

11/06/2015 16:08:54 | Agente encubierto

La infiltración policial: en el límite del Estado de Derecho. El inminente agente encubierto informático. María Victoria Rodríguez Caro. Licenciada en Derecho y en Criminología. Máster en Sistema penal, Criminalidad y Políticas de Seguridad. Abogada. Fiscal Sustituta

La paulatina expansión del uso y del significado mismo de las investigaciones encubiertas merece nuestra atención, especialmente con motivo de la prevista introducción de la figura del Agente Encubierto Informático para la investigación de delitos cometidos por medio de Internet. La infiltración policial se abre paso como medio de prevención e investigación, no sólo para los delitos de narcotráfico y terrorismo, y se revela especialmente adecuado para detectar y reprimir la delincuencia en la red.

Normativa comentada

Art. 282 bis Ley Enjuiciamiento Criminal.

Propuesta de Código Procesal Penal de 2012,

Proyecto de Ley Orgánica de Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal “para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de investigación tecnológica” (aprobado por el Consejo de Ministros celebrado el 13 de marzo de 2015)

I. Introducción

Los Estados engañan. Engañan para protegerse, para perpetuarse, para mantenerse, para vencer. La Historia política es una sucesión de hechos que atestiguan cómo los Estados despliegan cuantos medios a su alcance encuentran para la defensa de los principios y las instituciones que los sustentan. Ningún Estado evita llegar a los límites de su propia legitimidad para alcanzar ese objetivo e incluso traspasarlos. La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010, en relación con las organizaciones criminales, señala que “la reacción penal frente a su existencia se sitúa, por tanto, en el núcleo mismo del concepto de orden público, entendido éste en la acepción que corresponde a un Estado de Derecho, es decir, como núcleo esencial de preservación de los referidos principios, derechos y libertades constitucionales”, justificando tal reacción por la necesidad de defender “la seguridad jurídica, la vigencia efectiva del principio de legalidad, los derechos y las libertades de los ciudadanos, en fin, la calidad de la democracia.”

Hasta el último tercio del siglo XX, el debate sobre la actuación del agente encubierto no resultaba de interés, en tanto la actuación de los Estados en tal sentido se circunscribía al tradicional ámbito del espionaje o el contraespionaje entre naciones. Pero con el nuevo milenio el terrorismo internacional ha adoptado nuevas formas de inquietud. La amenaza de un terror difuso, alimentado en las conciencias de los ciudadanos por actos cometidos en su propio territorio por organizaciones con sede en el exterior, la contrastada existencia de nacionales colaboradores con ese tipo de terrorismo, el fundamento religioso de esos actos terroristas y las demás circunstancias que caracterizan esa forma de delincuencia, promueven en la conciencia colectiva la aceptación del uso de instrumentos que, en otras circunstancias, habrían sido objeto de repulsa y reproche.

Resulta ya una obviedad señalar que el legislador de 1882 no pudo prever los fenómenos de nueva criminalidad, pero lo cierto es que operamos con un proceso penal que resulta anacrónico a la vista de los avances sociales, técnicos, tecnológicos de todo orden que han alterado profundamente la realidad sobre la que está llamado a actuar, lo que provoca importantes déficits en el cumplimiento de su finalidad, que no es otra que la averiguación del delito, como proclama el art. 299 Ley de Enjuiciamiento Criminal, y muy especialmente en lo relativo a la necesaria cobertura legal de cualquier procedimiento de pesquisa que no sea decimonónico, como la identificación por el ADN o la intervención de las comunicaciones, por poner sólo dos muestras.

Y dentro de la referencia a las nuevas técnicas de investigación criminal, una vuelta de tuerca lo constituye el empleo por parte del Estado no ya del secreto o la ocultación de la actividad investigadora, sino la del uso, directamente, del engaño frente a los ciudadanos. La infiltración policial se revela, en sus modernos orígenes, como útil mecanismo para la investigación del narcotráfico y el terrorismo, actividades esencialmente organizadas, pero en todo caso, esta nota dota de una especial gravedad y trascendencia socio-económica a la actividad delictiva, especialmente nociva cuando penetra en las instituciones del mismo Estado (piénsese en el tráfico de drogas en ciertos países americanos).

En España la muestra más conocida de la infiltración policial fue protagonizada por Mikel Lejarza Eguía, alias “Lobo” en su faceta de agente del SECED[1] y alias “Gorka” como militante de la banda terrorista ETA político-militar que fue capaz de no sólo hacerse pasar por terrorista sino de llegar hasta la cúpula de esta rama de ETA durante la década de 1970. A través de este policía encubierto, que usaba y aun hoy mantiene una identidad supuesta, el Estado puso a disposición de la banda terrorista una red de pisos que albergaban a los comandos por todo el territorio español, permitiendo la detención de más de 150 integrantes, entre ellos de la mayor parte de los dirigentes de ETA P-M[2].

Clásicamente por infiltración policial se entiende aquella técnica de investigación aplicable a la delincuencia organizada en que el instrumento que se utiliza es un funcionario de Policía, el agente encubierto, que se introduce en una organización criminal, cambiando de identidad, llevando a cabo tareas principalmente de represión y de prevención del delito, con el fin de ganarse la confianza del grupo, identificar a sus integrantes, obtener información en cuanto a su funcionamiento, financiación, etc., recaudar pruebas y, excepcionalmente, presentar testimonio de cargo ante la justicia[3].

Sin embargo, lo que para luchar contra terroristas y narcotraficantes se entendía como mecanismo casi natural de investigación, se ha convertido paulatinamente en una herramienta imprescindible para detectar y atajar otro tipo muy diverso y heterogéneo de criminalidad. Es decir, es posible la implementación de la investigación encubierta, aun tratándose de la investigación de delitos menos graves.

II. Regulación legal en España

Aunque, como ya se dejó dicho, la figura del Agente Encubierto es empleada anteriormente por el Estado español, su aparición en nuestro ordenamiento data de la reforma operada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la Ley Orgánica 5/1999, de 13 de enero, en materia de “perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves”, que crea un art. 282 bis en el Título III del Libro II relativo a la Policía Judicial dentro de la regulación del Sumario. Posteriormente, sobre el apartado número 4 incidió la Ley Orgánica 5/2010, de 23 de diciembre, en concreto sobre el catálogo de los delitos que es posible

investigar con esta técnica. Su redacción actual es la siguiente:

"1. 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.

2. 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.

Ningún funcionario de la Policía Judicial podrá ser obligado a actuar como agente encubierto.

3. 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.

4. A los efectos señalados en el apartado 1 de este artículo, se considerará como delincuencia organizada la asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer alguno o algunos de los delitos siguientes:

- 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.

5. El agente encubierto estará exento de responsabilidad criminal por aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, siempre que guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma y no constituyan una provocación al delito.

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

La tendencia de futuro es la sustitución de la obsoleta Ley de Enjuiciamiento Criminal por un moderno Código Procesal Penal planteando un cambio radical del sistema con la atribución de la instrucción al Ministerio Fiscal, pero como su implantación requiere, además de un amplio consenso político, un notable esfuerzo de dotación y redistribución de medios los últimos intentos, tanto el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 como la Propuesta de Código Procesal Penal de 2012, han quedado una vez más pospuestos, provocando una nueva reforma de la "parcheada" ley rituarial, el "Proyecto de Ley Orgánica de Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de investigación tecnológica" aprobado por el Consejo de Ministros celebrado el 13 de marzo de 2013, y actualmente en trámite parlamentario, que incorporará dos nuevos apartados, 6 y 7, al art. 282 bis con la siguiente redacción en el proyecto:

"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.

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.

El agente encubierto informático podrá intercambiar o enviar por sí mismo archivos ilícitos por razón de su contenido y analizar los algoritmos asociados a dichos archivos ilícitos".

Esta proyectada reforma es consecuencia de la necesidad ineludible de suplir lagunas de alegalidad, para dar cobertura legal a la actuación del policía infiltrado en espacios no ya privados sino íntimos del investigado, así como para abarcar ámbitos delincuenciales cada vez más amplios, como es el caso del uso de Internet y las nuevas tecnologías.

III. Delito provocado y Agente provocador

A menudo el caballo de batalla en juicio es precisamente la regularidad de la autorización y que ésta exista desde el inicio de la actuación del policía infiltrado ya que se trata de cuestiones cruciales no sólo en orden a la exculpación de los investigados, sino también por su incidencia en el iter criminis. Es recurrente argumento de la defensa que la actuación del infiltrado se produjo antes de la autorización judicial y que incluso es el germen del delito, que ha sido provocado por el policía, como agente provocador. Señala la sentencia del Tribunal Supremo 848/2003, 13 de junio,

"... el delito provocado aparece cuando la voluntad de delinquir surge en el sujeto, no por su propia y libre decisión, sino como consecuencia de la actividad de otra persona, generalmente un agente o un colaborador de los Cuerpos o Fuerzas de Seguridad, que, guiado por la intención de detener a los sospechosos o de facilitar su detención, provoca a través de su actuación engañosa la ejecución de una conducta delictiva que no había sido planeada ni decidida por aquél, y que de otra forma no hubiera realizado, adoptando al tiempo las medidas de precaución necesarias para evitar la efectiva lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido."

Ya la STS núm. 1344/1994, de 21 junio, anterior a la introducción del art. 282 bis LECrim., sancionaba tal forma de proceder, de la que decía "...lesiona los principios inspiradores del Estado democrático y de Derecho, afecta negativamente a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de su personalidad, fundamento del orden político y de la paz social según el artículo 10 de la Constitución, y desconoce el principio de legalidad y la interdicción de la arbitrariedad de los Poderes Públicos, contenidos en el artículo 9.3 de la misma, sin que resulte admisible que en un Estado de Derecho las autoridades se dediquen a provocar actuaciones delictivas."

Las consecuencias de la concurrencia del delito provocado las subraya la STS 575/13, de 28 de junio: "En estos casos, por lo tanto, además de la infracción de principios constitucionales, no puede decirse que exista infracción criminal más que en apariencia, pues no se aprecia riesgo alguno para el bien jurídico, como consecuencia del absoluto control que sobre los hechos y sus eventuales consecuencias tienen los agentes de la autoridad encargados, precisamente, de velar por la protección de aquellos bienes".

IV. Uso de engaño y respeto a los derechos fundamentales

La primera cuestión no exenta de polémica a pesar de más de los tres lustros de implantación, es la de la legitimación del uso del engaño para la invasión de la privacidad y la intimidad personal (art. 18.1 CE) con el consiguiente menoscabo de la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad del investigado (art. 10 CE) y especialmente cuando se produce la entrada del infiltrado en el domicilio del investigado con su consentimiento “viciado” por el engaño (art. 18.3 CE).

Sobre esta última cuestión el actual art. 282 bis guarda silencio, denunciando la STS 575/13 la necesidad de introducir una fórmula legitimadora a la manera del ordenamiento alemán en el que se inspiró el legislador del 1999:

“Estima la defensa que se habría vulnerado también el derecho a la intimidad de Nicanor, en la medida en que el agente encubierto compartió numerosos contactos, algunos de ellos, desarrollados en el propio domicilio de investigado.... La necesidad de incorporar a nuestro sistema procesal una norma que proporcione cobertura a las posibles entradas en el domicilio del investigado, sin otra autorización que un consentimiento viciado por el desconocimiento de la verdadera identidad del agente encubierto, resulta inaplazable.”

La modificación en trámite señala que “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”. Por su parte el proyecto de 2012, art. 408.1 aclara con contundencia:

"El agente encubierto podrá entrar en el domicilio de otro o en un lugar cerrado cuando sea autorizado para ello por alguno de los moradores o por una persona autorizada. El consentimiento del morador para la entrada del agente encubierto en su domicilio será válido aunque para su obtención el agente se valga del engaño que deriva del uso de la identidad supuesta."

Sumamente llamativa es la utilización por el legislador de la palabra engaño sin ningún tipo de pudor, optando por la postura más utilitarista, pues no se exige expresa autorización judicial cada vez que el AE se ve en la tesitura, considerando suficiente la que ampara en general la investigación encubierta, siempre que el engaño no exceda del que deriva del propio uso de identidad supuesta.

V. El Agente Encubierto es Policía Judicial

Esa es la opción legal actual en España, que excluye no sólo a los particulares[4] sino incluso a cualesquiera otros funcionarios que no sean Policía Judicial[5], lo que obliga a delimitar el concepto[6] de Policía Judicial[7], especialmente, la legitimidad de las investigaciones desarrolladas por funcionarios de la Agencia Tributaria[8] y también resulta controvertida la posibilidad de que los funcionarios de la Policía Local[9], así como que los funcionarios de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad extranjeros puedan actuar como agente encubierto. Igualmente se plantea el problema nunca resuelto, y que también rebrota de tanto en tanto, de la falta de delimitación del ámbito de actuación y falta de coordinación entre diferentes Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, tanto del Estado como de las Comunidades Autónomas, aspectos cuyo déficit pueden dar al traste con una investigación encubierta, e incluso poner en riesgo al funcionario infiltrado.

Sin embargo, el art. 406 de la propuesta de Código Procesal Penal de 2012 admite que la infiltración se

realice por funcionario de policía, sin exigir sin embargo que se trate de Policía Judicial, aunque restringe expresamente el concepto de agente encubierto a aquellos casos en que se desarrolla la investigación de forma continuada bajo una entidad supuesta, excluyendo los casos de actuaciones puntuales del agente, como es el caso de las entregas controladas.

VI. El infiltrado está exento de responsabilidad

Es consustancial a la actividad del infiltrado la ejecución de actividades penalmente típicas, y el legislador de 1999 expresamente prevé en el párrafo 5 del art. 282 bis que no responderá de “aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, siempre que guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma y no constituyan una provocación al delito” [10] y, en concreto, le autoriza para actuar bajo identidad supuesta y a adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos.

La naturaleza de la exención de responsabilidad puede radicar bien en una causa de justificación, eximiendo de responsabilidad al que infringe la ley en el cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un oficio, o en su caso, por obrar en estado de necesidad, o bien puede considerarse excusa absolutoria, en virtud de razones de política criminal, en cuyo caso afecta a la punibilidad del hecho que, por tanto, es injusto, surgiendo la oportuna responsabilidad civil por los daños causados y, de otro, que se aplican a aquellos en quienes concurra, pero no al resto de los partícipes.

La STS 395/2014, de 13 de mayo, parece optar por esta última opción al señalar que

“Ha de tratarse de un miembro de la policía judicial que, por resolución motivada, recibe una especie de autorización para transgredir la norma respecto a alguno de los delitos que se relacionan en el art. 282 bis, una especie de excusa absolutoria impropia recogida en una norma procesal. La exención de la responsabilidad criminal por los delitos en los que hubiera podido incurrir el agente encubierto se refiere a aquellas ilicitudes cometidas y que sean consecuencia directa de la autorización para la que se le confiere la condición de agente encubierto.”

Por el contrario, mayoritariamente la doctrina considera que se trata de una causa de justificación, que con la antijuridicidad excluye tanto la responsabilidad penal como la civil, en concreto, inserto en el art. 20.7 Código Penal lo que implica que la exención de responsabilidad, en su caso, alcanza a los partícipes, y opera en el ámbito de la responsabilidad civil, incluyendo en este extremo la responsabilidad civil subsidiaria del Estado, que en su caso responderá en vía administrativa por funcionamiento normal o anormal. Y ésta es la postura del proyecto de 2012 cuyo art. 409 se refiere al “alcance de la exoneración de responsabilidad: El agente encubierto estará exento de responsabilidad por aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, siempre y cuando el interés sacrificado tenga un valor proporcionalmente inferior al que pretende salvaguardar la investigación. 2. En ningún caso estará autorizada la provocación al delito.”

VII. Testimonio en juicio del agente encubierto y derecho de defensa

La infiltración policial se desarrolla en la fase instructora del procedimiento para surtir sus efectos en la fase de enjuiciamiento. Una y otra van precedidas por la labor de inteligencia policial.

Junto a los aspectos de reserva o preservación de la identidad real del AE, el precepto impone dos requisitos en la aportación de la información obtenida: la inmediatez y la integridad[11]. Se trata, sin duda, de garantizar el control judicial desde el inicio al fin dada la excepcionalidad de este mecanismo

de investigación, posibilitando el examen de la oportunidad, necesidad y, en definitiva, proporcionalidad tanto de su implementación en el caso concreto como de las prórrogas que se hubieren acordado.

Llegados a la fase de enjuiciamiento, el concreto medio de prueba que servirá de vehículo para introducir en el juicio oral la información dependerá de su naturaleza. Normalmente se propondrá la testifical del AE practicada así con la debida contradicción, cuyo testimonio se referirá tanto a lo que directamente haya percibido por sí mismo, como a aquellos hechos de los que haya tenido conocimiento que le hayan sido relatados por otros, en este caso como testigo de referencia. Igualmente su testimonio servirá para corroborar el de otras terceras personas que, sin su intervención pudieran mostrarse reticentes a declarar o incluso a decir la verdad; incluso pudiera producirse el careo del agente encubierto con estos testigos o incluso con los imputados. Las fotografías, grabaciones de imagen y/o sonido que haya obtenido el agente encubierto se aportará al juicio a fin de su apreciación judicial, pudiendo, en su caso, ser objeto de las oportunas pericias.

Para el caso de la testifical del AE en el juicio oral el art. 282 bis LECrim. permite el mantenimiento de la identidad falsa “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” de protección de testigos.

Pues bien, se hace preciso recordar que el art. 4.3 de la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección de testigos y peritos en causas criminales, dispone que

“sin perjuicio de lo anterior, si cualquiera de las partes solicitase motivadamente en su escrito de calificación provisional, acusación o defensa, el conocimiento de la identidad de los testigos o peritos propuestos, cuya declaración o informe sea estimado pertinente, el Juez o Tribunal que haya de entender la causa, en el mismo auto en el que declare la pertinencia de la prueba propuesta, deberá facilitar el nombre y los apellidos de los testigos y peritos, respetando las restantes garantías reconocidas a los mismos en esta Ley.”[12]

De esta forma, el mantenimiento de la identidad falsa en la fase de enjuiciamiento no podrá vulnerar el derecho de defensa, ni impedir la oportuna plenitud del principio de contradicción, debiendo desvelarse la condición de Policía Judicial e identificar al funcionario a través de su NIP o TIP en caso de ser admitido su testimonio.

En cuanto a la eficacia probatoria del testimonio del AE, expresamente contiene el tan citado art. 282 bis una regla de valoración: dicha información (...) se valorará en conciencia por el órgano judicial competente; este inciso resulta chocante por la aparentemente innecesaria, dados los términos en que se pronuncia el art. 741 de la LECrim. Pero el análisis de la génesis parlamentaria del precepto revela la polémica suscitada por la desconfianza de ciertos grupos parlamentarios[13] derivada de la “contaminación investigadora” del AE, exigiendo la corroboración periférica de su testimonio para poder ser considerada prueba de cargo suficiente para quebrar la presunción de inocencia. Finalmente se impuso la línea partidaria de la libertad en la valoración del testimonio del AE que es la regla general y mediante su expresa inclusión se ha evitado que por vía de interpretación jurisprudencial pudiera llegarse a una solución distinta.

La STS de 3 de marzo de 2011 razona sobre la validez del testimonio del agente encubierto como prueba de cargo suficiente para quebrar la presunción de inocencia:

"La Sala de instancia concede credibilidad a este testimonio y ya hemos dicho –por todas STS 545/2010 de 15.6– que las declaraciones testificales en el plenario de los agentes policiales sobre hechos de conocimiento propio al estar prestadas con las garantías procesales propias del acto, constituyen prueba de cargo apta y suficiente para enervar la presunción de inocencia (STS. 284/96 de 2.4). En este sentido el art. 717 LECrim. dispone que las declaraciones de las autoridades y funcionarios de la Policía judicial tendrán el valor de declaraciones testificales, apreciables como éstas, según las reglas del criterio racional".

VIII. Ámbito de aplicación de la infiltración policial

Se define, principalmente, por aplicarse a la investigación de la actividad criminal organizada, consistiendo ésta en el catálogo de los delitos del párrafo 4 del art. 282 bis LECrim.[14].

La infiltración judicial se justifica en atención a la aparición de nuevas formas de criminalidad, en concreto, la organizada, como respuesta compleja a un problema complejo. La complejidad comienza con el propio concepto de organización criminal. El legislador de 1999 proporcionó una definición ad hoc en el párrafo 4 del art. 282 bis: 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... Acoge, de esta forma, tres de las notas diferenciadoras: más de dos personas, actividad prolongada en el tiempo y entidad de los delitos que se sospecha persigue cometer la organización.

Por su parte, la LO 5/2010, de 22 de junio, ha introducido en el Código Penal los tipos de organización y grupo criminal, proporcionando un concepto auténtico de organización criminal en el art. 570 bis: "A los efectos de este Código se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos, así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas". Y el art. 570 ter CP define al grupo criminal como "la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos o la comisión concertada y reiterada de faltas".

La presencia en la agrupación de delincuentes de una estructura jerarquizada marca la principal diferencia entre la organización y el grupo criminal, en el que no está presente[15], como ocurre con la definición que proporciona el art. 282 bis LECrim. La consecuencia es que la reforma operada en el Código Penal ha abierto la posibilidad de aplicar la infiltración policial a las investigaciones del grupo criminal, tal como aparecía expresamente autorizado en el Proyecto de 2012.

Especial comentario merece la que se ha dado en llamar ciberdelincuencia, cuya importancia ascendente motiva la reforma en ciernes que se viene comentando. Internet constituye un nuevo espacio en el que se desarrolla la actividad delictiva más diversa, y la figura del agente encubierto se muestra como un medio eficaz para el descubrimiento y la persecución de quienes se aprovechan de la red para sus propósitos.

Entre los factores que propician la proliferación del crimen informático se suelen mencionar:

- Por su carácter impersonal, proporciona el anonimato que persigue quien no quiere ser descubierto en sus acciones ilícitas, las cuales a su vez, resultan más fácilmente ejecutables porque crean una mayor

conciencia de impunidad (los delitos de injurias, calumnias, contra la integridad moral, incluso en ámbitos como la violencia de género o escolar, tienen un caldo de cultivo en las redes sociales).

- La incomparable capacidad de difusión que proporciona, constituyendo una herramienta inigualable para la perpetración de determinados delitos y la consecución de los fines perseguidos por sus autores (destaca el terrorismo).
- A su vez, Internet es una fuente inabarcable de información que el ciberdelincuente a la vez extrae y emplea, dotando de nueva dimensión a delitos tan clásicos como la estafa, pero logrando mayores dificultades de persecución y control policial.
- En especial, el desarrollo del comercio electrónico en las últimas décadas ha venido acompañado del avance de la delincuencia que aprovecha las oportunidades que proporcionan los puntos débiles del sistema para obtener un lucro ilícito.
- La facilidad de obtención y difusión de contenidos multimedia favorece los comportamientos delictivos que recaen sobre este tipo de soporte, como ocurre con el incremento exponencial de ataques de todo tipo contra los derechos de propiedad intelectual
- El carácter global del sistema y la falta de fronteras, naturales o políticas, unido a la inmediatez de la transmisión de la información favorece la difusión y perpetración de los delitos y contribuye a universalizar determinadas formas de delincuencia.

Sin embargo, de la enumeración que contiene el párrafo 4º del art. 282 bis LECrim. resulta que quedan excluidos del uso de la técnica de la infiltración policial en la persecución de delitos tan informáticos como el de descubrimiento y revelación de secretos (art. 197 y ss. CP) o los de daños informáticos (art. 264 CP), los cuales no pueden ser considerados delitos de simple afectación a intereses particulares, porque en estos tipos se engloban conductas tan nocivas socialmente como la denegación masiva de servicio (DDoS), la infección masiva de ordenadores y programas o los estragos informáticos.

Todos estos factores que se han enumerado tienen especial incidencia en el caso de la actividad de pedófilos y pederastas, a los que Internet posibilita acercarse a sus víctimas aprovechando el anonimato y sin despertar sospechas en ellas mediante la adopción del “camuflaje” adecuado (las redes sociales ayudan a establecer no solo contactos virtuales, sino incluso personales, posibilitando así incluso “producir” material pornográfico), igualmente les permite tomar contacto entre ellos y realizar intercambio del material multimedia ilícito que de otro modo sería difícil (principalmente a través de las redes peer to peer –p2p–) y, desde luego, de menor envergadura, lo que contribuye a favorecer o reforzar las tendencias desviadas, a difundir los mecanismos de la ofensa, e incluso a favorecer la creación de una industria de este tipo de crimen.

Y los mismos factores que se vienen apuntando para el desarrollo de la ciberdelincuencia, especialmente el anonimato, la falta de contacto directo delincuente-víctima y la prosperabilidad del engaño, son los que hacen adecuada la investigación encubierta para el descubrimiento de los responsables de este tipo de delitos, especialmente graves por la vulnerabilidad de los destinatarios del ataque.

Ahora bien, el concepto de organización en la red también presenta perfiles propios, lo que se refleja en

la propia posición de la jurisprudencia. Conforme a la STS 1444/04, de 10 de diciembre, “tendrán la consideración de grupos organizados cualesquiera aquellos lugares de encuentro que son utilizados en Internet para la interrelación de diversas personas en torno a un tema común y con la finalidad, en muchos casos, de intercambiar material multimedia referido a ese tema, como serían los chats, comunidades virtuales, redes sociales, blogs, etc.” Por el contrario, la STS 913/2006, de 20 de septiembre, opta por un concepto más restrictivo, para que pudiera hablarse de organización delictiva, sería necesaria una estructura más compleja que la existente en los referidos lugares de encuentro de Internet.

Sin embargo, de nuevo aquí hay que hacer mención al origen de la infiltración policial como mecanismo para la investigación del narcotráfico, actividad esencialmente organizada, que dota de una especial gravedad y trascendencia socio-económica al delito de tráfico de drogas, especialmente nocivo cuando penetra en las instituciones del mismo Estado (piénsese en ciertos países americanos). Y lo que para este caso se preveía como natural, para el resto de los delitos se convierte en un estándar de proporcionalidad. Es decir, es posible la implementación de la investigación encubierta cuando, aun tratándose de la investigación de delitos menos graves (por ejemplo...), se trate de investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada. La razón de ser radica, de un lado en la especial gravedad de los delitos cometidos por las organizaciones criminales debido a la mayor facilidad para la perpetración por los mecanismos y medios empleados, el incremento de la impunidad que proporciona a los integrantes de la organización, así como de los potenciales efectos del delito; junto a ello, se justifica la necesidad de emplear medios de investigación nuevos para formas nuevas de delincuencia, allí donde fracasan los métodos tradicionales.

Pues bien, todos estos aspectos que son determinantes de la gravedad de las conductas y justifican el empleo de un policía infiltrado, concurren en el caso de los delitos cometidos a través de Internet (incremento de la facilidad de perpetración, de la impunidad y de los efectos), en especial la necesidad de emplear métodos nuevos allí donde los tradicionales no alcanzan (máxime cuando se trata de delitos relativos a la prostitución de menores y pornografía infantil). En consecuencia, la conceptualización de la exigencia de que se trate de actividades propias de la delincuencia organizada quizá debería adaptarse a la realidad de los grupos de intercambio de material pornográfico en la red[16].

Del mismo modo, también el concepto de policía infiltrado sufre una modulación en el ámbito de la ciberdelincuencia en general y de la pornografía infantil en Internet en particular, en tanto en cuanto precisamente por el anonimato que proporciona el medio, no suele ser preciso que se proporcione al agente encubierto la completa identidad falsa que es precisa en la compleja operación de infiltración ordinaria, bastando una identidad virtual, como menor o como pedófilo, y en su caso la creación de cuentas de correo electrónico, bancarias, etc.[17].

Sin embargo, la proyectada reforma sólo ha incidido en uno de los aspectos que, al respecto del policía encubierto informático se venía reclamando: al igual que en el tráfico de drogas se menciona expresamente alguna de las actuaciones ilícitas que desarrolla durante su infiltración (por ejemplo la entrega vigilada), se prevé que el ciberpolicía pueda intercambiar o enviar por sí mismo archivos ilícitos por razón de su contenido[18], y se le autoriza a analizar los algoritmos asociados a dichos archivos ilícitos sin precisar de una especial autorización judicial, entendiéndose amparado por la general concedida para la infiltración.

En cuanto al intercambio de archivos pedófilos, su uso policial deberá pasar el filtro de la

proporcionalidad, en función de la finalidad perseguida (igual que ocurre con la posesión o el transporte de drogas), de forma que la menor gravedad venga determinada por la índole del material difundido (mayor edad de los afectados, imágenes que no sean especialmente degradantes, y se trate de material ya difundido, procedente de intervenciones anteriores).

No obstante y en todo caso con la actual regulación, debe recordarse que la autorización del infiltrado conectado a la exigencia de una actividad criminal organizada se examina a tenor de los datos o indicios con que cuente el instructor al tiempo de autorizar la diligencia, con independencia de que posteriormente se constate o no la existencia de la organización o el grupo criminal, tal como razona la ya mencionada STS 767/2007, de 3 de octubre: "la estimación de una presumible organización constituye un juicio de valor "ex ante" plenamente justificado cuando se adoptó la medida, barajándose la presencia de un grupo organizado como previsión más lógica y razonable."

IX. Bibliografía

Aguado Correa, T., González Cano, M^a. I.; Mapelli Caffarena, B.: Estudios sobre Delincuencia Organizada. Medios, instrumentos y estrategias de la investigación policial, Sevilla, 2001.

Alonso Pérez: Medios de investigación en el proceso penal. Legislación, comentarios, Jurisprudencia y formularios. Dykinson, Madrid, 2003.

Arocena, G.A.: "El agente encubierto. Consideraciones político-criminales", VV.AA., Temas de derecho procesal penal (Contemporáneos), Cafferata Nores, J. I. y Arocena, G.A., coords., Córdoba, 2001.

Cabezudo Bajo: La inviolabilidad del domicilio y el proceso penal, Iustel, Madrid, 2004.

Delgado Martín, J.: Criminalidad Organizada y El proceso penal ante la delincuencia organizada. El agente encubierto. Barcelona, 2001.

De Llera Suárez-Bárcena, "Las funciones de policía judicial encomendadas a las Policías Locales", Rev. Almotacen, nº 6 –Otoño 1986–, págs. 8 y ss.

Del Pozo Pérez, Marta: El agente encubierto como medio de investigación de la delincuencia organizada en la ley de enjuiciamiento criminal española. Criterio Jurídico. Departamento de Ciencia Jurídica y Política de la Pontificia Universidad Javeriana. Santiago de Cali, Volumen 6 (2006).

Gascón Inchausti, F.: Infiltración Policial y Agente Encubierto, Edit. Comares, Granada 2001.

Gómez de Liaño Fonseca-Herrero: "Infiltración policial y proceso penal", en Investigación y prueba en el proceso penal (Director Nicolás González-Cuellar Serrano) y Límites y garantías procesales en la investigación mediante agentes encubiertos, en LA LEY, diciembre de 2004.

Gutiérrez-Alviz Conradi, F. (Director): La criminalidad organizada ante la Justicia. Universidad de Sevilla y UIMP, Sevilla 1996.

Herrero-Tejedor: La intimidad como derecho fundamental, 11^a ed., 1998, Colex, Madrid.

Jakobs, G.: "Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico", VV.AA., Bases para una teoría funcional del Derecho penal, Lima, 2000.

Jiménez Campo, J.: "La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones", REDC, núm. 20, 1987.

López Barja de Quiroga: "El agente encubierto", Diario LA LEY 4778, Madrid, 1999. Tratado de Derecho Procesal Penal, 2ª ed., Navarra, 2007.

López-Fragoso Álvarez: Las intervenciones telefónicas en el proceso penal, Colex, Madrid, 1991.

López Ortega, J.J.: La intimidad como bien jurídico protegido, en Estudios sobre el Código Penal de 1995 (Parte Especial), Cuadernos de Derecho judicial, Madrid, 1996, págs. 286 y ss.

Montón García: Agente provocador y agente encubierto: ordenemos conceptos, LA LEY, 1999

Montoya, Mario Daniel: Informantes y técnicas de investigación encubiertas: análisis constitucional y procesal penal. Buenos Aires, Ad-Hoc S.R.L., 1998.

Morales Prats, F.: Los delitos contra la intimidad en el Código Penal de 1995: reflexiones político-criminales en Estudios sobre el Código Penal de 1995 (Parte Especial), Cuadernos de Derecho judicial, Madrid, 1996.

Noya Ferreriro, M.L.: La intervención de las comunicaciones orales directas en el proceso penal, Valencia, 2000.

Pardo Falcón, J.: "Los derechos del artículo 18 de la Constitución Española en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional", REDC, núm. 34, 1992.

Redondo Hermida, A.: "El agente encubierto en la jurisprudencia española y en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", La Ley Penal, núm. 45, Madrid, 2008.

Rifa Soler: "El agente encubierto o infiltrado en la nueva regulación de la LECrim." Revista del Poder Judicial, nº 55, 1999, págs. 157-187.

Ruiz Antón: El agente provocador en el Derecho Penal, Madrid 1982.

Velasco Núñez, E.: "Novedades técnicas de investigación penal vinculadas a las nuevas tecnologías", Revista de Jurisprudencia El Derecho, nº 4. El Derecho Editores.

Zafra Espinosa de los Monteros, R.: El policía infiltrado. Los presupuestos jurídicos en el proceso penal español. Editorial Tirant lo Blanch. Colección Monografías. Valencia 2010

BOCG. Congreso de los Diputados, serie B, núm. 89-6, de 06/03/1998.

<http://www.europol.int>

[1] En el año 1972 se promulga el Decreto que formaliza la creación del Servicio Central de Documentación, el SECED, que se constituye como Dirección General de Presidencia del Gobierno y que dependía directamente del Almirante D. Luís Carrero Blanco, entonces Ministro Subsecretario de la Presidencia, asesinado por ETA el 20 de diciembre de 1973. La misión principal del SECED era lo que entonces se llamaba contrasubversión, es decir, el conocimiento de los que en esos días, con más fuerza que antes, se oponían de una u otra forma al agonizante régimen franquista. Así, se daba cobertura administrativa a la Organización Contrasubversiva Nacional (OCN).

[2] Sobre el tema, muestra de periodismo de investigación es el relato de Manuel Cerdán y Antonio Rubio titulado Lobo: un topo en las entrañas de ETA, Plaza & Janes Editores, 2003 y la película El Lobo, dirigida por Miguel Courtois, estrenada en el año 2004 y protagonizada por Eduardo Noriega.

[3] En este sentido puede consultarse: Riquelme Portilla, Eduardo; Montoya, Mario Daniel; Rendo, Ángel Daniel y Arciniegas Martínez, Guillermo Augusto, entre otros.

[4] En otros países como Colombia, es posible autorizar la infiltración de un particular, en la Ley 906 del Código de Procedimiento Penal de 2004, que consagra de manera más amplia la figura del agente encubierto en su artículo 242, como medio de investigación, tanto en el plano nacional como para la cooperación internacional: "Así mismo, podrá disponerse que actúe como agente encubierto el particular que, sin modificar su identidad, sea de la confianza del indiciado o imputado o la adquiera para los efectos de la búsqueda y obtención de información relevante y de elementos materiales probatorios y evidencia física."

[5] La Sentencia del Tribunal Supremo 562/2007, de 22 de junio, recuerda que "Corresponde al Estado, a través del legislativo, la determinación de los órganos a los que se encomienda la función de policial judicial, sin que los Jueces de instrucción puedan atribuir funciones de policía judicial a cualquier funcionario o trabajador por cuenta de empresa privada, las funciones de policía judicial, sin perjuicio del deber de colaboración que a todos corresponde."

[6] En el Proyecto 2012 el artículo 407: 1. Ningún funcionario policial podrá ser obligado a actuar como agente encubierto. 2. En ningún caso los particulares podrán actuar como agentes encubiertos. 3. No tendrán tal consideración los confidentes ni los arrepentidos.

[7] La Policía Judicial tiene por imperativo constitucional, conforme al artículo 126 de la CE, la averiguación del delito y el descubrimiento del delincuente. Junto a este precepto constitucional, el marco genérico de actuación de la Policía Judicial lo constituyen el artículo 282 de la LECrim., el art. 11.1 de la LO 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, el art. 14 de la LO 1/1992, de 21 de febrero, sobre protección de la seguridad ciudadana, y especialmente el artículo 547 Ley Orgánica del Poder Judicial señala que: "La función de la Policía Judicial comprende el auxilio a los Juzgados y Tribunales y al Ministerio Fiscal en la averiguación de los delitos y en el descubrimiento y aseguramiento de los delincuentes. Esta función competará, cuando fueren requeridos para prestarla, a todos los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, tanto si dependen del Gobierno central como de las Comunidades Autónomas o de los entes locales, dentro del ámbito de sus

respectivas competencias."

[8] El recientemente conocido como caso Rato ha resucitado la polémica, sobre la que versa el Acuerdo del Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2003 que aclaró la debatida cuestión de si el Servicio de Vigilancia Aduanera podía ser considerado Policía Judicial a los efectos de reprimir los delitos en el ámbito de sus competencias, señalando que el SVA no constituye policía judicial en sentido estricto, pero sí en sentido genérico del artículo 283.1 de la LECrim., que sigue vigente conforme a lo establecido en la disposición adicional primera de la LO 12/95, de 2 de diciembre sobre represión del contrabando. En el ámbito de los delitos contemplados en el mismo tiene encomendadas funciones propias de Policía Judicial, que debe ejercer en coordinación con otros cuerpos policiales y bajo la dependencia de los Jueces de Instrucción y del Ministerio Fiscal. Las actuaciones realizadas por el Servicio de Vigilancia Aduanera en el referido ámbito de competencia son procesalmente válidas.

[9] Respecto a los miembros de la Policía Local, ha negado Delgado Martín su condición de funcionarios de la policía judicial por atribuirles "el carácter meramente colaborador de la Policía Judicial" en base al art. 53.1 g) LO 2/1986, pero esta no es una opinión pacífica, pudiendo dar cobertura legal a su actuación como infiltrados el propio tenor del art. 547 LOPJ, así como los art. 29 y ss de la LO de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Respecto al policía extranjero que se infiltra en una organización con repercusiones en el territorio español, no contiene referencia expresa a esta cuestión el art. 282 bis de la LECrim, por lo que habrá que estar a los tratados y convenios internacionales suscritos por España sobre la materia. Y en el ámbito europeo destaca el Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea (2000/C 197/01), cuyo art. 14 prevé la colaboración entre estados miembros para la efectividad de las investigaciones encubiertas.

[10] En opinión de López Barja de Quiroga, J., Tratado de Derecho Procesal Penal, págs. 532-534, serían cuatro los requisitos con relación a la exención de responsabilidad del infiltrado: a) agente encubierto: la exención de responsabilidad no sería aplicable a cualquier funcionario de Policía Judicial que se encontrara en las mismas circunstancias que el agente encubierto y hubiera actuado de idéntica forma, pues, es preciso que formalmente le haya sido otorgada la licencia de trasgresor legal; b) consecuencia necesaria: las actuaciones del infiltrado que generan responsabilidad penal han de ser consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación; c) proporcionalidad: la cual será averiguada tomando en consideración la actuación del agente encubierto y la finalidad de la investigación; d) no provocación: refiérese al hecho de la responsabilidad criminal del agente provocador por tentativa, J., Tratado de Derecho Procesal Penal, cit., págs. 532-534.