



Máster Universitario en Abogacía

Universidad de La Laguna

Ilustre Colegio de Abogados de Santa Cruz de Tenerife

Curso 2022/2023

Convocatoria: Marzo

La responsabilidad penal del agente encubierto

Realizado por la alumna: Dña. Ana Beatriz Nunes Andrade

Tutorizado por el profesor: D. Iker Conal Fuertes

Departamento: Disciplinas Jurídicas Básicas

Área de conocimiento: Derecho Penal

ÍNDICE

1. Introducción.
2. Características del agente encubierto.
 - 2.1. Identidad supuesta.
 - 2.2. Secreto – engaño.
 - 2.3. Marco de actuación.
 - 2.4. Agente policial.
3. ¿Cuestión adecuada para el Derecho penal, o para el Derecho procesal penal?
4. Análisis de los límites de su exención de responsabilidad criminal.
 - 4.1. Causas de justificación.
 - 4.2. Proporcionalidad con el desarrollo de la investigación.
 - 4.3. Falta de provocación al delito.
 - 4.4. La condición de procedibilidad.
5. Propuestas de mejora a la luz del Derecho procesal penal comparado.
6. Conclusiones.
7. Bibliografía y jurisprudencia utilizadas.

1. Introducción

El presente Trabajo de Fin de Máster (TFM) tiene como objetivo analizar en profundidad, mediante un estudio crítico doctrinal y jurisprudencial, la figura del agente encubierto, el funcionario de la Policía Judicial autorizado por el juez o el Ministerio Fiscal para la dirección de investigaciones relativas a la delincuencia organizada a través de la infiltración en las organizaciones delictivas con objeto de obtener información.

Ya ésta simple definición permite entrever algunas de las características fundamentales del agente en cubierto, toda vez que se trata de un agente de la Policía Judicial que actúa con autorización y bajo una identidad supuesta (es decir, falsa).

A pesar de la controversia que analizaré con detenimiento en el apartado tercero, no encontramos la figura del agente encubierto definida de manera directa en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, ni en ninguna de sus reformas, ni en ley especial alguna, como quizá habría sido pertinente. Para poder analizar su definición, hemos de acudir al Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en cuyo artículo 282 bis, apartado primero, párrafos primero a tercero, dice: *“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.*

La resolución por la que se acuerde deberá consignar el nombre verdadero del agente y la identidad supuesta con la que actuará en el caso concreto. La resolución será reservada y deberá conservarse fuera de las actuaciones con la debida seguridad.

La información que vaya obteniendo el agente encubierto deberá ser puesta a la mayor brevedad posible en conocimiento de quien autorizó la investigación. Asimismo,

dicha información deberá aportarse al proceso en su integridad y se valorará en conciencia por el órgano judicial competente”.

Incluso antes de analizar la opinión de la doctrina, de la propia lectura de este artículo de la LECrim se desprende que su incorporación a nuestra jurisdicción radica en un factor social, más específicamente, en el aumento del crimen organizado, que ha generado la necesidad de incluir este método extraordinario de investigación, aunque no exento de ciertas complicaciones, puesto que se trata de una actividad sancionadora estatal que debe respetar los derechos fundamentales de los ciudadanos por desenvolverse en un contexto en el que el agente actúa libremente, sin supervisión directa e inmediata.

A nivel internacional, esta figura está regulada en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecha en Nueva York el 15 de noviembre del año 2000, ratificada por España y que entró en vigor en 2003.

Las cuestiones que el agente encubierto plantea a nivel académico son varias, y llevan aparejada una notable complejidad. ¿Debería haber sido regulada su actividad por el Derecho penal, en lugar de por el Derecho procesal penal? ¿Qué problemática plantea para el Derecho penal español? ¿Está exento de responsabilidad penal? Si es así, ¿lo está de manera absoluta, o parcial? ¿Cuáles son los límites de su exención de responsabilidad criminal? Sin duda, la mejor manera de responder certeramente a estas cuestiones es un análisis doctrinal y jurisprudencial de cada una de ellas, comenzando por lo más básico: aquello que la LECrim determina y que permite conocerlo en toda su profundidad.

2. Características del agente encubierto.

El agente encubierto es una figura cuyo origen está en la legislación de Alemania.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo español¹ así lo evidencia al señalar que la inspiración para el contenido del actual artículo 282 bis de nuestra LECrim proviene del país germano, en donde el término “undercover” (en español, agente encubierto) se utilizaba para designar a los funcionarios de policía que actuaban de manera clandestina, con identidad supuesta y con la finalidad de reprimir o prevenir el delito. Aunque en España también se utilizó de forma habitual por agentes de policía para investigar, hubo que esperar hasta el año 1999 para que se añadiese de manera oficial a la LECrim mediante 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 graves².

La internacionalización de la actividad criminal, especialmente del crimen organizado, ha reducido la eficacia de las fronteras para evitar el traslado de criminales o para impedir que colaboren entre ellos. Es por esto que autoras como Zafra Espinosa de los Monteros consideran que, en un escenario como éste, la infiltración de agentes es el método más efectivo para combatir modalidades de delincuencia como el crimen organizado, a través de la infiltración y de la obtención de pruebas en relación con ellos³.

Alaba Zafra Espinosa de los Monteros la capacidad de infiltración del agente encubierto, pues permite descubrir quién se encuentra detrás de una red de crimen organizado, así como los medios que utiliza para delinquir, siendo esto esencial para lo que debería ser nuestro verdadero objetivo: la desarticulación de estas organizaciones⁴.

¹ STS (Sala Segunda de lo penal) 104/2011, de 1 de marzo.

² Zafra Espinosa de los Monteros, R., “*El policía infiltrado*”, 1ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, España, 2010, p. 26.

³ Zafra Espinosa de los Monteros, R., “*El policía infiltrado*”, op.cit.; p. 26.

⁴ Zafra Espinosa de los Monteros, R., “*El policía infiltrado*”, op.cit.; p. 54.

Coincide con esta apreciación Ochoa Romero, quien sostiene que el agente encubierto facilita la labor de obtención de datos sobre las mismas, sobre todo en lo relativo a sus formas de actuación y a la composición de sus estructuras internas⁵.

Expósito López, por su parte, destaca la naturaleza del agente encubierto como técnica de investigación propia de la fase de instrucción en el marco del proceso penal⁶.

Y es que su actuación, como recuerda Asencio Mellado⁷, tiene valor probatorio, cuestión en la que merece la pena detenerse muy brevemente. Si bien no deja de ser una mera prueba de cargo, su intervención en calidad de testigo (sin posibilidad de que otra persona actúa en su nombre) eleva dicho valor, ya que si decidiese no testificar nos encontraríamos ante una denuncia común y corriente. La consecuencia de su actuación en ausencia de la debida autorización judicial o cuando ésta, habiendo existido, expiró es, directamente, la nulidad de las pruebas obtenidas. Además, jurisprudencia como la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) 975/2007, de 15 de noviembre, establece que la actuación policial infiltrada no busca, en sí misma, ser fuente de prueba de los hechos, sino proporcionar datos y elementos de convicción para desarticular la organización criminal, siendo el objetivo de tales datos y elementos conformar la convicción judicial⁸.

Un aspecto esencial, en este sentido, es que si se acusa al agente encubierto de cometer un delito para obtener pruebas, su validez dependerá de la absolución o no en relación con el mismo. Y es que no puede pretenderse que una figura cuyo objetivo radica en investigar provoque hechos delictivos, debiéndose limitar a buscar información suficiente que permita desarticular las organizaciones dedicadas a los mismos.

Retomando la exposición sobre la naturaleza de la figura del agente encubierto, encontramos los elementos necesarios para orientarla en una determinada dirección en la jurisprudencia española. Así, la STS 140/2019, de 13 de marzo, establece que se trata de un agente cuya característica principal es la de ocultar su identidad, actuando siempre

⁵ Ochoa Romero, R., “*Política Criminal mexicana en materia de delincuencia organizada*” en *La Criminalidad Organizada*, (director Juan José González Rus), 1º edición, Ed. Tirant lo Blanch, España, 2014. p. 221.

⁶ Expósito López, L., “*El agente encubierto*”, en *Revista de derecho, UNED*, núm 17, 2015, p. 257.

⁷ Asencio Mellado, J. M., Fernández López, M., “*Justicia Penal y Nuevas Formas de Delincuencia*”, op.cit.; pp. 119 - 120.

⁸ STS (Sala Segunda, de lo penal) 975/2007, de 15 de noviembre.

bajo el control juez, y para investigar exclusivamente delitos propios de la delincuencia organizada, siempre que hayan fracasado métodos alternativos de investigación o estos sean manifiestamente insuficientes para realizar los descubrimientos necesarios⁹.

La STS 1140/2010, de 29 de diciembre, establece el objetivo del agente encubierto, que no es otro que recabar información sobre la estructura y el *modus operandi* de los delincuentes, así como la obtención de pruebas sobre la ejecución de hechos delictivos¹⁰. La STS 395/2014, de 13 de mayo, detalla que estos agentes reciben una especie de autorización para transgredir la norma respecto a alguno de los delitos que se relacionan en el artículo 282 bis, una especie de excusa absolutoria impropia recogida en una norma procesal. Este aspecto será objeto de análisis en el apartado tercero. La autorización que se concede al agente encubierto no puede abarcar actividades susceptibles de lesionar derechos fundamentales, a excepción de los casos en los que se solicite específicamente al órgano judicial las autorizaciones que, al respecto, establezcan la Constitución y la ley, cumpliendo siempre las demás previsiones legales aplicables. Las actuaciones que lleve a cabo no podrán constituir, en ningún caso, una provocación al delito. Además, el agente debe dar cuenta a la mayor brevedad a la autoridad que le nombró, aportando la información al proceso en su integridad para que sea valorada¹¹.

A partir de las distintas definiciones estudiadas, es posible acuñar progresivamente una definición de agente encubierto no incluida ni en el CP ni en la LECrim, pero para conseguirla es imperativo estudiar cada una de sus características.

2.1. Identidad supuesta.

El agente encubierto actúa bajo una identidad falsa o supuesta, existiendo en relación con la infiltración dos modalidades: la de corta duración, y la de larga duración.

En relación con la primera, ni siquiera es necesaria la adopción de una identidad falsa, siendo suficiente el ocultamiento de su condición de agente. En la infiltración de larga duración, por el contrario, la identidad falsa es un requisito inexcusable, pues es en la misma en la que el agente entra a formar parte de la organización criminal como un

⁹ STS (Sala Segunda, de lo penal) 140/2019, de 13 de marzo.

¹⁰ STS (Sala Segunda de lo penal) 1140/2010, de 29 de diciembre.

¹¹ STS (Sala Segunda de lo penal) 395/2014, de 14 de mayo.

miembro más de la misma. Para que esto sea posible, es necesario un entramado que abarca la expedición de documentación, así como un contexto social que otorgue apariencia de legalidad y veracidad a la identidad pretendida. Al agente se le proporciona un documento nacional de identidad (DNI), un permiso de conducir, tarjetas sanitarias, e incluso, sólo en determinados casos, antecedentes penales falsos. Se trata, en definitiva, en opinión de autoras como Zafra Espinosa de los Monteros, de crear un personaje, entendido como una personalidad completamente ajena a la realidad propia del agente¹².

Villar Fuentes invita a matizar la idea de identidad falsa, ya que, en ocasiones, consistirá, más bien, en la distinta finalidad con la que el sujeto se relaciona con la actividad delictiva, no queriendo participar en la misma, sino sólo perseguirla. Y es que una de las características de la posición de agente encubierto es que es voluntaria¹³.

2.2. Secreto – engaño.

El secreto hace referencia al secreto de sumario bajo el cual se realizan estas investigaciones, las cuales sólo conocerá, durante el desarrollo de las mismas, la autoridad que las ordena. El engaño, por otro lado, se basa en el engaño al que se somete al investigado, quien otorga su confianza a quien actúa bajo una identidad falsa.

Este engaño se mantendrá durante toda la infiltración, siendo el Estado, a través del Ministerio del Interior, quien lo facilitará, pues la identidad falsa, a la que ya he hecho referencia anteriormente, y que es su base principal, será proporcionada por el mismo¹⁴.

Ante la cuestión de si este engaño resulta legítimo como medio de investigación, autores como Zafra Espinosa de los Monteros sostienen que sí, a causa de que está reservado a casos muy excepcionales y de gran magnitud, además de que, en el transcurso de los mismos, deben respetarse unos límites legales por completo infranqueables¹⁵.

¹² Zafra Espinosa de los Monteros, R., “*El policía infiltrado*”, op.cit.; pp. 66 - 69.

¹³ Villar Fuentes, I, “*Reflexiones sobre el agente encubierto informático*”, en *El Proceso Penal. Cuestiones Fundamentales*, (coord. Olga Fuentes Soriano), 1ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, 2017, pp. 337 - 340.

¹⁴ Pozo Pérez, M., “*El agente encubierto como medio de investigación de la delincuencia organizada en la ley de enjuiciamiento criminal española*”, *Revista Criterio Jurídico*, n. 6, 2006, pp. 285 - 286.

¹⁵ Zafra Espinosa de los Monteros, R., “*El policía infiltrado*”, op.cit.; pp. 69 - 73.

Pozo Pérez, también a favor, añade a los argumentos anteriores que sólo se utiliza este método de investigación cuando resulta imposible acudir a uno menos lesivo que pueda dar los mismos resultados, destacando que si el agente encubierto vulnera garantías fundamentales, sus actuaciones no podrán ser utilizadas como prueba en el proceso¹⁶.

Resulta también destacable la opinión de Castellví Monserrat, quizá más orientada a crear unos parámetros teóricos dentro de los que encuadrar los engaños permitidos. A su juicio, los engaños policiales que no se encuentran expresamente permitidos sólo estarán prohibidos cuando, debido a sus particularidades -y, principalmente, a la necesidad de generar relaciones de confianza con las personas investigadas-, se plasmen en las dos únicas actuaciones de esta clase que restringen derechos fundamentales, a saber: las interacciones íntimas y las entradas en domicilio por invitación¹⁷.

2.3. Marco de actuación.

Para el agente encubierto, este marco se encuadra dentro de un sistema de garantías. Bajo su identidad supuesta, podrá actuar en el tráfico jurídico, pero con la obligación de comunicar toda la información que obtenga a la autoridad competente.

La autorización, reitero, será imperativa antes de vulnerar cualquier derecho fundamental, a través de, por ejemplo, la interceptación de comunicaciones o de proceder a un registro domiciliario¹⁸. Sobre todo, es importante entender que esta figura se limita a la intervención en los delitos establecidos en el apartado cuarto del artículo 282 bis de la LECrim, en la que se recoge un *numerus clausus* consistente en: “*delitos de obtención, tráfico ilícito de órganos humanos y trasplante; delitos relativos a la prostitución; delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico; delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial; delitos contra los derechos de los trabajadores; delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros; delitos de tráfico de especies de flora o fauna*

¹⁶ Pozo Pérez, M., “*El agente encubierto como medio de investigación de la delincuencia organizada en la ley de enjuiciamiento criminal española*”, op.cit.: p. 286.

¹⁷ Castellví Monserrat, C., “*¿Están prohibidos los engaños policiales que no se encuentran expresamente permitidos? Infiltraciones policiales, agentes encubiertos y derechos fundamentales*”, *Política Criminal*, vol. 17, n. 33, 2022, pp. 173 – 198.

¹⁸ Zafra Espinosa de los Monteros, R., “*El policía infiltrado*”, op.cit.; pp.73 - 75.

amenazada; delitos de tráfico de material nuclear y radioactivo; delitos contra la salud pública; delitos de falsificación de moneda y de falsificación de tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje; delitos de tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos; delitos de terrorismo; y, al fin, delitos contra el patrimonio histórico”.

Calaza López destaca, por su parte, que la obtención de imágenes y grabaciones de conversaciones requiere autorización de la autoridad judicial competente¹⁹.

Por último, Gómez de Liaño ayuda a establecer los dudosos y criticables límites temporales a la intervención del agente encubierto, que deberá ser inferior a los seis meses prorrogables hasta que el agente consiga su completa integración en el grupo criminal²⁰.

2.4. Agente policial.

La pertenencia a la Policía Judicial es obligatoria para el agente encubierto en todos los ordenamientos de nuestro entorno, a excepción del de Dinamarca²¹. Y es que un particular no debe afrontar los riesgos para la vida y la integridad física que sí corresponden a un miembro de la primera. Un criterio adicional es el conocimiento que los agentes tienen sobre las normas jurídico-penales y las relativas a derechos fundamentales, algo ajeno al ámbito de conocimiento de la mayoría de particulares²².

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 amplió (apartados 6 y 7 de su artículo 282 bis²³) la figura del agente encubierto para que tuviese cabida en entornos

¹⁹ Calaza López, S., *"Derecho Procesal Penal"*, 1ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, España, 2021, pp. 267 - 270.

²⁰ Gómez de Liaño Fonseca-Herrero, M., *"El uso de dispositivos electrónicos de captación de comunicaciones en operaciones de infiltración policial"* en La nueva reforma del proceso penal. Derechos Fundamentales e Innovaciones tecnológicas, Ed. Tirant lo Banch, España, 2018, pp 213 - 215.

²¹ Lafont Nicuesa, L., *"El Agente policial encubierto"*, 1ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, 2022, pp. 57 - 60.

²² Zafra Espinosa de los Monteros, R., *"El policía infiltrado"*, op.cit.; pp.75 - 77.

²³ Los nuevos apartados dicen lo siguiente: *"«6. 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*

virtuales, de manera que pudiese intervenir también en canales de comunicación cerrada²⁴. El ámbito de actuación es casi el mismo, pues se limita a los delitos ya expuestos, pero se extiende a su comisión por medios informáticos o tecnológicos²⁵.

Es precisamente esta posibilidad de utilizar canales cerrados de comunicación lo que, a juicio de autores como Sánchez Crespo o Valiño Ces, otorga al agente encubierto informático uno de los medios más efectivos de lucha contra el crimen organizado, diferenciándolo de la vertiente original de la figura²⁶. El ámbito de actuación mencionado en el párrafo anterior sí varía, aunque mínimamente, añadiendo sólo los delitos previstos en el artículo 588 ter a de la LECrim. No hay que olvidar que Valiño Ces destaca los requisitos para la injerencia en los derechos a la intimidad y el secreto de las comunicaciones de las personas investigadas, que consisten en disponer de autorización previa para actuar, en la existencia de indicios de actividad delictiva, y en que la medida sea idónea, motivada y proporcional²⁷. Aunque, en ocasiones, resulta muy difícil localizar a los ciberdelincuentes (o personas que delinquen a través de Internet), el agente encubierto informático también coadyuva a su identificación y localización mediante una infiltración con identidad falsa para generar una relación de confianza con el investigado.

Además de la ya mencionada lucha contra el crimen organizado, el agente encubierto informático es muy útil, según la opinión de Valiño Ces, para la lucha contra la pornografía infantil, un delito tipificado en el artículo 189 del Código Penal. Aunque no supone una garantía de éxito, sí es un gran avance, ya que, cuando concurren las circunstancias ya expuestas y específica autorización para ello, el agente podrá hacerse

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. 7. En el curso de una investigación llevada a cabo mediante agente encubierto, el juez competente podrá autorizar la obtención de imágenes y la grabación de las conversaciones que puedan mantenerse en los encuentros previstos entre el agente y el investigado, aun cuando se desarrollen en el interior de un domicilio.»

²⁴ Barona Vilar, S., “Claves de la Justicia Penal”, 1ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, 2019, p. 573.

²⁵ Ferreiro Baamonde, X., “Derecho Procesal Penal”, op.cit.; p. 241.

²⁶ Sanchis Crespo, C., Velasco Núñez, E. “Delincuencia Informática”, 1ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, 2019, pp. 513 - 519.

²⁷ Valiño Ces, A., “La actuación del agente encubierto en los delitos informáticos tras la Ley Orgánica 13/20152” en El Proceso Penal. Cuestiones Fundamentales, (coord. Olga Fuentes Soriano), 1ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, 2017, pp 355 - 359.

pasar por pedófilo en orden a intercambiar archivos con pornografía infantil²⁸. Y no sólo eso, sino que, como destaca Lafont Nicuesa, también podrá mantener conversaciones a través de redes sociales, páginas web o chats de Internet, así como realizar actuaciones comerciales o identificar números de teléfono asociados a direcciones IP²⁹.

En conclusión, teniendo en cuenta las características anteriores, la definición de agente encubierto es la de un funcionario de la Policía Judicial que actúa de manera clandestina, con identidad falsa o supuesta, y valiéndose del secreto y el engaño con la finalidad de reprimir o prevenir una serie de delitos delimitados mediante el *numerus clausus* del artículo 282 bis de la LECrim, pero respetando siempre un sistema de garantías que protege los derechos fundamentales de las personas investigadas.

²⁸ Valiño Ces, A., “La actuación del agente encubierto en los delitos informáticos tras la Ley Orgánica 13/20152”, op.cit.; pp. 359 - 361.

²⁹ Lafont Nicuesa, L., “El Agente policial encubierto”, op.cit.; pp. 452- 362.

3. ¿Cuestión adecuada para el Derecho penal, o para el Derecho procesal penal?

El agente encubierto tiene en común con otras figuras análogas el hecho de haber sido pobre o, quizá, incluso, erróneamente regulada en lo concerniente al medio elegido.

En efecto, la figura del agente provocador³⁰ ni siquiera está regulada en nuestro ordenamiento jurídico, si bien no puede optar a ningún tipo de exención de la responsabilidad criminal³¹; la del agente doble resulta inclasificable incluso para la jurisprudencia (STS 103/2003, de 28 de enero)³². El agente infiltrado^{33 34} y los agentes de inteligencia³⁵ representan los dos extremos de una regulación que se caracteriza por lo exiguo, en el caso del primero, o por lo excesivamente desarrollado, en el caso de los segundos (Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia). Del lado de lo exiguo, es posible encontrar también al confidente, figura no prevista en nuestro ordenamiento jurídico³⁶, el arrepentido^{37 38}, el denunciante monitorizado por la policía³⁹, las infiltraciones privadas⁴⁰, el periodista con cámara oculta⁴¹, y la entrega

³⁰ Alcolado Chico, M., *“La evolución hacia la moderna funcionalidad el “Agente encubierto”: Incidencia de las nuevas reglas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.”*, en Revista Jurídica de Asturias, n. 39, 2016, pp. 12 - 13.

³¹ Monserrat Castellví, C., *“El Delito Provocado: Límites y Fundamentos”*, 1ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, España, 2017, pp 18 - 22.

³² STS (Sala Segunda de lo penal) 103/2003, de 28 de enero.

³³ Lafont Nicuesa, L., *“El Agente policial encubierto”*, op.cit.; pp. 37 - 38.

³⁴ Millás Moret, V., *“El centro Nacional de Inteligencia: Una aproximación a su régimen jurídico”*, en Revista de ciencias Jurídicas y Sociales, Foro Nueva Época, nº 2/2005, pp 263 - 266.

³⁵ Esteban Navarro M., Carvalho A., *“Inteligencia: Concepto y práctica”*, en Inteligencia, 1ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, 2010, pp 15 - 17.

³⁶ Muñoz Conde, F., *“Derecho Penal parte especial”*, 24ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, 2022, p. 978.

³⁷ STS (Sala Segunda, de lo Penal) 249/2004 de 26 de febrero.

³⁸ Lafont Nicuesa, L., *“El Agente policial encubierto”*, op.cit.; pp. 51 - 53.

³⁹ Lafont Nicuesa, L., *“El Agente policial encubierto”*, op.cit.; pp. 49 - 51.

⁴⁰ Gómez de Liaño Fonseca-Herrero, M., *“El uso de dispositivos electrónicos de captación de comunicaciones en operaciones de infiltración policial”*, op.cit.; pp. 209 - 212.

⁴¹ STS (Sala Segunda, de lo Penal) 793/2013, de 28 de octubre.

vigilada⁴², figuras todas ellas estudiadas en profundidad por la jurisprudencia, pero que no encuentran una definición o regulación específicas en el ordenamiento jurídico.

Atendiendo a lo anterior, resulta difícil valorar si el agente encubierto es una figura que está correctamente incardinada en el Derecho procesal penal (LECrím) o hubiese sido deseable, por su cercanía a las demás excusas absolutorias, su regulación por el Derecho penal en el Código Penal español. De lo que no cabe duda es de que existe una controversia señalada por la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo, que en la ya mencionada STS 395/2014, de 13 de mayo, sostenía que los agentes encubiertos reciben una autorización para transgredir la norma respecto a ciertos delitos, tildando a la misma de una especie de excusa absolutoria impropia recogida en una norma de carácter procesal. En efecto, resulta, como mínimo, digno de estudio, la manera en que una excusa absolutoria, elemento que forma parte indiscutible de la Parte General del Derecho penal, se recoja en una norma como la LECrím, y no en el Código Penal.

En este sentido, es innegable que destaca la postura doctrinal de Expósito López, quien, admitiendo que la regulación simultánea de la exención de responsabilidad penal del agente encubierto y los límites de su impunidad en el artículo 282 bis, apartado quinto, párrafo primero, es, en realidad, una norma penal sustantiva en la que se regula una exención de responsabilidad penal a pesar de que alguna de las conductas del infiltrado sean subsumibles en algunos tipos penales, considera acertado su encuadramiento en la LECrím. Fundamenta su opinión en que se delimita así el ámbito de actuación de las autoridades de persecución penal cuando se emplea esta medida, todo ello a pesar de admitir que el precepto consagra una causa de justificación que excluye la antijuridicidad de la conducta del agente encubierto, como si se estuviese aplicando el artículo 20.7 del Código Penal, relativo a obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo⁴³. Atendiendo a lo anterior, considero que es ésta la respuesta más adecuada a la controversia, aunque por motivos distintos. Todo lo relativo al agente encubierto se basa en la obtención de pruebas con objeto de conseguir el convencimiento del juez, de manera que resulta lógico que esta figura se contemple prioritariamente en la normativa procesal penal, espacio en el que el legislador puede reflejar sus necesidades

⁴² STS 591/2018, de 26 de noviembre (recurso de casación).

⁴³ Expósito López, L., *“El agente encubierto”*, op.cit.; pp. 283 – 286.

específicas sin arriesgarse a ampliar en exceso el artículo 20.7 del Código Penal y sin tener que desarrollar un nuevo apartado dentro del artículo 20 de la norma sustantiva. El límite debe estar, considero, en la adecuación bilateral de estas normas, de forma que el contenido del Derecho procesal penal nunca vaya en el futuro más allá o sea incompatible con las previsiones más genéricas del artículo 20.7 del Código Penal español.

4. Análisis de los límites de su exención de responsabilidad criminal.

Considero este apartado cuarto como el más importante de mi investigación, toda vez que supone la división definitiva entre la teoría y la práctica: la propia naturaleza de las normas nos obliga a alejarnos, en ocasiones, del Derecho penal sustantivo para profundizar en el análisis de Derecho procesal penal a través del artículo 282 bis de la LECrim, que exime de responsabilidad criminal al agente encubierto por actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de su investigación, siempre que exista una debida proporcionalidad con su finalidad y no constituyan una provocación al delito.

Siempre que cumpla dicho requisito, el agente encubierto está autorizado para adquirir objetos, efectos o instrumentos del delito; demorar o diferir la incautación de dichos objetos hasta el momento en que la evolución de la investigación lo aconseje; transportar los mencionados objetos, efectos o instrumentos; y para participar en el tráfico jurídico y social bajo identidad supuesta. En sentido opuesto, su actividad se encontrará limitada para evitar actuaciones que vulneren los derechos fundamentales, motivo por el que necesitará, en ocasiones, una autorización judicial expresa para actuar, estando completamente prohibida la provocación del delito, y siendo obligatorio que sus actuaciones sean siempre proporcionales a las necesidades de la investigación⁴⁴.

4.1. Causas de justificación.

A pesar de que la regulación principal del agente encubierto se encuentra en la LECrim, resulta posible aplicar a su actividad algunas de las causas de justificación previstas en el artículo 20 del Código Penal (CP), más específicamente la de obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo (artículo 20.7 CP) y, de manera residual, la de obrar en estado de necesidad (artículo 20.5 CP)^{45 46}.

⁴⁴ Pozo Pérez, M., *“El agente encubierto como medio de investigación de la delincuencia organizada en la ley de enjuiciamiento criminal española”*, op.cit.; p. 296 - 300.

⁴⁵ Hernández Plasencia, J.U., *“Derecho Penal. Parte General. Introducción. Teoría Jurídica del Delito”*, 2ª edición, Ed. Comares, 2016, pp. 241 – 256.

⁴⁶ Valiño Ces, A., *“Dimensiones operativas y normativas en la lucha contra el crimen organizado, Perspectivas de Reforma.”* 1º edición, Ed. J.M Bosch, 2021, pp. 38 - 39.

Hay que partir de la base de que la ilegalidad existe, pero lo que en cualquier otra situación sería considerado delito⁴⁷, se soluciona mediante una exención de responsabilidad criminal para el agente encubierto, siempre y cuando cumpla el requisito de justificar su actuación en el ejercicio legítimo de su cargo, pues debe haber actuado conforme a sus funciones. De haber incurrido en algún ilícito, éste debe haber sido necesario y proporcional para tutelar de manera adecuada los intereses públicos.

Aspectos técnicos como la proporcionalidad serán valorados por la autoridad judicial, y no por el propio agente, por mucho que, se entiende, éste haya realizado su propio análisis *ex ante* para valorar si su propia actuación sería posteriormente considerada adecuada desde una perspectiva jurídico-penal. En este sentido, también hay que tener en cuenta que el agente encubierto nunca pierde su condición de miembro de la Policía Judicial, de manera que no le estará permitido incurrir en ninguna de las conductas típicas del Código Penal, y como mucho se le permitirá la comisión de ciertas infracciones administrativas siempre orientadas a concluir satisfactoriamente su investigación.

Zafra Espinosa de los Monteros ha definido esta clase de actuaciones como aquellas que, a pesar de tener apariencia de delito, se desarrollan bajo el rol adoptado por el agente sólo durante la operación, siempre que sean necesarias para la desintegración total del entramado organizativo y la captura del máximo número de responsables de la misma, sobre todo, de aquellos que ocupan los cargos dirigentes en la cúpula⁴⁸.

De manera alternativa, puede ser que el agente encubierto se vea eximido de responsabilidad por concurrir el estado de necesidad, si bien sólo podrá invocarlo en aquellos casos en los que exista un riesgo para su vida o su integridad física, viéndose obligado a realizar alguna actuación ilícita. Y esto porque la causa de justificación prevista en el artículo 20.5 del CP obliga a llevar a cabo una ponderación de bienes de distinto valor, en el que debe quedar claro que el más importante es el derecho a la vida e integridad física del agente. Deben cumplirse también los tres requisitos exigidos, a saber: primero, que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar; segundo,

⁴⁷ González Cussac, J. L., Fernández Hernández, A., y Cuerda Arnau, M. L., “*Nuevas amenazas a la Seguridad Nacional*”, 1ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, España, 2013, p. 78.

⁴⁸ Zafra Espinosa de los Monteros, R., “*El policía infiltrado*”, op.cit.; pp. 394 - 396.

que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto; y tercero, que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.

Una posibilidad adicional que ofrece el Derecho penal es que el agente encubierto quede libre amparándose en un error de prohibición indirecto, a través del cual alegaría haber realizado un acto ilícito bajo la creencia real de que su actuación estaba amparada por una causa de justificación. En este caso, el agente encubierto, a pesar de ser consciente de la prohibición, creería de manera errónea que su actuación está justificada⁴⁹. No obstante, esto parece incompatible con el grado de conocimientos jurídico-penales que hemos atribuido a esta clase de miembros de la Policía Judicial, siempre muy elevados.

En ocasiones, las organizaciones criminales someten a sus nuevos miembros a las así llamadas pruebas de castidad, con objeto de probar su lealtad y fidelidad. El problema en relación con las mismas radica en que, muchas veces, éstas consisten en la comisión de un hecho delictivo. ¿Hasta qué punto puede participar en ellas un agente encubierto? El límite parece claro: tras valorar los bienes jurídicos implicados, jamás podría prevalecer el interés público de acabar con una banda organizada sobre la vida o la integridad física de las personas, ya se trate, o no, de miembros de la organización.

No obstante, hay que tener en cuenta, de manera adicional, que no deben vulnerarse los derechos constitucionales. Aquellos actos que no los vulneren podrían no ser denunciados, no debiendo responder judicialmente por los mismos; pero si mediase denuncia, sería imperativo valorar la aplicación de la exención de responsabilidad penal⁵⁰.

4.2. Proporcionalidad con el desarrollo de la investigación.

El respeto al principio de proporcionalidad es un imperativo fundamental⁵¹, pues evita que se adopten decisiones arbitrarias e injustificadas al obligar a realizar una valoración en relación con la adecuación de la actuación del agente encubierto en su lucha contra el crimen. Este principio se rige por lo siguiente: en primer lugar, debe haber un fin constitucionalmente legítimo que justifique la actuación o interferencia; en segundo

⁴⁹ Zafra Espinosa de los Monteros, R., “*El policía infiltrado*”, op.cit.; pp. 396 - 401.

⁵⁰ Zafra Espinosa de los Monteros, R., “*El policía infiltrado*”, op.cit.; pp. 401 - 410.

⁵¹ Hoyos Sancho, M., “*Abogacía y Proceso Penal*”, 1ª edición, Ed, Tirant lo Blanch, España, 2021, pp. 64 - 70.

lugar, debe tratarse de una actuación idónea para conseguir el objetivo propuesto; en tercer lugar, debe ser una actuación necesaria, es decir, no debe existir otra medida menos restrictiva de derechos que pueda proporcionar el mismo resultado⁵².

Autores como González Cuellar Serrano sostienen que la ponderación a realizar, en este sentido, es si la vulneración del derecho fundamental compensa respecto al interés constitucional perseguido, de manera que pueda verificarse la necesidad de adoptar una determinada medida⁵³. El principio de proporcionalidad debe respetarse durante toda la duración de la intervención policial, en lo que al agente encubierto se refiere⁵⁴. Zafra Espinosa de los Monteros, por su parte, defiende el deber del agente de ponderar siempre los intereses en juego, valorando por encima de todo que sus acciones no provoquen más daño que beneficio. Para ello, la ponderación también debe encontrar un equilibrio entre los derechos fundamentales de las personas investigadas y la necesidad de no levantar sospechas para no frustrar la investigación, debiendo ser necesarias sus actuaciones⁵⁵.

4.3. Falta de provocación al delito.

Cuando el agente encubierto transgrede las normas e incita a la comisión de un hecho delictivo, la tendencia es considerarle un agente provocador. La provocación del delito implica que el agente encubierto instiga o propicia la comisión del mismo, de tal manera que en ausencia de su actuación no se hubiese producido⁵⁶. La exención de responsabilidad criminal no alcanza, de acuerdo con el propio artículo 282 bis, apartado quinto, de la LECrim, a la responsabilidad por sus actos del agente encubierto cuando provoque la comisión de un delito. En este sentido, Castellví Monserrat sostiene que es preferible, por lo tanto, evitar que el agente encubierto adopte un papel de especial actividad y protagonismo dentro de la organización. Para ello (y esto resulta esencial,

⁵² Gascón Abellán, M., *“Los derechos fundamentales”*, 1ª edición, Ed Tirant lo Blanch, España, 2013, pp 36 - 39.

⁵³ González Cuellar Serrano, N., *“El principio de proporcionalidad en el Derecho Procesal Español”* en Cuadernos de Derecho Público núm. 5, 1998, p. 198.

⁵⁴ Zafra Espinosa de los Monteros, R., *“El policía infiltrado”*, op.cit.; p. 371.

⁵⁵ Zafra Espinosa de los Monteros, R., *“El policía infiltrado”*, op.cit.; pp. 387 - 393.

⁵⁶ Ferreiro Baamonde, X., *“Derecho Procesal Penal”*, 1ª edición, Ed Tirant lo Blanch, España, 2020, p. 240.

pues conecta los distintos subapartados expuestos), es necesario que respete el principio de proporcionalidad, ya que la provocación del delito supone un exceso intolerable que tampoco sirve a los fines de la investigación, pues el objeto de las tareas de investigación el agente encubierto son delitos ya cometidos o de tracto sucesivo⁵⁷.

En este contexto, la provocación de un hecho delictivo debe entenderse como innecesario y desproporcionado, debiendo afrontar sus responsabilidades el agente encubierto en relación con el mismo. Es cierto, no obstante, que existen ciertos actos de inducción que pueden llegar a considerarse necesarios, como aquellas que sirven para preservar la propia identidad del agente. Encajarían aquí conductas como transmitir una orden delictiva del jefe de la banda a un subordinado que debe ejecutarla⁵⁸.

El criterio que debe tenerse en cuenta, en este sentido, es que existirá provocación cuando en lugar de actuar con fines de investigación se busque sancionar delitos⁵⁹.

4.4. La condición de procedibilidad.

De nuevo, como señalando la primacía del Derecho procesal penal frente al Derecho penal sustantivo, es el artículo 282 bis, apartado quinto, de la LECrim la que establece que para poder proceder penalmente contra el agente encubierto por las actuaciones realizadas, el juez competente para conocer la causa deberá requerir un informe relativo a tal circunstancia de quien haya autorizado la identidad supuesta.

Lafont Nicuesa considera que la posibilidad de que el juez resuelva conforme a su criterio podría dar lugar a decisiones arbitrarias, ya que podría interpretarse que está autorizado para saltarse el principio de legalidad con objeto de amparar y proteger al agente encubierto, incluso en los casos en que éste hubiese cometido una infracción punible y no amparada por las causas de exención de responsabilidad previstas en la ley⁶⁰.

⁵⁷ Castellví Monserrat, C., *“Provocar y Castigar”*, 1ª edición, Ed Tirant lo Blanch, España, 2020, pp 192 - 205.

⁵⁸ Castellví Monserrat, C., *“Provocar y Castigar”*, op.cit.; p. 206.

⁵⁹ Castellví Monserrat, C., *“Provocar y Castigar”*, op.cit.; p. 207.

⁶⁰ Lafont Nicuesa, L., *“El Agente policial encubierto”*, op.cit.; pp. 197- 300.

Esta arbitrariedad puede ser evitada mediante la valoración de los posibles hechos delictivos cometidos por el agente encubierto, si bien prevalece el deber impuesto por la LECrim de solicitar un informe a quien haya autorizado la actuación encubierta⁶¹.

⁶¹ Ferreiro Baamonde, X., *“Derecho Procesal Penal”*, op.cit.; p. 241.

5. Propuestas de mejora a la luz del Derecho procesal penal comparado.

En el ámbito internacional, las Naciones Unidas han regulado la figura del agente encubierto en la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional (o Convención de Palermo), que entró en vigor en el año 2003. Su artículo vigésimo⁶² establece la posibilidad de utilizar técnicas de investigación encubiertas, siempre y cuando se respete la legislación interna de cada Estado. Lafont Nicuesa destaca la inexistencia, en la Convención, de obligación alguna de asumir investigaciones encubiertas, siendo lo esencial respetar el derecho interno de cada Estado⁶³.

Al apoyarse textos como la Convención en la cooperación entre Estados, se prevé la posibilidad de que un agente encubierto extranjero se infiltre en una organización criminal española, siempre que se cumplan una serie de condiciones, a saber: primera, autorización de la autoridad judicial española para operar en territorio nacional; segunda, la identidad ficticia del agente extranjero debe estar en todo momento protegida de acuerdo con la normativa interna de nuestro país, incluso cuando no se solicite; tercera, el agente encubierto deberá actuar conforme y con el límite de la legislación española,

⁶² Artículo 20. Técnicas especiales de investigación : “1. Siempre que lo permitan los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno, cada Estado Parte adoptará, dentro de sus posibilidades y en las condiciones prescritas por su derecho interno, las medidas que sean necesarias para permitir el adecuado recurso a la entrega vigilada y, cuando lo considere apropiado, la utilización de otras técnicas especiales de investigación, como la vigilancia electrónica o de otra índole y las operaciones encubiertas, por sus autoridades competentes en su territorio con objeto de combatir eficazmente la delincuencia organizada. 2. A los efectos de investigar los delitos comprendidos en la presente Convención, se alienta a los Estados Parte a que celebren, cuando proceda, acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales apropiados para utilizar esas técnicas especiales de investigación en el contexto de la cooperación en el plano internacional. Esos acuerdos o arreglos se concertarán y ejecutarán respetando plenamente el principio de la igualdad soberana de los Estados y al ponerlos en práctica se cumplirán estrictamente las condiciones en ellos contenidas. 3. De no existir los acuerdos o arreglos mencionados en el párrafo 2 del presente artículo, toda decisión de recurrir a esas técnicas especiales de investigación en el plano internacional se adoptará sobre la base de cada caso particular y podrá, cuando sea necesario, tener en cuenta los arreglos financieros y los entendimientos relativos al ejercicio de jurisdicción por los Estados Parte interesados. 4. Toda decisión de recurrir a la entrega vigilada en el plano internacional podrá, con el consentimiento de los Estados Parte interesados, incluir la aplicación de métodos tales como interceptar los bienes, autorizarlos a proseguir intactos o retirarlos o sustituirlos total o parcialmente.”

⁶³ Lafont Nicuesa, L., “El Agente policial encubierto”, op.cit.; pp. 300 - 302.

incluso cuando esto suponga ver reducidas sus posibilidades de actuación en comparación a su país de origen; cuarta, las autoridades españolas supervisarán al agente extranjero, quien deberá estar acompañado de un homólogo español y rendir cuentas ante el juez español sobre el progreso de la investigación; y quinta, existirá un deber de secreto por parte de las autoridades extranjeras manteniendo en secreto la identidad del agente⁶⁴.

En Francia, la figura del agente encubierto está diseñada de manera muy similar a la española, siendo su función también la búsqueda de pruebas para poder demostrar las actividades ilegales de una organización criminal. La diferencia es que el ordenamiento jurídico francés no diferencia la figura del agente encubierto de la del agente provocador. Y es que éste otorga una gran importancia al llamado principio de lealtad de la prueba, el cual, de acuerdo con la explicación de Falxa, consiste en la exclusión de aquellas pruebas obtenidas de manera desleal o fraudulenta, o cuando se haya comprometido la libertad de actuación del autor del delito. Quizá la mayor coincidencia respecto a España es que, si bien está prohibida la provocación de delitos, se admite la provocación en relación con la prueba: cuando preexiste una organización criminal dedicada a la venta de drogas, no supone una provocación solicitar estupefacientes a la misma, e incluso pueden utilizarse como prueba; si la misma aún no existiese, el agente encubierto no podría proponer su creación para que le suministren drogas, pues se consideraría provocación al delito⁶⁵.

Quizá resulte más esclarecedor un análisis de la legislación del Reino Unido, que Cocchini comienza criticando el contenido del artículo 282 bis de la LECrim, pues el *numerus clausus* de su párrafo cuarto no contempla la posibilidad de valerse del agente encubierto para recabar pruebas en delitos que tanto daño han hecho a la sociedad española como los delitos de financiación ilegal de los partidos políticos, los delitos contra la Administración pública, o los delitos contra la Administración de Justicia. Un aspecto destacable desde una perspectiva jurídico-penal es que el *numerus clausus* de la LECrim sí incluye delitos que el CP sanciona con penas más leves, como el robo y hurto de uso de vehículos (artículo 244 CP). Esto resulta incomprensible para Cocchini, toda vez que si en el tráfico de droga se permite la infiltración de agentes encubiertos para

⁶⁴ Lafont Nicuesa, L., “*El Agente policial encubierto*”, op.cit.; pp. 307 - 314.

⁶⁵ Falxa, J, “*Aspectos Procesales: Valoración de la prueba del agente encubierto, arrepentidos*” en Criminalidad Organizada Transnacional: una Amenaza a la Seguridad de los Estados Democráticos, (coord. Julio Ballesteros Sánchez), 1º edición, Ed. Tirant lo Blanch, 2017, pp. 841 - 851.

buscar las pruebas de un delito preexistente, lo mismo podría suceder en relación con los funcionarios estatales para averiguar si están dispuestos o no a dejarse sobornar. Sería no sólo posible, sino recomendable, introducir en el elenco del artículo 282 bis de la LECrim los delitos de corrupción, siendo el objetivo combatir la corrupción en el sector público en un país que se ha visto especialmente azotado por la misma. El Reino Unido ha sido pionero no sólo en cooperar con las autoridades policiales extranjeras para detectar actos de corrupción mediante las investigaciones encubiertas, sino también en el desarrollo de legislación que, a nivel estatal, permite usar las operaciones encubiertas para recaudar elementos útiles que serán posteriormente utilizados en un proceso penal (en este sentido, destaca, entre otras, la *Regulation of Investigatory Powers Act -RIPA-* del año 2000).

El RIPA británico permite servirse de las operaciones encubiertas en supuestos muy amplios, como los relativos a la seguridad nacional, la prevención y detección del crimen, e incluso el bienestar económico británico. No sólo eso, sino que su Sección 29 contiene una cláusula omnicomprendensiva pensada para cubrir las posibles lagunas y asegurar así su eficacia práctica. Es por esto que comparto la idea de Cocchini de que reproducir el modelo británico en países como España podría ser muy beneficioso, toda vez que no disponemos de medios jurídicos necesarios para contrarrestar la corrupción pública de manera eficaz y eficiente⁶⁶. Es destacable, por último, cómo a nivel internacional el debate entre incardinar la figura del agente encubierto en el Derecho procesal penal o en el Derecho penal sustantivo se ha saldado con una indudable victoria del primero, convirtiendo la LECrim española en una pieza de legislación que conviene actualizar, pero que alberga legítimamente lo relativo a esta controvertida figura.

⁶⁶ Cocchini, A., “La necesidad de las operaciones encubiertas como arma jurídica contra la corrupción (inter)nacional”, en *Revista Anales de Derecho*, vol. 37, n. 1, 2019, pp. 14 – 21.

6. Conclusiones.

PRIMERA.- Teniendo en cuenta las del mismo características estudiadas, la definición de agente encubierto es la de un funcionario de la Policía Judicial que actúa de manera clandestina, con identidad falsa o supuesta, y valiéndose del secreto y el engaño con la finalidad de reprimir o prevenir una serie de delitos delimitados mediante el *numerus clausus* del artículo 282 bis de la LECrim, pero respetando siempre un sistema de garantías que protege los derechos fundamentales de las personas investigadas.

SEGUNDA.- Me adhiero al sector de la doctrina que, admitiendo que la regulación simultánea de la exención de responsabilidad penal del agente encubierto y los límites de su impunidad en el artículo 282 bis, apartado quinto, párrafo primero, es, en realidad, una norma penal sustantiva en la que se regula una exención de responsabilidad penal a pesar de que alguna de las conductas del infiltrado sean subsumibles en algunos tipos penales, considera acertado su encuadramiento dentro de la LECrim. Y es que todo lo relativo al agente encubierto se basa en la obtención de pruebas con objeto de conseguir el convencimiento del juez, de manera que resulta lógico que esta figura se contemple prioritariamente en la normativa procesal penal, espacio en el que el legislador puede reflejar las necesidades específicas de esta figura sin arriesgarse a ampliar en exceso el artículo 20.7 del Código Penal, y sin tener que desarrollar un nuevo apartado específico dentro del artículo 20 de la norma sustantiva. El límite debe estar, considero, en la adecuación bilateral de estas normas, de forma, sobre todo, de que el contenido del Derecho procesal penal nunca vaya en el futuro más allá o sea incompatible con las previsiones más genéricas del artículo 20.7 del Código Penal español.

TERCERA.- Del análisis de Derecho procesal penal comparado, considero que hay que destacar la valiosa aportación de la legislación del Reino Unido. Y es que donde el párrafo cuarto del artículo 282 bis de la LECrim incluye un *numerus clausus* notablemente restrictivo que, en cualquier caso, excluye la posibilidad de valerse del agente encubierto para recabar pruebas en delitos manifiestamente lesivos para la sociedad española como los delitos de financiación ilegal de partidos, los delitos contra la Administración pública, o los delitos contra la Administración de Justicia, el Reino Unido ha sido pionero no sólo en la cooperación con autoridades policiales extranjeras para detectar actos de corrupción mediante las investigaciones encubiertas, sino también en el desarrollo de legislación a nivel estatal que le ha permitido valerse de agentes

encubiertos para recaudar elementos útiles susceptibles de ser utilizados con posterioridad en procesos penales para combatir, entre otras lacras, dicha corrupción.

No es necesario desarrollar legislación específica para aprovechar la experiencia del Reino Unido. Manteniéndonos en nuestra tradición continental, bastaría con ampliar el *numerus clausus* del párrafo cuarto del artículo 282 bis de la LECrim para incluir en el mismo los delitos mencionados, siendo una excelente idea la inclusión de una cláusula omnicomprendensiva que, sin desdeñar nunca la seguridad jurídica, permita cubrir las posibles lagunas de la legislación y asegurar su eficacia práctica. A nivel interno, esta podría ser una manera de contrarrestar la corrupción pública de manera eficaz y eficiente.

A nivel internacional, una adaptación de nuestro Derecho procesal penal como la propuesta permitiría una colaboración más estrecha y profunda con los Estados predispuestos a cooperar en la lucha contra ciertas modalidades de estos graves delitos.

7. Bibliografía y jurisprudencia utilizadas.

a. Bibliografía.

- Alcolado Chico, M., *La evolución hacia la moderna funcionalidad el Agente encubierto*: Incidencia de las nuevas reglas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. ”, en Revista Jurídica de Asturias, n. 39, 2016.
- Asencio Mellado, J. M., Fernández López, M., *“Justicia Penal y Nuevas Formas de Delincuencia”*, 1ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, 2017.
- Barona Vilar, S., *“Claves de la Justicia Penal”*, 1ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, 2019.
- Calaza López, S., *“Derecho Procesal Penal”*, 1ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, España, 2021.
- Castellví Monserrat, C., *“¿Están prohibidos los engaños policiales que no se encuentran expresamente permitidos? Infiltraciones policiales, agentes encubiertos y derechos fundamentales”*, en Política Criminal, vol. 17, n. 33, 2022.
- Castellví Monserrat, C., *“Provocar y Castigar”*, 1ª edición, Ed Tirant lo Blanch, España, 2020.
- Cocchini, A., *“La necesidad de las operaciones encubiertas como arma jurídica contra la corrupción (inter)nacional”*, en Revista Anales de Derecho, vol. 37, n. 1, 2019.
- Esteban Navarro M., Carvalho A., *“Inteligencia: Concepto y práctica”*, en Inteligencia, 1ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, 2010.
- Expósito López, L., *“El agente encubierto”*, en Revista de derecho, UNED, núm 17, 2015.

- Falxa, J, “*Aspectos Procesales: Valoración de la prueba del agente encubierto, arrepentidos*” en *Criminalidad Organizada Transnacional: una Amenaza a la Seguridad de los Estados Democráticos*, (coord. Julio Ballesteros Sánchez), 1º edición, Ed. Tirant lo Blanch, 2017.

- Ferreiro Baamonde, X., “*Derecho Procesal Penal*”, 1ª edición, Ed Tirant lo Blanch, España, 2020.

- Gascón Abellán, M., “*Los derechos fundamentales*”, 1ª edición, Ed Tirant lo Blanch, España, 2013.

- Gómez de Liaño Fonseca-Herrero, M., “*El uso de dispositivos electrónicos de captación de comunicaciones en operaciones de infiltración policial*” en *La nueva reforma del proceso penal. Derechos Fundamentales e Innovaciones tecnológicas* , Ed. Tirant lo Banch, España, 2018.

- González Cuellar Serrano, N., “*El principio de proporcionalidad en el Derecho Procesal Español*” en *Cuadernos de Derecho Público* núm. 5, 1998.

- González Cussac, J. L., Fernández Hernández, A., y Cuerda Arnau, M. L., “*Nuevas amenazas a la Seguridad Nacional*”, 1ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, España, 2013.

- Hernández Plasencia, J.U., “*Derecho Penal. Parte General. Introducción. Teoría Jurídica del Delito*”, 2ª edición, Ed. Comares, 2016.

- Hoyos Sancho, M., “*Abogacía y Proceso Penal*”, 1ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, España, 2021.

- Lafont Nicuesa, L., “*El Agente policial encubierto*”, 1ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, 2022.

- Millás Moret, V., “*El centro Nacional de Inteligencia: Una aproximación a su régimen jurídico*”, en *Revista de ciencias Jurídicas y Sociales, Foro Nueva Época*, nº 2/2005.

- Monserrat Castellví, C., *“El Delito Provocado: Límites y Fundamentos”*, 1ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, España, 2017.
- Muñoz Conde, F., *“Derecho Penal parte especial”*, 24ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, 2022.
- Ochoa Romero, R., *“Política Criminal mexicana en materia de delincuencia organizada”* en La Criminalidad Organizada, (director Juan José González Rus), 1º edición, Ed. Tirant lo Blanch, España, 2014.
- Pozo Pérez, M., *El agente encubierto como medio de investigación de la delincuencia organizada en la ley de enjuiciamiento criminal española*, Revista Criterio Jurídico, n. 6, 2006.
- Sanchis Crespo, C., Velasco Núñez, E. *“Delincuencia Informática”*, 1ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, 2019.
- Valiño Ces, A., *“Dimensiones operativas y normativas en la lucha contra el crimen organizado, Perspectivas de Reforma.”* 1º edición, Ed. J.M Bosch, 2021.
- Valiño Ces, A., *“La actuación del agente encubierto en los delitos informáticos tras la Ley Orgánica 13/20152”* en El Proceso Penal. Cuestiones Fundamentales, (coord. Olga Fuentes Soriano), 1º edición, Ed. Tirant lo Blanch, 2017.
- Villar Fuentes, I, *“Reflexiones sobre el agente encubierto informático”*, en El Proceso Penal. Cuestiones Fundamentales, (coord. Olga Fuentes Soriano), 1º edición, Ed. Tirant lo Blanch, 2017.
- Zafra Espinosa de los Monteros, R., *“El policía infiltrado”*, 1ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, España, 2010.

b. Jurisprudencia.

- STS nº 103/2003, de 28 de enero. ECLI:ES:TS:2003:429.
- STS nº 249/2004 de 26 de febrero. ECLI:ES:TS:2004:1294.
- STS nº 975/2007, de 15 de noviembre. ECLI:ES:TS:2007:7815.
- STS nº 1140/2010, de 29 de diciembre. ECLI:ES:TS:2010:7184.
- STS nº 104/2011, de 1 de marzo. ECLI:ES:TS:2011:1316.
- STS nº 406/2012, de 7 de mayo. ECLI:ES:TS:2012:3742.
- STS nº 793/2013, de 28 de octubre. ECLI:ES:TS:2013:5249.
- STS nº 835/2013, de 6 de noviembre. ECLI:ES:TS:2013:5453.
- STS nº 395/2014, de 14 de mayo. ECLI:ES:TS:2014:2114.
- STS nº 250/2017, de 5 de abril. ECLI:ES:TS:2017:1582.
- STS nº 313/2017, de 3 de mayo. ECLI:ES:TS:2017:1688.
- STS nº 591/2018, de 26 de noviembre. ECLI:ES:TS:2018:4038.
- STS nº 671/2018, de 19 de diciembre. ECLI :ES:TS:2018:4349.
- STS nº 104/2019, de 27 de febrero. ECLI: ES:TS:2019:658.
- STS nº 140/2019, de 13 de marzo. ECLI:ES:TS:2019:750.
- STS nº 171/2019, de 28 de marzo. ECLI: ES:TS:2019:1514.
- STS nº 682/2019, de 28 de enero. ECLI: ES:TS:2020:207.
- STS nº 503/2021, de 10 de junio. ECLI:ES:TS:2021:2331.
- STS nº 21/2022, de 13 de enero. ECLI:ES:TS:2022:50.