

Deberá elaborarse un informe lo más detallado posible en que se recojan todas y cada una de las actuaciones que haya llevado a cabo el funcionario. Una vez valorado ese informe por parte del juez competente, resolverá si la actuación del agente *‘está amparada o no por la causa de justificación prevista en el artículo 282 bis 5 LECrim o cualquiera de las otras previstas en el Código Penal’⁴¹.*

Por tanto, vemos que es un informe que tiene carácter obligatorio y que su elaboración previa es imprescindible para, posteriormente, atribuir la responsabilidad correspondiente al funcionario infiltrado.

En virtud del principio de economía procesal, al igual que ocurre en cualquier otro proceso penal, es posible la acumulación de la pretensión penal a la pretensión civil en el caso del agente encubierto. Esto deriva de la redacción del artículo 100 LECrim. el cual expresa que *«de todo delito o falta nace acción penal para el castigo del culpable, y*

³⁹ Zafra Espinosa de los Monteros, *El policía infiltrado*, ob.cit., pág. 424.

⁴⁰ Zafra Espinosa de los Monteros, *El policía infiltrado*, ob.cit., pág. 424.

⁴¹ Zafra Espinosa de los Monteros, *El policía infiltrado*, ob.cit., pág. 425.

puede nacer también acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible».

2.5.3 PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD

Otro principio que se encuentra vinculado con la actividad del agente encubierto es el principio de especialidad. El reflejo de este principio se puede encontrar en el artículo 588 ter a) LECrim. cuando establece que esta medida únicamente podrá acordarse *“cuando la investigación tenga por objeto alguno de los delitos a que se refiere el artículo 579.1 de esta ley o delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o servicio de comunicación”*. De este modo, vemos que la figura del agente encubierto no podrá utilizarse a la hora de investigar cualquier tipo de delito, sino que única y exclusivamente para determinados delitos, ya señalados.

2.6 EL DELITO PROVOCADO

El delito provocado es uno de los límites a la actuación del agente encubierto. Una vez que un funcionario de la policía incurre en un delito provocado, deja de estar exento de responsabilidad criminal, y deberá responder por los actos cometidos.

La STS 2ª, de 26 de noviembre de 2018 ha establecido una serie de características que nos permite identificar a esta figura. En primer lugar, hace referencia a la *‘existencia de ánimo delictivo propio de los autores’*. Para poder apreciar un delito provocado es necesario que los sujetos que llevan a cabo el hecho delictivo no tengan intención inicial de cometerlo. Es decir, debe haber ausencia de *ánimus delinquendi* por parte de los autores.

En segundo lugar, observa dicha sentencia que la *‘actividad policía es meramente investigadora’*. Es necesario que los agentes que llevan a cabo la función encubierta únicamente se encuentren realizando labores de investigación. Como bien indica el TS: *"no hay pues, en este caso, como en otros análogos, provocación propiamente dicha, para la comisión de un delito, sino actividad encaminada a descubrir una infracción penal cometida o que se está cometiendo, actuación esta última que pertenece a las*

medidas de prevención y represión de hecho, constitutivos de delito de tanta gravedad y trascendencia como lo son los que hacen referencia al tráfico de drogas de tan importante incidencia en la salud mental y física de las personas, y especialmente de los jóvenes".

Como tercer requisito establece la sentencia que *'la conducta del agente es consecuencial a la conducta de los investigados'*.

Resalta, como cuarto requisito, la necesidad de no confundir la investigación que realiza el agente encubierto con generar en el sujeto la comisión del delito habiendo una *'intención delictiva preexistente'*.

Para poder apreciar la existencia de un delito provocado el agente debe haber incitado al sujeto con *'actos manifiestos y claros'*. Respecto a ello, en otra sentencia el TS reitera *'...si la ejecución del mismo da comienzo sólo a partir de la intervención del funcionario o agente provocador, pudiendo llegar a afirmarse con seguridad que de no haberse producido tal intervención provocativa el delito no se hubiera llegado a cometer, al menos en las circunstancias concretas en las que el mismo se produjo, sí que deviene procedente la calificación, como "delito provocado..."⁴².*

Otro de los requisitos que menciona el TS es que *'la labor del agente infiltrado no pretende la comisión del delito'*. En relación con lo expuesto anteriormente, el miembro de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado no se introduce en la organización criminal con la finalidad de que sus integrantes comentan hechos delictivos. Por ello, desde el momento en que esto ocurra, se estarían sobrepasando los límites de la legalidad y la proporcionalidad, y se trataría de un delito provocado.

Como otro requisito cabe señalar que *'el dolo en el autor o autores ya existe antes de la designación del agente encubierto'*. Es totalmente imprescindible, que aquellos delincuentes que estén siendo investigados, tuvieran la intención y la voluntad de cometer el delito. De este modo, cuando el agente encubierto comienza a desempeñar su función, ya había *dolo* en los miembros de la organización, ya pretendían llevar a cabo el hecho delictivo.

⁴² STS 2ª 690/2010, de 1 de julio.

Además, se requiere que ‘*la actuación policial será lícita mientras permita la evolución libre de la voluntad del sujeto y no suponga una inducción a cometer el delito, y tal circunstancia no consta en modo alguno en los hechos probados*’.

En esta misma resolución, en los fundamentos de derechos, se exponen una serie de elementos que integran el delito provocado, como son:

1 Un elemento objetivo/teleológico. La actuación que lleva a cabo el agente tiene como finalidad obtener una respuesta por parte del sujeto de tal manera que se pueda proceder a su detención. De este modo, podemos decir que el objeto del delito provocado es la incitación a cometer el hecho delictivo.

2 Un elemento subjetivo: el funcionario genera en el sujeto la intención de cometer el delito. El TS habla de provocar en el autor del delito un ‘*dolo de delinquir*’.

3 Finalmente, nos encontramos con un elemento material: según el TS este elemento se integra por ‘*la ausencia de riesgo o puesta en peligro para el bien jurídico protegido, porque la operación, desde su ideación, está bajo el control policial*’.

Como manifiesta Castellví Monserrat: ‘*Aunque los requisitos objetivo teleológico y material del delito provocado se corresponden perfectamente con dos de las notas características del concepto estricto de agente provocador, no ocurre lo mismo con el requisito subjetivo. El elemento subjetivo del delito provocado exige expresamente que se lleve a cabo una incitación dirigida a quien no está decidido a delinquir. En cambio, la mayor parte de la doctrina se conforma con que la actuación del agente provocador simplemente promueva o facilite la conducta delictiva del sujeto provocado. Es decir, la conducta del agente provocador no necesariamente debe consistir en instigar a la comisión de un hecho delictivo a quien no pretendía previamente cometerlo, sino que puede consistir en facilitar el desarrollo de un delito planteado por otra persona*’⁴³.

⁴³ Castellví Monserrat, *El delito provocado: límites y fundamentos*, ob.cit., pág. 14.

3. EL AGENTE ENCUBIERTO INFORMÁTICO

3.1 CONCEPTO DE AGENTE ENCUBIERTO INFORMÁTICO

El agente encubierto informático es una medida de investigación que surge con la reforma de la LECrim. que realiza la LO 13/2015.

En la actualidad los grandes avances y descubrimientos tecnológicos han aportado al ámbito de la investigación criminal nuevas técnicas para la averiguación de los delitos y la identificación de las personas que participan en los mismos. El agente informático es una modalidad de agente encubierto, pero, al contrario del carácter presencial de este último, se llevará a cabo a través de canales cerrados de la comunicación como veremos más adelante.

Se encuentra expresamente recogido en el artículo 282 bis apartado sexto LECrim.: *'' El juez de instrucción podrá autorizar a funcionarios de la Policía Judicial para actuar bajo identidad supuesta en comunicaciones mantenidas en canales cerrados de comunicación con el fin de esclarecer alguno de los delitos a los que se refiere el apartado 4 de este artículo o cualquier delito de los previstos en el artículo 588 ter a.*

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

Por tanto, ya vemos que se trata de una figura que cumple con el principio de previsión normativa.

3.2 LA REFORMA DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL DEL AÑO 2015

La figura del agente encubierto informático aparece por primera vez en nuestro Ordenamiento Jurídico con la reforma que introdujo la Ley 13/2015⁴⁴ de LECrim.

⁴⁴ Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la LECrim para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica.

Una de las finalidades más importante que perseguía esta LO era actualizar la LECrim. para luchar contra la delincuencia tecnológica actual.

De este modo, se establecieron los principios comunes a todas las nuevas medidas de investigación que fueron introducidas: principio de idoneidad, principio de especialidad, principio de proporcionalidad y principio de necesidad, entre otros.

Estos nuevos métodos tecnológicos que fueron puestos a disposición de las autoridades para el descubrimiento y averiguación de hechos delictivos, se recogen en los artículos 588 bis. a y siguiente de dicha Ley. Estos son:

- Registros remotos sobre equipos informáticos (art. 588 septies y ss).
- Registros de almacenamiento masivo de información (art. 588 sexies y ss).
- Utilización de dispositivos técnicos para la captación de imagen, localización y seguimiento (art. 588 quinquies y ss).
- Captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos (art. 588 quater y ss).

Y, finalmente, el que queremos resaltar y que será objeto de estudio en el presente trabajo: el agente encubierto informático plasmado en el artículo 282 bis 4 LECrim.

3.2.1 PRESUPUESTOS Y CARACTERÍSTICAS

Tanto en la figura del agente encubierto como en la del agente encubierto informático se exige que la introducción en la organización criminal tenga un carácter totalmente voluntario. Es decir, bajo ninguna circunstancia podrá obligarse a un funcionario de la Policía Judicial llevar a cabo esta medida. Normalmente ese funcionario formará parte bien del Grupo de Delitos Telemáticos de la Guardia Civil, bien de la Brigada de Investigación Tecnológica de la Policía Nacional. No obstante, a juicio de Rizo Gómez, es posible que, en función de las circunstancias del caso concreto, *‘la infiltración de un funcionario de la policía judicial que no pertenezca a estas unidades’*⁴⁵.

En cuanto a quienes podrán llevar a cabo esta medida, únicamente es posible su ejecución por funcionarios de la policía judicial. De este modo, *‘podrán infiltrarse los*

⁴⁵ Rizo Gómez en *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia*, ob.cit., pág. 108.

*miembros de la Policía Nacional, de la Guardia Civil y los agentes de las policías autonómicas que ostenten competencias de policía judicial. Se excluyen de este ámbito los agentes de los servicios de inteligencia, con excepción de los miembros del Centro Nacional de Inteligencia; los agentes de policía local o municipal y los del servicio de vigilancia aduanera*⁴⁶. Entendemos así que deberá tratarse exclusivamente de un miembro de la policía judicial, por lo que se prohíbe la posibilidad de que sea un particular quien la lleve a cabo. Esto es algo que ocurre también con la modalidad ordinaria del agente encubierto prevista en el artículo 282 bis 1 LECrim.

Otra característica que comparte con la modalidad ordinaria, es la absoluta voluntariedad de la infiltración. Es decir, el funcionario que se infiltre a través de internet para la investigación de hechos delictivos, deberá proceder a ello por deseo propio, sin que en ningún caso se le pueda obligar a ello. Cabría pensar que, como no es necesario que se infiltre físicamente no corre cierto peligro. No obstante, estará tratando con criminales, por lo tanto, siempre habrá un cierto grado de peligrosidad.

Algunos autores hacen referencia a las condiciones que debe reunir el AEI⁴⁷. Entre ellas se destacan *‘los altos conocimientos de informática y, por consiguiente, de internet y una importante fortaleza psíquica, contando con ayuda psicológica para el caso de que sea necesario. Se ha de destacar en este estadio que el grado de formación y de preparación del agente encubierto resulta crucial para la tarea que tiene cometida resulte exitosa’*⁴⁸. Con ello vemos que, como ocurre con el agente ordinario, debe tratarse de policías que pertenezcan a grupos o unidades de la misma que estén capacitados y especializados. Sin embargo, es posible que, atendiendo a las circunstancias del caso concreto, el juez autorice que la infiltración sea realizada por un funcionario que no forme parte de los mismos.

Por su parte, únicamente podrá autorizarse la figura del agente encubierto informático para los delitos contenidos en el artículo 282 bis 4 LECrim. al igual que ocurre con el agente encubierto ordinario. Así, vemos que ambos comparten el mismo *‘ámbito objetivo de actuación’*⁴⁹. No obstante, en el caso del agente informático

⁴⁶ Rizo Gómez en *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia*, ob.cit., pág. 107.

⁴⁷ AEI: Agente encubierto informático

⁴⁸ Rizo Gómez en *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia*, ob.cit., pág. 108.

⁴⁹ Rizo Gómez en *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia*, ob.cit., pág. 112.

debemos añadir las previsiones del artículo 588 ter a) de la LECrim., como bien expresa el artículo 282 bis 6.

El precepto 588 ter a) LECrim. establece que: *‘La autorización para la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas solo podrá ser concedida cuando la investigación tenga por objeto alguno de los delitos a que se refiere el artículo 579.1 de esta ley o delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o servicio de comunicación’*. Los delitos a los que hace referencia este artículo 579.1. 1º, 2º y 3º son delitos dolosos castigados con penas privativas de libertad superiores a tres años, delitos cometidos en el seno de grupos u organizaciones criminales y delitos de terrorismo.

3.2.1.1 Autorización judicial

Con base en la nota de jurisdiccionalidad se exige que sea el Juez de Instrucción competente quien dicte la resolución en la cual se autorizará a que el agente se introduzca en los canales de la comunicación con una identidad supuesta. A diferencia de lo que ocurre con el agente encubierto ‘ordinario’, en este caso no cabe la posibilidad de que esta medida sea autorizada por el Ministerio Fiscal. Esto se debe a que se trata de una figura que resulta por sí misma restrictiva de derechos fundamentales.

Es posible que el agente informático complemente su actividad procediendo a la grabación de comunicaciones y/o la obtención de imágenes, tal y como ocurre con el agente ordinario. Para ello, es necesario que el Juez de Instrucción competente dicte una nueva resolución en la que autorice esta ampliación de la medida. *‘Si en el desarrollo de una investigación concreta se precisan de estas actuaciones adicionales, el agente en cuestión deberá solicitar la oportuna autorización judicial, siendo el órgano judicial competente el que valorará la viabilidad de la medida de conformidad con la idoneidad, proporcionalidad y necesidad de la misma’*⁵⁰ (según establece el art. 282 bis 7 LECrim.).

Dicha ampliación puede tener lugar como consecuencia de posibles encuentros que puedan tener lugar entre el agente informático y la/s persona/s que se encuentre investigando a través de internet, ya tengan lugar en la vía pública o en un domicilio privado, ya sea por internet. Para el caso de que efectivamente se llevara a cabo la ampliación de la medida acordando un encuentro en un domicilio, sería el derecho

⁵⁰ Rizo Gómez en *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia*, ob.cit., pág. 115.

fundamental a la inviolabilidad del domicilio del artículo 18.2 CE el cual se vería afectado.

Por eso, una vez más cabe reiterar que es necesaria una nueva resolución habilitante dictada por el Juez de Instrucción competente⁵¹.

Uno de los aspectos más importantes de esta autorización será el respeto y observancia del principio de proporcionalidad, para poder restringir válidamente todos los referidos derechos fundamentales.

Respecto a ello, el TS dispone que: *“El segundo aspecto a tener en cuenta, es la necesidad de que medie una autorización judicial. Ello se debe a que nos encontramos de nuevo ante una figura que, a través de su actuación, puede afectar a derechos fundamentales, tales como el derecho a la intimidad, a la inviolabilidad del domicilio o al secreto de las comunicaciones. La limitación de estos derechos fundamentales, llevada a cabo por la autoridad pública, debe obedecer a un fin legítimo, ser proporcional y estar amparada legalmente, lo cual es previsto por el legislador a través de esta exigencia de autorización judicial previa, autorización que debe estar motivada y ser precisa para el logro de los fines de la investigación en marcha. Los agentes de policía de esta manera se verán autorizados "a actuar bajo supuesta y a adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos" ex art. 282 bis 1 LECrim. Esta identidad supuesta tiene una duración máxima definida en un plazo de seis meses, con posibilidad de ser prorrogados por periodos de igual duración, siempre que la investigación lo requiera justificadamente”*⁵².

Para llevar a cabo su actuación resulta evidente que el agente encubierto deberá actuar del mismo modo que las personas que se encuentra investigando, para evitar ser descubierto o que desconfíen del mismo y que sea omitido del canal de comunicación. En virtud de ello, *“el agente encubierto informático, con autorización específica para ello, podrá intercambiar o enviar por sí mismo archivos ilícitos por razón de su contenido y analizar los resultados de los algoritmos aplicados para la identificación de dichos archivos ilícitos”*⁵³.

⁵¹ Rizo Gómez en *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia*, ob.cit., pág. 115.

⁵² STS 2ª 750/2019, de 13 de marzo.

⁵³ Recogido en el artículo 282 bis 6 LECrim.

Además del intercambio de archivos ilícitos, el agente deberá *“analizar los algoritmos asociados a dichos archivos ilícitos”*⁵⁴. Un algoritmo consiste en un conjunto de acciones a seguir, las cuales nos permiten lograr un fin determinado⁵⁵. Es decir, aquellas operaciones que ayudarán al agente informático a localizar archivos en la red.

Por tanto, el juez deberá autorizar mediante resolución judicial que el AEI lleve a cabo este tipo de prácticas.

3.2.1.2 Identidad supuesta

Como ocurre con el agente encubierto, es necesario para garantizar la seguridad y protección del funcionario que lleve a cabo esta medida, que le sea proporcionada una identidad falsa o identidad supuesta. Esta nueva identidad que ostenta el AEI propiciará *“una relación de confianza que será la que le permita cumplir los objetivos antes señalados”*⁵⁶.

No obstante, Rizo Gómez considera que, debido a que no se trata de una infiltración presencial sino a través de internet, no se requiere que sea tan exhaustiva y detallada como puede ser la del simple agente encubierto⁵⁷.

3.2.1.3 Duración

El plazo de duración de esta diligencia de investigación se encuentra prevista en el artículo 282 bis LECrim. Este precepto establece que el agente policial podrá mantener su actividad encubierta a través de los canales cerrados de la comunicación por un periodo máximo de seis meses.

Sin perjuicio de ello, es posible que se acuerden prórrogas por periodos iguales en función de los avances y resultados obtenidos en la investigación.

Por ello, como en la mayoría de este tipo de medidas de investigación en las que funcionarios de la policía judicial inciden en el ámbito de los derechos fundamentales, se requiere que cada cierto tiempo el Juez que hubiera acordado la medida reciba información sobre la evolución de la misma.

⁵⁴ Montero Aroca, Juan, *Derecho Jurisdiccional III: Proceso Penal*. Tirant Lo Blanch, 26ª edición, pág.193.

⁵⁵ Extraído de la página web “Blog de José Facchin”. <https://josefacchin.com/que-es-un-algoritmo-busqueda>

⁵⁶ Rizo Gómez en *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia*, ob.cit., pág. 102.

⁵⁷ Rizo Gómez en *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia*, ob.cit., pág. 109.

3.3 ÁMBITO DE ACTUACIÓN

En cuanto al ámbito de actuación el agente encubierto informático actuará por medio de los canales de comunicación. Así lo dispone el artículo 282 LECrim.: *“actuar bajo identidad supuesta en comunicaciones mantenidas en canales cerrados de comunicación”*.

Respecto al ámbito de actuación, el TS ha establecido que: *“En primer lugar, en lo que respecta al posible ámbito de actuación del agente encubierto debemos partir de que, ya desde el apartado 1 del art. 282 bis LECrim, se establece como requisito que nos encontremos ante "investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada". Además, el apartado 4 se encarga de establecer qué debemos entender por delincuencia organizada, disponiendo que "a los efectos señalados en el apartado 1 de este artículo, se considerará como delincuencia organizada la asociación de tres o más personas" y añadiendo a continuación una serie tasada de delitos cuya comisión, de forma permanente o reiterada, es requisito indispensable para posibilitar la actuación del agente encubierto”*⁵⁸.

Al hablar de canales cerrados de la comunicación nos referimos a aquellos que permiten la comunicación entre personas y hacen posible que excluyan a terceras personas de la misma por deseo propio⁵⁹. No tendrán por objeto esta medida las comunicaciones que se realicen a través de distintos medios de la comunicación que no estén dirigidas a personas concretas y determinadas. No obstante, en cierto modo con la actuación del agente encubierto informático no se produce la injerencia de una tercera persona ajena a la misma, sino que, el agente, al actuar con una identidad supuesta como veremos a continuación, forma parte de la misma. Las personas con la que mantiene dichas conversaciones e intercambios de información sí que expresan la voluntad de mantener una comunicación con el mismo, solo que ignoran su verdadera condición de miembro de la Policía Judicial⁶⁰.

Por tanto, vemos que es una medida que afecta siempre al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones recogido en el artículo 18.3 CE: *“Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo*

⁵⁸ STS 2ª 750/2019 de 13 de marzo.

⁵⁹ Rizo Gómez en *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia*, ob.cit., pág. 103.

⁶⁰ Rizo Gómez en *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia*, ob.cit., pág. 104.

resolución judicial’’. Este derecho al secreto de las comunicaciones es aplicable a todas las nuevas tecnologías, a pesar de que no se encuentren expresamente previstas en el mismo debido a la antigüedad de la redacción del texto constitucional.

Con la actuación del agente informático no sólo se ve afectado el derecho fundamental mencionado anteriormente, sino también el derecho a la intimidad recogido en el artículo 18.1 CE y la intimidad informática en art. 18.4 CE.

3.4 VALIDEZ DE LOS RESULTADOS OBTENIDOS POR EL AGENTE ENCUBIERTO INFORMÁTICO

Las diligencias de investigación que se llevan a cabo durante la fase de instrucción o de sumario del proceso penal, por regla general, no sirven para desvirtuar una presunción de inocencia y fundamentar una sentencia de condena. Para que ello sea posible es necesario que las fuentes de pruebas sean aportadas al juicio oral como medios de prueba y que se lleve a cabo la actividad probatoria con todas las garantías procesales y constitucionales⁶¹.

El AEI procederá a declarar en calidad de testigo directo, excluyéndose la posibilidad de ‘*que otro sujeto, actuando como testigo de referencia, declare por él*’⁶².

De este modo, el funcionario infiltrado deberá acudir al juicio oral como testigo, ratificar su declaración efectuada en la fase de instrucción y dar todos los detalles posibles acerca de la investigación de la que ha formado parte. Para que todo ello sea válido, será necesario que dicha prueba se practique respetando el derecho a la defensa y los principios de oralidad, publicidad e inmediación. Pero, como en todo proceso penal, una de las garantías más importantes que deberá estar presente a la hora de practicar la prueba en el juicio oral es la contradicción.

Por lo tanto, si esto es así, será prueba de cargo suficiente para fundamentar una sentencia de condena en caso de que se lleve a cabo con todas las garantías procesales, especialmente con contradicción.

⁶¹ Guzmán Fluja, Vicente C., *El policía infiltrado*, ob.cit., pág. 18.

⁶² Rizo Gómez en *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia*, ob.cit., pág. 120.

Como ya sabemos, como consecuencia de la actuación del agente informático, el órgano judicial podrá autorizar la obtención de otras pruebas derivadas de las conversaciones mantenidas a través de los canales de comunicación cerrados, su grabación o la obtención de imágenes adicional. Así, todas estas pruebas obtenidas deberán ser igualmente aportadas en el juicio oral y practicadas conforme a lo establecido a la ley. Servirán pues, como complemento a la declaración del agente informático y serán *‘cruciales para alcanzar el convencimiento judicial’*⁶³. El único requisito que se exige para que sea válida la adquisición de la fuente de prueba es la existencia de una resolución judicial previa que habilite el ejercicio de estas actuaciones complementarias.

El Juez de Instrucción competente, si lo considera necesario, podrá acordar el mantenimiento de la identidad supuesta del AEI durante la celebración del juicio oral, o incluso hasta el término del proceso⁶⁴. De este modo, podrá aplicársele la figura del testigo protegido de la LO 19/1994⁶⁵. Todo ello por razones de seguridad y de protección al mismo.

4. CONCLUSIONES

Tras haber finalizado el análisis del agente encubierto ordinario y haber realizado algunas consideraciones sobre el agente informático, podemos extraer varias conclusiones al respecto.

En primer lugar, el agente encubierto como técnica para investigar desde el interior a los grupos y organizaciones criminales ostenta un gran papel en el panorama delictivo actual. La LECrim. en su artículo 282 bis permite la introducción de funcionarios de la Policía Judicial en asociaciones con fines criminales. En virtud de ello, en la actualidad han podido ser desarticuladas grandes redes dedicadas al narcotráfico, trata de seres humanos y otros hechos delictivos.

⁶³ Rizo Gómez en *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia*, ob.cit., pág. 120.

⁶⁴ El legislador regula este aspecto en el artículo 282 bis 2 LECrim.: *‘Los funcionarios de la Policía Judicial que hubieran actuado en una investigación con identidad falsa de conformidad a lo previsto en el apartado 1, podrán mantener dicha identidad cuando testifiquen en el proceso que pudiera derivarse de los hechos en que hubieran intervenido y siempre que así se acuerde mediante resolución judicial motivada, siéndole también de aplicación lo previsto en la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre’*.

⁶⁵ Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección de testigos y peritos en causas criminales.

Por ello, toda investigación en la que se haga uso de esta figura deberá observar la protección debida de los agentes que podrían poner en peligro su vida o su integridad física al desempeñar esta función.

Por su parte, la reciente modalidad de agente informático, por ser restrictiva de derechos fundamentales, requiere de un gran cuidado a la hora de su adopción. Cumplir con todos los presupuestos y requisitos que establece la Ley es de vital importancia para su validez en el proceso. Se trata pues, de requisitos que están presentes en todas las medidas que tienen esa misma naturaleza coercitiva: necesidad de una resolución judicial, el otorgamiento de una identidad supuesta al agente, respeto al principio de proporcionalidad, etc.

No obstante, el legislador únicamente se encarga de recoger esta figura en un apartado del artículo 282 bis LECrim., regulación que comparte con el agente encubierto ordinario.

En segundo lugar, como medida de investigación, es relevante que los funcionarios de la Policía Judicial encargados de su ejecución se encuentren especialmente cualificados. Sin perjuicio de ello, autorizarse a cualquier funcionario en determinadas circunstancias. Por lo tanto, las Unidades dedicadas a practicar este tipo de técnicas deben recibir una formación constante que les permita adquirir una mayor especialización.

Finalmente, destacar que, a pesar de ser de muy reciente creación, vemos que el AEI es una figura totalmente acorde al momento tecnológico en el que nos encontramos pues, la tecnología, seguirá dando cada vez pasos más agigantados.

Internet se ha convertido en una herramienta fundamental en la vida de todas las personas. Por ello, muchas personas que ostentan conocimientos en materia de informática pueden ocultarse entre las redes y cometer hechos delictivos sin ser descubiertos, o haciendo difícil su descubrimiento. Son cada vez más las personas que se suman a este tipo de prácticas delictivas detrás de una pantalla.

En definitiva, la figura del agente encubierto informático ostenta una mayor importancia de la que en muchas ocasiones se pueda llegar a creer. Considero que es una figura que con el paso del tiempo adquirirá mayor importancia de la que tiene

actualmente, y de la que tenía al momento de su introducción en nuestro ordenamiento jurídico.

6. BIBLIOGRAFÍA

- Benítez Ortíz, Ignacio F. “*Criminalidad organizada y ‘trata de seres humanos’ con fines de explotación sexual*” en *La criminalidad organizada*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.
- Castellví Monserrat, Carlos. *El Delito Provocado: límites y fundamentos*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017.
- Villar Fuentes, Isabel M.^a. “Reflexiones sobre el agente encubierto informático” en *Proceso Penal: cuestiones fundamentales*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017.
- González Tapia, M.^a Isabel. “La información sobre la delincuencia en España” en *La criminalidad organizada*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.
- Vallés Causada, Luis M. “Utilidad de los datos conservados de las comunicaciones electrónicas para la resolución de emergencias” en *La nueva reforma procesal penal: derechos fundamentales e innovaciones tecnológicas*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018.
- Montero Aroca, Juan, Gómez Colomer, Juan Luis, Barona Vilar, Silvia, Esparza Leibar, Iñaki, Etxeberría Guridi, José F. *Derecho Jurisdiccional III: Proceso Penal*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, 26^a edición.
- Núñez Castaño, M.^a Elena. *Los delitos de colaboración con organizaciones y grupos terroristas*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.
- Rizo Gómez, Belén. “La infiltración policial en internet. A propósito de la regulación del agente encubierto informático en la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica” en *Justicia Penal y nuevas formas de delincuencia*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017.
- Zafra Espinosa de los Monteros, Rocío. *El policía infiltrado*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010.
- Página oficial de la EUROPOL. <https://www.europol.europa.eu/es/about-europol>
- González-Cuéllar Serrano, Nicolás
<https://previa.uclm.es/area/procesal/Proporcionalidad.htm>

- Página web Guías Jurídicas. El agente encubierto.
[https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAA
AAAAEAMtMSbF1jTAAAkNDC2NDU7Wy1KLizPw8WyMDQ3MDIwMLkEB
mWqVLfnJIZUGqbVpiTnEqAPrjoUY1AAAAWKE](https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAA
AAAAEAMtMSbF1jTAAAkNDC2NDU7Wy1KLizPw8WyMDQ3MDIwMLkEB
mWqVLfnJIZUGqbVpiTnEqAPrjoUY1AAAAWKE)
- Blog de José Facchin. <https://josefacchin.com/que-es-un-algoritmo-busqueda/>