

ISABEL M^a VILLAR FUENTES

El agente infiltrado y las diligencias de investigación tecnológica

SOMMARIO: 1. Tratamiento legislativo. - 2. Concepto. Punto de partida. - 3. Novedades de 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. - 4. Regulación del agente encubierto informático. - 5. Cuestiones sobre el agente encubierto informático. - 5. Conclusiones.

1. Tratamiento legislativo

La figura del agente encubierto es regulada por vez primera en la Ley de Enjuiciamiento Criminal¹, en el art. 282-*bis*,² el cual fue introducido por la LO

¹ En adelante se citará como LECrim.

² Artículo 282 bis: "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,

5/1999, 13 Enero, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves.

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 tecnológica³, añade dos nuevos apartados 6 y 7 al artículo 282 bis, para regular el agente encubierto informático, con la siguiente redacción:

«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.

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.”

³ En adelante LO 13/2015.

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.»

El Anteproyecto de Ley Orgánica para un nuevo Proceso Penal, también planteó la inclusión de un nuevo apartado, al art. 282 bis⁴ referido también al tratamiento del agente encubierto en canales informáticos.

Concepto. Punto de partida.

2.1. ¿Qué autoriza la figura del agente encubierto?

Identidad falsa

Adquirir y transportar objetos, efectos e instrumentos

Diferir incautación de los efectos

a) El agente encubierto supone, en primer lugar una identidad falsa, presupuesto que es preciso matizar, pues en ocasiones la identidad del sujeto es la auténtica, tanto su persona, como su profesión, pero lo que es falso es la finalidad del sujeto en la actividad delictiva. De tal modo que no se trata de un agente corrupto, sino en realidad es un agente encubierto.

Esto sucede en aquellos casos en los que, la banda criminal pretende reclutar a miembros de fuerzas de seguridad del Estado, para participar en la comisión de un hecho ilícito.

La identidad del agente no es falsa, al contrario, precisamente por ser quien es por lo que se le hace una oferta de participación en la conducta criminal. Sí es falsa, la finalidad del agente, en esos casos, pues su participación no persigue la comisión del ilícito, sino al contrario perseguirlo.

b) La figura prevé de modo general la adquisición y transporte de objetos, efectos e instrumentos. No concreta el artículo, tales objetos, pero se entiende que se trata de mercancías y material de origen delictivo, bien por su naturaleza, bien por ser medio para la comisión de actos criminales.

c) La tercera actividad permitida, tampoco es explicada, pero debe ser interpretada, como la demora en la aprehensión de material delictivo, con la

⁴Artículo 282-bis. “6: Los funcionarios de la Policía Judicial podrán actuar con identidad supuesta en los canales de comunicación abiertos a una pluralidad indeterminada de personas para la detección y esclarecimiento de delitos que puedan ser cometidos por medios informáticos o a través de telecomunicaciones o servicios de comunicación. Cuando como consecuencia de la utilización de dicha identidad el funcionario sea aceptado en comunicaciones mantenidas en canales cerrados de comunicación, podrá seguir manteniendo la identidad supuesta 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 b, apartado 2, párrafo a).”

finalidad de servir de medio, para una investigación criminal de mayor calado.

Supuestos necesarios

Delincuencia organizada.

En efecto, el art. 282 bis, cita en el apartado 1, el requisito de “delincuencia organizada”, pero es el apartado 4º, el que incorpora una definición de delincuencia organizada -la asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer alguno de los delitos enumerados-, deja bien claro que ese concepto se refiere, exclusivamente, “... a los efectos señalados en el apartado 1 de este artículo”, es decir, “... cuando se trate de investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada”. El precepto, como puede apreciarse, circunscribe su alcance a la fase de investigación, en la que, por definición, no pueden manejarse verdaderas pruebas, sino indicios que luego merecerán o no su traducción en una tipicidad más agravada. Además, alude a actividades propias de la delincuencia organizada, locución más flexible, referida a la metodología de la dedicación delictiva, más que a la prueba efectiva de la pertenencia del sospechoso a una organización, dato que podrá luego confirmarse o no⁵.

En una línea similar, la cita de la STS 767/2007, 3 de octubre (RJ 2007, 7297), evoca un supuesto similar, donde el Juez instructor autorizó la infiltración de un agente encubierto para la investigación de una red de pedofilia y se alegó la nulidad de esa diligencia al no haberse dado por probada la existencia de una organización. Al respecto el Tribunal Supremo afirmó que “... 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”.

Autorización agente encubierto

Resolución fundada del Juez de Instrucción / Solicitud Ministerio Fiscal.

El procedimiento de solicitud, concesión y tramitación del agente encubierto, su pone la intervención de distintos protagonistas.

⁵ Sentencia num. 575/2013 de 28 junio (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Droga en colaboración con la DEA norteamericana.

En primer lugar, hay que distinguir la posible solicitud de autorización de un agente encubierto, por parte del Ministerio Fiscal. Solicitud que implicaría un informe, justificando la necesidad del agente *“su necesidad a los fines de la investigación”*. Pero la redacción del art. 282 bis, apartado 1 es un tanto confusa, pues parece que el Ministerio Fiscal puede autorizarlo, mediante resolución fundada, pero debe ponerlo en conocimiento del Juez. Sin embargo, no queda claro el papel que juega el Juez en este caso, si puede revocarla, sino está conforme o si por el contrario, solo puede proceder a confirmarla. Es el Juez de Instrucción competente, el que tras analizar la necesidad y conveniencia de la media, podrá autorizar al agente encubierto, mediante resolución fundada, *“a actuar bajo identidad supuesta y a adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos”*.

Por último, es el Ministerio de Interior el que otorga la identidad supuesta, teniendo en cuenta que tal identidad se mantendrá en el momento de testificar en el proceso. Sin olvidar aquí, el art. 282 bis, ap. 2, los protocolos de Protección de Testigos, de la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre. La resolución fijará un plazo, para la identidad supuesta y actividades autorizadas, de seis meses prorrogables. Respecto a la prórroga, tampoco queda claro si puede competer al Ministerio Fiscal, o ya queda en manos del Juez exclusivamente.

Exento de responsabilidad criminal.

El apartado 5 del art. 282 bis LECrim, prevé que el agente encubierto estará exento de responsabilidad criminal, cuando se cumplan dos condiciones: la proporcionalidad actuaciones y que no exista provocación al delito.

Esta cuestión, quizás sea una de las más delicadas, debatidas y conflictivas, pues pretende ser el asidero de la defensa en el proceso penal. En los casos de procesos, donde los medios probatorios irrefutables de la comisión del delito, por parte de los acusados, proceden del material aportado por los agentes encubiertos, éstos intentan ser destruidos por parte de las defensas. Los abogados de los sujetos sentados en el banquillo, se aferran a falta de proporcionalidad de las actuaciones y a una provocación del delito, como medio para dejar sin efecto en el juicio, todo lo probado, a través del material conseguido por el agente encubierto. Estas cuestiones, son tratadas, más adelante en las reflexiones sobre cuestiones debatidas.

No obligatoriedad a actuar como agente encubierto.

El segundo párrafo del apartado 2 del art. 288 bis LECrim establece “*Ningún funcionario de la Policía Judicial podrá ser obligado a actuar como agente encubierto.*”.

Es evidente, que dados los riesgos personales y profesionales, que implican las actuaciones del agente encubierto, se trata de una actividad totalmente voluntaria.

Delitos susceptibles de investigación mediante agente encubierto

El apartado 4 del art. 282 bis originario, circunscribía al posible ámbito de actuación del agente encubierto, en los casos de delincuencia organizada, que señalábamos al principio. Pero este apartado 4 también, recoge un listado de delitos, para los cuales se prevé posible la intervención del agente.

Tráfico ilícito de órganos humanos

Secuestro de personas

Trata de seres humanos

Prostitución

Patrimonio y orden socio económico

Propiedad intelectual e industrial

Contra derechos de los trabajadores

Contra derechos ciudadanos extranjeros

Tráfico de especies de flora o fauna

Tráfico de material nuclear y radiactivo

Contra salud pública

Falsificación de moneda

Tráfico y depósito de armas, municiones

Terrorismo

Patrimonio histórico

Parece, que se trata de dos condiciones, que necesitan ser concurrentes, es decir, que se trate de delincuencia organizada y además se cometa alguno de los delitos de la lista, que entendemos cerrada. Estas dos condiciones, unida al *numerus clausus* de delitos, parecen innecesarias, pues no aportan mayores garantías y sin embargo pueden poner trabas en una investigación criminal.

3. Novedades de 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

La LO 13/2015 incluye como novedad, la figura del agente informático, tal y como señalábamos al principio. Sin embargo, no aparece la referencia hasta llegar el segundo párrafo del apartado 7 y los dos apartados reflejan una

aparición de desorden, Esto se debe, a que el apartado 6 cita intervenciones en medios informáticos, para pasar a la grabación de lo presenciado por el agente, incluido en el domicilio, para volver al agente en el entorno informático del apartado 7.

El nuevo apartado 6, que introduce la LO 13/2015, plantea la posibilidad de actuar bajo identidad supuesta y entrar en comunicaciones en canales cerrados, para los delitos del apartado 4 del art. 282 bis LECrim o delitos previstos en el art. 588 ter a LECrim. La remisión a este artículo, en lugar de citar el ámbito de aplicación, de forme expresa en el apartado 6, lleva a un recorrido por el articulado, pues el art 588 ter a, a su vez remite al art. 579.1 LECrim. Todo ello, para al final caer en repeticiones pues estos delitos son: delitos dolosos, mínimo 3 años; delitos dentro de organización criminal; delitos de terrorismo.

La única novedad, aportada por esta peregrinación son *“los delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión”*. La referencia a delincuencia organizada y delitos de terrorismo ya están presentes en el apartado 4 del art. 288 bis.

El nuevo apartado 7, que introduce la LO 13/2015 prevé, que mediante autorización judicial grabaciones imágenes y conversaciones, que puedan mantenerse en los contactos entre agente e investigado, incluso si se desarrollan en domicilio.

4. Regulación del agente encubierto informático

Dificultades en la aplicación de la regulación general del agente encubierto al agente encubierto informático

Actividad y contactos previos a la autorización judicial

En el tratamiento legislativo del agente encubierto veíamos el procedimiento y tramitación de la solicitud y concesión, el cual resulta evidente que no es rápido e instantáneo. Por ello es normal que se produzca una actividad previa a la concesión, más aún si se tiene en cuenta que, la posibilidad de “entrar” en una organización criminal no es de fácil acceso, ni rápido. Por ello, esas primeras aproximaciones son normales y necesarias en el desarrollo normal de la investigación. En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo 575/2013 de 28 de Junio⁶: “La existencia de un contacto previo entre el recurrente y el agente encubierto, en una relación derivada de las labores de prevención y captación de información propias de las Fuerzas y Cuerpos de

⁶ Sentencia num. 575/2013 de 28 de junio (Sala de lo Penal, Sección 1ª), el Tribunal Supremo confirma la condena de narcotraficante.

Seguridad del Estado, en modo alguno conlleva una infracción de alcance constitucional...”

Carecería de sentido, con el fin de sostener la validez de la diligencia de prueba, la exigencia de que la autorización del agente encubierto se produzca a ciegas, con exclusión de cualquier contacto previo entre la persona que va a infiltrarse en la organización y quienes aparecen como miembros sospechosos de una red delictiva. Es contrario a elementales máximas de experiencia concebir la infiltración en un grupo criminal como la respuesta a una invitación formal a un tercero que, de forma inesperada, curiosease entre los preparativos de una gran operación delictiva. La autorización judicial, por sí sola, no abre ninguna puerta al entramado delictivo que quiere ser objeto de investigación. Antes al contrario, la cerraría de forma irreversible. De ahí que esa resolución tiene que producirse en el momento adecuado que, como es lógico, no tiene por qué ser ajeno a una relación previa que contribuya a asentar los lazos de confianza.”

Se plantean tres problemas en estos contactos previos:

Material probatorio generado en ese tiempo

Los primeros contactos y aproximaciones del agente, con la organización criminal, en general, o con algún investigado, en particular, empiezan a facilitar información, que en el futuro puede ser utilizado como material probatorio.

El agente en esos momentos, todavía “no encubierto” es testigo de conversaciones y actividades, sobre las que podrá y deberá declarar en la vista oral. No puede obviarse y destruir toda la investigación realizada, con anterioridad a la autorización como agente encubierto.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo 655/2007, de 25 de junio⁷ “... el que un funcionario policial lleve a cabo tareas de investigación antes de llegar a tener el carácter que regula el art. 282 bis no implica que no pueda servir válidamente como testigo respecto a lo visto y oído en tiempo anterior. Lo que diferenciará uno y otro tiempo es que la exención de responsabilidad penal, que regula el número 5 de dicho artículo, para actividades dotadas de proporcionalidad con la finalidad de la investigación y que no constituyan provocación al delito, no será aplicable al período previo {cfr. Sentencia Tribunal Supremo 154/2009, 6 de febrero (RJ 2009, 3056) y 655/2007, 25 de junio (RJ 2007, 7294)}].

En la misma línea, la Sentencia del Tribunal Supremo 655/2007, de 25 de junio: “Ahora bien, el que un funcionario policial lleve a cabo tareas de

⁷ Sentencia num. 655/2007 de 25 de junio (Sala de lo Penal, Sección 1ª), caso GRAPO.

investigación antes de llegar a tener el carácter que regula el art. 282 bis no implica que no pueda servir válidamente como testigo respecto a lo visto y oído en tiempo anterior. Lo que diferenciará uno y otro tiempo es que la exención de responsabilidad penal, que regula el número 5 de dicho artículo, para actividades dotadas de proporcionalidad con la finalidad de la investigación y que no constituyan provocación al delito, no será aplicable al período previo.

El testigo fue sometido al interrogatorio de las partes durante el juicio oral, y, así, su testimonio a los principios de oralidad, inmediación y publicidad. Y no pudo encerrar indefensión para las partes acusadas el que no fuera interrogado durante la instrucción, pues el contenido del eventual objeto de sus declaraciones se desprendía del escrito de los folios 1363 y siguientes, unido al procedimiento en Santo del año 2002; y el Ministerio Fiscal propuso, como medios probatorios, junto a sus conclusiones provisionales, la prueba testifical consistente en la declaración del " agente encubierto de la Guardia Civil con identidad supuesta de Agustín " y, como documental, los folios 1116 a 1465; no se originó sorpresa alguna para las Defensas.

También la Sentencia del Tribunal Supremo 835/2013, de 6 de Noviembre⁸, donde se solicitó la nulidad de todo lo actuado, "por no haberse respetado las reglas del art. 282 bis LECrim (LEG 1882, 16), que rigen en la materia". El argumento esgrimido por la defensa, fue que la actuación del agente encubierto que intervino en la causa se produjo con anterioridad, fuera y al margen del auto habitante, de 7 de septiembre de 2009, del Juez Central de Instrucción n.º 2; y que aquel, al obrar así, lo hizo, en realidad, como agente provocador del delito.

Determinante la Sentencia del Tribunal Supremo 1114/2002, 12 de Junio⁹, que "... es cierto, como señala el recurrente, que en la fecha de los hechos no existía una previsión legal de las actuaciones del llamado agente encubierto. Pero eso no significa que su actuación haya de considerarse fuera de la ley y así lo había entendido la jurisprudencia de esta Sala [Sentencia del Tribunal Supremo de 5 Jun. 1999 (RJ 1999, 5466)], que afirmó que la falta de autorización judicial o del Ministerio Fiscal en el empleo de agentes encubiertos no impide valorar como prueba sus declaraciones. Se trata de una actuación de la Policía Judicial en cumplimiento de las funciones que el ordenamiento le impone en relación a la averiguación de los delitos y al

⁸ Sentencia del Tribunal Supremo num. 835/2013 de 6 de Noviembre (Sala de lo Penal Sección 1ª), drogas en la aduana de Algeciras.

⁹ Sentencia del Tribunal Supremo num. 1140/2010 de 29 de Diciembre (Sala de lo Penal Sección 1ª), comando terrorista islamista.

descubrimiento y aseguramiento de los delincuentes [artículo 126 de la Constitución (RCL 1978, 2836)], que será lícita si no se convierte en una provocación al delito y no afecta de otra forma a derechos fundamentales, lo cual no consta que se haya producido en la investigación de los hechos objeto de la presente causa, tal como se ha puesto de manifiesto en los anteriores Fundamentos de Derecho ".

Posibles ilícitos cometidos por el agente encubierto

Los apartados 6 y 7, introducidos por la LO 13/2015 no abordan de forma diáfana, los presupuestos o los casos en que el agente encubierto, estaría o no cometiendo un ilícito, por lo que se deja a un análisis posterior, por el órgano judicial competente, que genera una importante inseguridad jurídica.

Habría que interpretar con posterioridad, si se produce una falta de proporcionalidad, un exceso en las actividades permitidas por la figura.

Agente provocador

La línea divisoria entre la entrada de un agente encubierto en organización criminal y la provocación al delito, ha tenido que ser definida en reiteradas ocasiones por el Tribunal Constitucional. La intervención en el ilícito penal del agente, pretende ser denunciada en muchas ocasiones, por los argumentos de las defensas, como actividad necesaria para el mismo, de modo que de lo contrario no se hubiese materializado el delito y por tanto se trate como provocación.

El Tribunal Constitucional define de forma clara la verdadera conducta de provocación citando la Sentencia del Tribunal Supremo 848/2003, 13 de junio precisa que "... 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. Tal forma de proceder 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 (RCL 1978, 2836) , 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 [Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1344/1994, de 21 junio (RJ 1994, 5215)]. Hemos dicho en la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1992/1993, 15 de septiembre (RJ 1993, 7144) , que «para la existencia del delito provocado es exigible que la provocación – en realidad, una forma de instigación o inducción– parta del agente provocador, de tal modo que se incite a cometer un delito a quien no tenía previamente tal propósito, surgiendo así en el agente todo el «*iter criminis*», desde la fase de ideación o deliberación a la de ejecución, como consecuencia de la iniciativa y comportamiento del provocador, que es por ello la verdadera causa de toda la actividad criminal, que nace viciada, pues no podrá llegar nunca a perfeccionarse, por la ya prevista «ab initio» intervención policial.”

Doctrine of entrapment

Al tratar la figura del eventual “agente provocador” surge necesariamente una referencia, a la en ocasiones malinterpretada *doctrine of entrapment*.

La *doctrine of entrapment* del derecho anglosajón, se centra más, que en la posible responsabilidad penal del agente encubierto, en afirmar que el sujeto provocado está exento de responsabilidad. Una postura similar a la del *contrainte* moral, de la doctrina francesa, por la que si un funcionario despierta en otra persona la idea de cometer un delito, cuya ejecución no se habría llevado a cabo sin intervención de él. Sin embargo, dicha doctrina es interpretada, en ocasiones como la admisión, por parte de la policía en los Estados Unidos, de la provocación al delito.

Esto se debe, a que en Estados Unidos se ha difundido que se usa la figura del agente provocador y la incitación al delito para numerosas operaciones encubiertas contra el tráfico de drogas, de armas, o en delitos fiscales. Esta interpretación, entra en el ámbito de las suposiciones, por lo cual no corresponde hacerle eco en este trabajo. Lo cierto, es que en la legislación estadounidense existe una *doctrine of entrapment* que, en teoría, impide que los miembros de las Fuerzas de Seguridad lleven a cometer delitos a personas que no se encontraban en disposición de hacerlo¹⁰.

En conclusión, en España no se admite la provocación al delito por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE.

¹⁰ Entrapment is a complete defense to a criminal charge, on the theory that "Government agents may not originate a criminal design, implant in an innocent person's mind the disposition to commit a criminal act, and then induce commission of the crime so that the Government may prosecute." *Jacobson v. United States*, 503 US 540, 548 (1992).

Vulneración de los derechos fundamentales por el agente encubierto

La actuación del agente encubierto puede producir una vulneración de los derechos fundamentales del investigado. Entre ellos cabe destacar por ser lo más frecuente, la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio, aunque también cabe tener en cuenta, las posibles grabaciones de imágenes y sonidos.

Esta cuestión, es planteada por la Sentencia del Tribunal Supremo 575/2013 de 28 junio¹¹, que afirma: “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. Sin embargo, en el presente caso, la Audiencia no ha dado por probada la existencia de contactos, ni previos ni simultáneos a la autorización, en el domicilio del sospechoso.”

La resolución judicial motivada, para el agente encubierto, no es extensible a la entrada a domicilio, pues ésta precisa una específica, para vulnerar este derecho fundamental.

La redacción original del art. 282-*bis* LECrim, trata de forma genérica esta cuestión en el apartado 3 y previene “*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*”.

Aquí cabe preguntarse si es necesario solicitar la autorización judicial, cuando el agente encubierto entra con el consentimiento del titular del domicilio. La entrada en el domicilio “invitada”, es una invitación viciada, pues deriva del engaño, pero en el caso del agente encubierto, se entiende que puede observar y escuchar todo lo que allí acontece¹².

El derecho alemán permite la entrada del agente encubierto en el domicilio cuando hay consentimiento, pues se entiende que es consecuencia la identidad supuesta que se le otorgó, art. 110.d del Código Procesal Alemán: “*Bajo la utilización de su título, los investigadores de incógnito pueden entrar en un domicilio con el beneplácito del titular*”¹³.

El apartado 7, que recoge la LO 13/2015, autoriza la grabación de imágenes y audio en los contactos entre agente e investigado, incluido cuando se

¹¹ Sentencia num. 575/2013 de 28 de junio (Sala de lo Penal, Sección 1ª), el Tribunal Supremo confirma la condena de narcotraficante.

¹² ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, *El policía infiltrado. Presupuestos en el proceso penal español*, 195.

¹³ ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, *El policía infiltrado*, cit., 197 y 198.

desarrollen en domicilio, pero no especifica nada sobre la autorización judicial, en esos casos.

El legislador no ha sido delicado con estas materias, que son especialmente sensibles, pues estamos hablando de derechos fundamentales. Adolece de una regulación más detallada, en cuestiones donde cualquier error o exceso puede suponer la destrucción del futuro medio probatorio, de tal modo que hubiese sido de agradecer, que se hubiesen señalado unos límites claros, así como las excepciones debidamente garantizadas.

5. Cuestiones sobre el agente encubierto informático

Comunicaciones en canales cerrados

La redacción de la LO 13/2015 de la actividad del agente encubierto en “canales cerrados de comunicación”, es distinta, a la que recogía el Anteproyecto de 2011 y quizá este último era más claro en este tema.

La LO 13/2015 indica: “actuar bajo identidad supuesta en comunicaciones mantenidas en canales cerrados de comunicación con el fin de esclarecer alguno de los delitos”, frente al Anteproyecto “supuesta en los canales de comunicación abiertos a una pluralidad indeterminada de personas para la detección y esclarecimiento de delitos que puedan ser cometidos por medios informáticos o a través de telecomunicaciones o servicios de comunicación. Cuando como consecuencia de la utilización de dicha identidad el funcionario sea aceptado en comunicaciones mantenidas en canales cerrados de comunicación, podrá seguir manteniendo la identidad supuesta”.

En estos casos cabría señalar, que es posible que en los canales de comunicación abiertos, no es necesaria parece la autorización del Juez o del Ministerio Fiscal, así por ejemplo lo entiende la Sentencia del Tribunal Supremo 767/2007, de 3 de Octubre, pues explica que el uso del *nickname* se llevó a cabo en espacios públicos y en funciones de prevención. De modo que, en los canales abiertos donde además no es precisa la identificación previa personal, no habría conveniente en que el funcionario policial actuara con ese *nickname*, más aún cuando en esos escenarios es normal el uso de estos, los cuales nunca corresponden a nominaciones reales, sino fantasías y apodos.

Por ello, sería conveniente que se hubiese concretado esta delimitación, que sí incluía el Anteproyecto de 2011, aunque ésta entendía necesaria la autorización judicial, para la identidad supuesta aún en los canales abiertos. La LO 13/2015 obvia los canales abiertos, quedando en una situación de indeterminación.

La entrada en un foro cerrado, donde además es precisa una previa identificación personal y además se está investigando a personas concretas, que se pretenden engañar, es claro que precisa de la autorización judicial, como prevé la LO 13/2015, pues se trata de un derecho fundamental.

¿Qué sucede, en un supuesto similar al que veíamos con la entrada domiciliaria, con “invitación”?, es decir si se entra con identidad supuesta en un canal abierto, entendiendo que sea necesaria la autorización judicial, y el agente encubierto es invitado a un foro cerrado.

La necesidad de la figura es clara y así lo recogió en su momento el Boletín Oficial de Cortes Generales¹⁴, con ponencia del Senado, sobre la necesidad potenciar el agente encubierto “infiltrado” en investigaciones online, para aumentar las actuaciones de control de delitos cibernéticos. De tal modo, que delitos como el ya citado de acoso de menores, o el delito de ataques a sistemas informáticos, pudiera ser, que no tuviese cabida debido al requisito de delincuencia organizada del apartado 4. Esta cuestión, en concreto la de acosos a menores, en el Anteproyecto de 2011 quedaba solucionada de modo más directo, pues al remitir al artículo 588 ter b, apartado 2, párrafo a), éste señala: “delito contra menores o personas con capacidad modificada judicialmente u otros delitos que, en virtud de las circunstancias del caso,

¹⁴ Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, X legislatura, 3 de octubre de 2014, Ponencia conjunta de estudio sobre los riesgos derivados del uso de la Red por parte de los menores, constituida en el seno de la Comisión conjunta de las Comisiones de Interior, de Educación y Deporte, y de Industria, Energía y Turismo, 47 y ss: “En este sentido un buen número de comparecientes abogaron por la figura del agente encubierto, actualmente regulada en el artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con la investigación de determinados delitos en la medida de su vinculación con la delincuencia organizada, pero que podría ser muy efectiva en el campo de la investigación tecnológica.

Óscar de la Cruz se refirió a esta figura como una técnica necesaria para hacer frente a la asimetría de la ciberdelincuencia, para poder ascender, por ejemplo, en la pirámide que representan los intercambios de archivos de pornografía infantil, más allá de las redes «peer-to-peer» y acceder a los ámbitos ocultos donde tienen lugar los intercambios de contenidos más violentos y graves. La preocupación por la persecución de la delincuencia oculta ha llevado a la creación por los Gobiernos del Reino Unido y de Estados Unidos de un grupo de trabajo para la búsqueda de soluciones al efecto.

En la misma línea Elvira Tejada defendió la ampliación de las posibilidades de aplicación de esta figura, que, en el campo de los delitos que se cometen a través de las TIC, requeriría, además de mantener las líneas básicas y esenciales de la figura (exigencia de autorización judicial o del Ministerio Fiscal, en atención a criterios de necesidad y proporcionalidad valorables en cada caso, y control pleno de la actuación del agente encubierto por parte del juez), de un régimen específico, en aspectos tales como la delimitación del ámbito de delitos a los que sería ampliable la aplicación de esta figura (ámbito que podría ser, a juicio de E. Tejada, el de la generalidad de los delitos que se cometen a través de las TIC, y teniendo en cuenta que con frecuencia las actividades ilícitas no están vinculadas a la delincuencia organizada, como ocurre por ejemplo con el acoso a menores), la delimitación entre el supuesto de navegación libre amparada en identidades supuestas a través de «*nicknames*», usual en Internet, y el de agente encubierto propiamente tal, que requiere autorización judicial, o el alcance de la exención de responsabilidad criminal por las actuaciones del agente encubierto en el desarrollo de la investigación.”

puedan ser considerados de especial gravedad.”. Sin embargo, en la LO 13/2015 el 588ter a, remite en sus presupuestos para interceptación de comunicaciones telefónicas y telemáticas al art. 579.1 LECrim “1. Delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión. 2. Delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal. 3. Delitos de terrorismo.”. Por ello, habría que estar a la condición de delito doloso con límite máximo, al menos de tres años, lo cual no es un criterio general para ese ilícito penal.”

Delitos

La delimitación del ámbito delictivo donde se puede llevar a cabo las intervenciones del agente encubierto, es más amplio, como veíamos al principio, que el listado numerus clausus del art. 286 bis LECrim, pues se combina, con unas referencias laberínticas, al 588 ter a, y éste al 579.1 LECrim, donde hemos señalado que se reitera el delito de banda organizada y el de terrorismo y lo único que amplía es los delitos con pena máxima, al menos de 3 años.

Delincuencia organizada

Las formas de delinquir han evolucionado, al igual que el resto de la sociedad, la tecnología y las comunicaciones. De tal modo, que el potencial alcance y daño de la actividad criminal, no precisa en ocasiones la delincuencia organizada (asociación de tres o más personas para realizar conductas delictivas), pues puede ser más dañino y extenso, con la mera utilización de cualquier canal informático.

Por ello, entendemos que la introducción de este requisito en el agente encubierto informático, se corresponde con una percepción antigua de la actividad criminal.

Hay voces que van más allá, pues afirman “Este requisito de delincuencia organizada, puede ser un impedimento, para la figura del agente encubierto informático, precisamente, para uno de los principales objetivos de la figura y nos estamos refiriendo al delito de acoso a menores. Este tipo delictivo, no suele ajustarse al modelo de banda organizada, sino que es más propio de delincuencia individualizada.”¹⁵

Análisis algoritmos asociados a archivos ilícitos

El último párrafo del nuevo apartado 7, del art. 288 bis, que solo él refiere la figura del agente encubierto informático, señala: “*El agente encubierto in-*

¹⁵ Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica de Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal, el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas.

formático podrá intercambiar o enviar por sí mismo archivos ilícitos por razón de su contenido y analizar los algoritmos asociados a dichos archivos ilícitos.». Critica el Consejo Fiscal firmado por Consuelo Madrigal, Fiscal General del Estado, que la redacción no es del todo correcta, pues lo que interesa a los investigadores es el resultado de los algoritmos, pues es lo que sirve para identificar los archivos informáticos, en concreto interesa el HASH, el cual es la clave alfanumérica de los archivos.

Tal identificación es de vital importancia, para conocer los recorridos y modificaciones, que se les hace, para tenerlos localizados y más aún, si estos archivos ilícitos, han tenido que ser introducidos por el propio agente encubierto informático, para tras hacer su función, localizarlos y eliminarlos y evitar la temida provocación de delito.

Intercambio y envío de archivos ilícitos

Esta cuestión es difícil y delicada, pues la LO 13/2015 además solo indica *intercambiar o enviar*, pero esos archivos es preciso generarlos, previamente. No se trata de comerciar con sustancias, que se ponen en poder del agente encubierto, como parte de su actividad e identidad supuesta sin más. Estamos hablando de posibles contenidos pornográficos de menores, en cuyo caso es un ilícito penal, que entendemos no puede ser llevado a cabo. Solo hasta una barrera de edades de “supuestos menores”, donde adultos pueden suplantarlos y llevar a cabo las grabaciones, pero existe un límite físico, biológico, que no permitiría ir más allá. Con el gran escollo, que estos canales cerrados, que mencionábamos anteriormente, suelen requerir para la entrada en los mismos, archivos con estos contenidos, como forma de garantizar la “fiabilidad” del sujeto, que pretende acceder.

6. Conclusiones

La figura del agente encubierto no es una novedad, fue introducida en la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la LO 5/2010, de 22 de junio, sin embargo la LO 13/2015 no ha sabido aprovechar la ocasión para actualizar, rentabilizar y solucionar cuestiones vitales de esta figura.

La innovación se ha reducido, podemos afirmar, a contemplar el agente encubierto informático, y ni tan siquiera esto ha quedado cerrado y completado debidamente.

El alcance del agente encubierto informático, no debería quedar circunscrito a la delincuencia organizada, banda armada y penas superiores a tres años. Puesto que las nuevas formas de delincuencia tienen un campo, facilidades, información y canales infinitos a través de la red, no se debería poner excesivos límites, en lo que respecta al ámbito de actuación al agente informático.

Tanto en los delitos contra menores, como en otros como el terrorismo, la delincuencia organizada ha dejado de ser un elemento consustancial. El delincuente aislado, se da en delitos de pornografía infantil, o el “lobo solitario”, cada vez más frecuente, debería ser susceptible de ser profundamente investigado y no poner cortapisas injustificadas de este tipo de delimitación objetiva. Puesto que, se ha pretendido introducir esta figura, hubiese sido conveniente mayor claridad en el modo y requisitos de entrada en los canales cerrados, así como alguna distinción que evitara posibles confusiones con el agente provocador.

En lo que respecta a la figura del agente encubierto clásica, éste hubiese sido un buen momento para aclarar cuestiones, como las eventuales vulneraciones de derechos fundamentales, las averiguaciones hechas por el agente encubierto antes de dictarse la resolución de su concesión, la protección procesal al agente ante posibles imputaciones de provocación...

En definitiva actualizar una figura, que es vital para evitar que existan dos velocidades, una veloz y ágil, como es la delincuencia, que se sirve, para preparar y ejecutar el delito, de las TIC y otra lenta y difícil, que pretende investigar y evitar la actividad criminal.