



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL ESTADO DE HIDALGO

INSTITUTO DE CIENCIAS SOCIALES Y HUMANIDADES

ÁREA ACADÉMICA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA

**“EL AGENTE ENCUBIERTO COMO MEDIO DE INVESTIGACIÓN
DE LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA”**

**PROYECTO TERMINAL DE CARÁCTER PROFESIONAL QUE, PARA
OBTENER EL DIPLOMA DE ESPECIALIDAD EN DERECHO PENAL
PRESENTA:**

LICENCIADO CHRISTIAN NEGRETE PERALES

DIRECTORA DEL PROYECTO

MTRA. JUDITH ERIKA MOCTEZUMA MONTAÑO

PACHUCA, HIDALGO; JUNIO DE 2010.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

CAPITULO I

LOS NUEVOS MEDIOS DE INVESTIGACIÓN DE LA CRIMINALIDAD

ORGANIZADA	3
1. CONSIDERACIONES ACERCA DE LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA	3
1. ACERCAMIENTO A LA FIGURA DEL AGENTE ENCUBIERTO	12
2. ANÁLISIS DE LA NECESIDAD DE ACTUACIÓN DEL AGENTE ENCUBIERTO	16

CAPITULO II

DERECHOS FUNDAMENTALES Y PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES QUE PODRÍAN VERSE AFECTADOS POR LA ACTUACIÓN DEL AGENTE

ENCUBIERTO	20
2. DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD	22
3. DERECHO A LA INTIMIDAD	25
2.a. INVOLABILIDAD DEL DOMICILIO	29
4. DERECHOS PROCESALES	33
3.a. DERECHO A NO DECLARAR CONTRA UNO MISMO	33

CAPITULO III

ETAPAS DE LA DILIGENCIA ENCUBIERTA. RÉGIMEN LEGAL 38 |

5. PREPARACIÓN DE LA OPERACIÓN ENCUBIERTA	38
6. AUTORIZACIÓN DE LA DILIGENCIA ENCUBIERTA. PRINCIPIOS PROCESALES: PRINCIPIO DE LEGALIDAD	42
2.a. IDONEIDAD DE LA OPERACIÓN ENCUBIERTA. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD	47

2.b. CARÁCTER SUBSIDIARIO DE LA OPERACIÓN ENCUBIERTA	48
2.c. CONTENIDO DE LA AUTORIZACIÓN	49
2.d. DURACIÓN Y PRÓRROGA	50
7. CONTROL JUDICIAL	51
8. FINALIZACIÓN DE LA OPERACIÓN ENCUBIERTA	53

CAPITULO IV

PRUEBAS OBTENIDAS MEDIANTE LA OPERACIÓN ENCUBIERTA	55
9. VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS OBTENIDAS POR EL AGENTE	
10. ENCUBIERTO	55
11. TESTIMONIO DEL AGENTE ENCUBIERTO FRENTE AL PRINCIPIO DE	
12. CONTRADICCIÓN	62

CAPITULO V

RESPONSABILIDADES DEL AGENTE ENCUBIERTO	67
13. EL AGENTE ENCUBIERTO COMO PROVOCADOR DEL DELITO	67
1.a. CONSIDERACIONES GENERALES	67
1.b. CONCEPTOS Y ELEMENTOS DEL DELITO PROVOCADO	69
14. POSIBLE COMISIÓN DE DELITOS POR PARTE DEL AGENTE	
15. ENCUBIERTO	72
2.a. EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD DEL AGENTE ENCUBIERTO POR DELITOS COMETIDOS DURANTE LA INVESTIGACIÓN	74
2.b. OPINIÓN PERSONAL	76
CONCLUSIÓN.....	78
FUENTES DE INFORMACIÓN	81

INTRODUCCIÓN

El panorama mundial actual marcado por la globalización, la crisis económica y el acelerado avance de una delincuencia organizada cada vez más perfeccionada, pone de manifiesto la necesidad de prever mecanismos eficaces de lucha contra el crimen, lo cual ha significado una nueva disputa, en un ya viejo enfrentamiento, entre los principios de garantía y eficacia.

Ante la marcada propagación de la criminalidad organizada en el mundo, aparecen los medios extraordinarios de investigación, caracterizados principalmente por su dureza y agresividad con el objeto de paliar las desmedidas diferencias, tanto estructurales como operativas, entre los grupos organizados y el aparato punitivo estatal. Mecanismos de combate que sin lugar a dudas, responden a la sensación de inseguridad y a las insuficientes herramientas de las naciones para enfrentar a delincuentes despiadados y perfectamente organizados en redes que traspasan las fronteras regionales.

El llamado Agente Encubierto, aparece como parte de estas medidas extremas implementadas por los Estados, cuyo nombre ya nos arroja cierta luz acerca de la actividad desempeñada por quien la ejecuta e incluso nos remonta a una especie de escenario de ficción. Se trata, de un funcionario policial, que a través del engaño acerca de su identidad y de sus intenciones, se involucra en la trama del crimen organizado a fin de investigarlo, desplegando una serie de problemáticas, ya que a partir de su intervención supone poner en marcha una simulación que es permitida y orquestada por el propio Estado, como medio de cumplimiento “efectivo” de su labor investigadora.

No sólo se ponen en entredicho las formas de actuación estatal a través de esta figura investigadora sino el marco normativo que pudiera respaldar estas acciones, pues en el afán de terminar con la impunidad de estos criminales, que por la naturaleza de su actividad clandestina son de difícil persecución e investigación, se ponen en riesgo derechos fundamentales a partir del momento mismo en que inicia la diligencia encubierta, lo anterior sin contemplar un aspecto más grave aún, que es la disposición de la vida del agente policial a favor del Estado.

No queremos iniciar echando por tierra la efectividad de dicho medio de investigación, simplemente lo que se pretende en esta investigación es resaltar que de acuerdo a la experiencia comparada con otros países, europeos y americanos, la figura del agente encubierto debe ser considerada de carácter excepcional y sometida estrictamente a lo dispuesto por la ley en observancia a determinados principios procesales.

El grado de peligrosidad que presentan el tipo de delincuencia a la que se enfrentan los Estados no puede constituir la base de una persecución policial a cualquier precio, sobre todo cuando existen numerosos derechos, no de rango menor sino fundamentales, que deberán ser respetados o al menos en caso que la investigación sea estrictamente necesaria, custodiados por el órgano judicial.

La necesidad de reglamentar cuidadosamente la figura del agente encubierto es evidente, pues se juega entre la débil frontera de lo lícito y lo ilícito, poniendo en demasiado riesgo derechos irrenunciables como los son: el derecho a la intimidad, al libre desarrollo de la personalidad, y otros tantos principios de índole procesal, considerados hasta hace un tiempo bastante firmes.

CAPITULO I

LOS NUEVOS MEDIOS DE INVESTIGACIÓN DE LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA

1. CONSIDERACIONES ACERCA DE LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA

La figura tan particular del llamado agente encubierto y su nacimiento como uno de los medios de investigación de la delincuencia organizada, revela la gran preocupación de los Estados ante la poderosa maquinaria delictual que representa este fenómeno.

Un término puesto muy de moda en nuestros días- el de la Globalización¹- ha definido un cambio en el propio rumbo de la sociedades, lo que si bien ha significado una mejora en la calidad de vida de los ciudadanos, por otro lado ha posibilitado el crecimiento de lo que podemos llamar una nueva y más sofisticada criminalidad, aquella que no reconoce fronteras ni límites para su actuación y que incluso ha llegado a integrarse mucho más que las administraciones nacionales.

Nuevas características de la criminalidad organizada se suman en este contexto, la internacionalización por la interdependencia de los sistemas económicos estatales; la profesionalización de la misma tras adquirir características propias de entidades empresariales² y la posibilidad con la que cuentan estas "empresas delictivas" de elegir dónde centrar su acción prefiriendo por supuesto aquellos Estados en donde se sientan menos controladas en miras a sus intereses económicos; supone enfocar la represión desde diversos ángulos si consideramos que son empresas en el sentido lato del término, es decir que se hallan hábilmente constituidas conforme a principios jerárquicos a más de que se encuentran perfectamente integradas al mercado y como tal sumidas en una opacidad mucho mayor, lo que dificultará sin dudas su localización y represión.

¹ Entendida como un fenómeno principalmente económico que supone la supresión de los mercados nacionales en uno único a nivel mundial, con las consecuencias en diversos sectores y ámbitos de la sociedad.

²CASTRESANA FERNÁNDEZ, C. 2004, "Corrupción, Globalización y Delincuencia Organizada" en Nicolás Rodríguez G. y Eduardo Fabián C. (coord.) *La Corrupción en un mundo Globalizado: Análisis Interdisciplinar*, Salamanca: Ratio Legis, pág. 213.

Si analizamos las nuevas y tan diversas características de este tipo de criminalidad a la que nos enfrentamos podemos concluir muy fácilmente que no estamos preparados para afrontarla, los métodos más modernos de delincuencia, las mejores y más variadas tecnologías a la hora de concretar los hechos delictivos son características que la distinguen y que constituirá además el terreno a transitar en la lucha contra la misma, concordamos en que la clave para entender la delincuencia organizada actualmente es la sofisticación.³

Pero quizás, nuestra mayor dificultad será combatirla desde una de sus actuales características: la Transnacionalización, vinculada principalmente a un factor económico, el de la integración traducida en la eliminación de las fronteras nacionales con sus consecuencias no sólo para el tráfico comercial (bienes y servicios) sino también para la libre circulación de personas, lo que obviamente favorece a la extensión de la capacidad de acción de grupos de delincuencia organizada y supone además acortar los brazos de la acción estatal contra la misma.

Entre los fenómenos mencionados Sánchez García de Paz⁴ agrega que las diferencias de bienestar entre países ricos y pobres, la crisis económica y el desempleo como circunstancias que afectan a todas las sociedades y que se muestran también favorecedoras a la internacionalización del crimen organizado, a ello podemos sumar también el gran movimiento de personas de un país a otro en miras a mejores posibilidades de progreso- el de la inmigración que supone del mismo modo acortar las distancias entre países y favorecer la acción de los grupos criminales.

Aquellas organizaciones que un tiempo atrás poseían un rústico sistema jerárquico hoy debido a la globalización ven extender su acción, ya sea integrándose a otros grupos o brindándose cooperación e intercambio de información cada uno en el ámbito en el que se desarrollan (Tráfico de Drogas, Tráfico de Armas etc.) pero igualmente éstos grupos han logrado introducirse por

³ DELGADO MARTÍN, J. 2000, "El Proceso Penal ante la criminalidad organizada. El agente encubierto", *Actualidad Penal*, nº 1, pág. 2

⁴SANCHEZ GARCÍA DE PAZ, I. 2008, *La Criminalidad organizada Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*, Madrid: Dykinson SL, pág. 74

fuerza en los mercados lícitos, incrementando notablemente la cantidad y gravedad de los casos de corrupción, lo que conjuntamente con su capacidad de amenaza y al mismo tiempo de corrupción elimina de raíz la libre competencia.⁵

Silva Sánchez⁶ considera que la llamada delincuencia de la globalización da lugar a la conformación de modalidades nuevas de delitos clásicos, pero que por sobre todo genera la aparición de una nueva concepción de lo delictivo, la que va enfocada hacia los elementos tradicionalmente ajenos a la idea de delincuencia como fenómeno de lo marginal, en particular los elementos de organización, transnacionalidad y poder económico para lo que él denomina "criminalidad de los poderosos".

Desde el punto de vista propuesto por el Profesor Silva Sánchez y partiendo de la estructura que presenta, las características más significativas de la criminalidad de la organización son dos: por un lado, se trata de una criminalidad en sentido amplio, organizada, es decir que ella supone un componente de personas con una estructura jerárquica, y que inclusive podemos asimilarlas a verdaderas empresas y, desde el punto de vista material la criminalidad de la globalización supone lo que él denomina "criminalidad de los sujetos poderosos", caracterizada por la magnitud de sus efectos, normalmente económicos, pero también políticos y sociales. Su capacidad de desestabilización general de los mercados así como de corrupción de funcionarios y gobernantes son rasgos particularmente notables.⁷

Sin ánimo de ahondar mucho en el tema al no constituir el objeto de estudio pero si el escenario en el que debemos movernos con miras a una represión eficiente pero respetuosa de los principios sobre los que nos anclamos en un Estado de Derecho, podemos afirmar que el panorama actual de la delincuencia organizada es bastante impredecible y para nada fácil, ya que no hay dudas de que está en constante crecimiento y especialización y que requiere afrontarla desde perspectivas no sólo nacionales sino que supone que sean los propios

⁵CASTRESANA FERNÁNDEZ, *op.cit.*, 2004, pág. 213

⁶ SILVA SANCHEZ, J. 1999, *La expansión del Derecho Penal, Aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas, pág.71

⁷SILVA SANCHEZ, *op.cit.*, 1999, pág. 71.

Estados aunados quienes reaccionen conscientes a los nuevos desafíos mediante formas más singulares, como la que se analizará.

Pero cómo hacemos para movernos al ritmo de la especialización o profesionalización de la delincuencia organizada? Algunos sostienen que en éste intento existe una tendencia a crear instrumentos extraordinarios, entendiendo por tales aquéllos que suponen una alteración de los principios inspiradores tanto del Derecho penal material como del propio proceso justo⁸, esta tendencia es observada ya a nivel internacional, conscientes de que ha dejado de ser un problema alejado de las fronteras nacionales.

A criterio de Mario Montoya⁹, es por ésta razón que dentro del Mercado Común los doce Estados de la Comunidad Europea deben sacrificar sus prerrogativas soberanas, a fin de que sus propias instituciones se integren en la lucha contra las organizaciones criminales en lo que respecta a medios no tradicionales de investigación como ser agentes encubiertos, entregas controladas, protección de testigos, escuchas telefónicas, lavado de dinero, todo ello con el fin de lograr procedimientos policiales efectivos.¹⁰

Evidentemente en el panorama globalizado del que venimos hablando los Estados han quedado muy atrás, nuestras administraciones no han conseguido seguir el ritmo de los mercados mundiales y la necesidad de efectivizar los mecanismos de cooperación judicial se presentan como urgentes, todo ello pese a las nuevas e importantes iniciativas internacionales en la materia, pero cuál es el paso a seguir?; consideramos que aquí es donde nada está aún muy claro; y en base a ello nos volvemos a cuestionar si la insuficiente y tardía capacidad de reacción de los Estados ante éste tipo de delincuencia debe reverse y paliarse mediante la utilización de medios extraordinarios de investigación que ponen a pender de un hilo las garantías y derechos de los ciudadanos.? Respecto a estos

⁸DELGADO MARTÍN, *op.cit.*, 2000, pág.9.

⁹MONTOYA, M. 2001, *Informantes y técnicas de investigación encubiertas: análisis constitucional y procesal penal: agente provocador, agente encubierto.* 2a. ed. act. y amp. Buenos Aires: Ad-Hoc, pág.36.

¹⁰ El autor menciona a la operación denominada "Hielo Verde" contra el crimen internacional (set 1992) encabezado por agentes de la DEA en coordinación con 8 países en el que fueron utilizados 45 agentes encubiertos. (pag. 36)

cuestionamientos evidentemente urge una revisión de los medios a utilizar en materia de lucha contra la criminalidad organizada, sobre todo en aquellos países en donde éstos han quedado muy desfasados respecto a la evolución de éste tipo de criminalidad, pero sobre todo la clave para una lucha efectiva es otorgar una respuesta institucional conjunta¹¹, ya que como hemos dicho ya no hablamos de rústicos grupos, sino de verdaderas organizaciones tecnificadas y transnacionales.

Asistimos a un periodo en el que la necesidad de hacer frente a la especie de "monstruo" que representa el crimen organizado para los Estados nos permite echar por el suelo principios que podrían considerarse como grandes victorias de la Ilustración entre ellos la presunción de inocencia, el derecho a la intimidad entre otros, y tal como consideran varios autores, estos fenómenos que observamos en la actualidad (Globalización e Integración supranacional), propios de las sociedades postindustriales: "...van camino hacia la demolición del edificio conceptual de la teoría del delito, así como del constituido por las garantías formales y materiales del Derecho Penal y del Derecho Procesal Penal..."¹², dando paso a la formación de un derecho unificado en el que las garantías político-criminales, procesales, entre otras se volverán evidentemente mucho más flexibles para hacer frente a la temida criminalidad organizada.

Frente a tan numerosas y variadas opiniones la preocupación es la misma: El Estado ha quedado atrás en la forma de reacción frente al crecimiento acelerado del crimen organizado y ante esto no ha encontrado mejor manera de hacerlo frente que rompiendo con determinadas garantías que se suponían bastante firmes en un Estado de Derecho o que al menos en uno que dice serlo.

La llamada expansión del Derecho Penal, que conlleve la relativización de los principios de garantía y reglas de imputación en el ámbito de lo que se denomina la criminalidad de los poderosos¹³ es la que observamos y la que

¹¹ CASTRESANA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, 2004, pág. 216.

¹² DANNECKER, *Strafrecht in der Europäischen Gemeinschaft* JZ, 1996, pp. 869 y ss. 871, 873 en SILVA SANCHEZ, *op.cit.*, 1999, pág. 63.

¹³SILVA SANCHEZ, *op.cit.*, 1999, pág. 41.

seguiremos observando¹⁴, por pertenecer al ámbito de la denominada legislación "excepcional" a la que se tiende a asignar menos garantías por el enorme potencial peligroso que contiene.

Otro de los problemas con los que nos toparemos en el camino hacia la lucha efectiva de la criminalidad organizada es aquel relativo a que gran parte de los delitos cometidos por estas organizaciones constituyen delitos de los denominados sin víctima, al menos en cuanto a una víctima individual e identificable, o que en caso de existir es posible de que el temor de que el poder vengativo de la organización despierte en ella y le impida denunciar¹⁵, nos encontramos muy limitados a la hora de dar respuesta frente a la criminalidad organizada que como sabemos también se caracteriza, por lo general por ser un criminalidad violenta.¹⁶

Así el *ius puniendi* del Estado deberá someterse estrictamente a una revisión en materia de lucha contra la criminalidad organizada y respecto a diversos principios antes de pretender desplegar sus efectos, los que a criterio de Delgado Martín¹⁷ se manifiestan en 2 ámbitos: Ante el legislador: en cuanto a que en ellos recaerá la decisión de qué injerencias se permiten y bajo qué presupuestos, a más de la elección de herramientas o medios que se utilizarán para la represión del crimen organizado y; ante el órgano jurisdiccional: Para autorizar la injerencia, exigiendo una ponderación de todas las circunstancias concurrentes en el caso concreto, consideramos que aquí es donde debemos insistir, un control judicial efectivo y activo, suponen someter a los medios extraordinarios de investigación como el que analizamos a una lupa continua, de modo a evitar excesos y molestias innecesarias con un actuación que deje de lado la improvisación y se someta exclusivamente a la ley, siendo esto evaluado en todo momento por el órgano judicial.

¹⁴ Dicha expansión advierte el autor que es un error advertido desde el momento que ésta podría repercutir sobre la criminalidad en general, incluida la de los "powerless", en los que no parece pensarse al momento de proponer reformas anti garantistas.

¹⁵ SANCHEZ GARCÍA DE PAZ, *op.cit.*, 2008, pág. 219

¹⁶ Para mayor información acerca de las nuevas características de la criminalidad organizada SANCHEZ GARCÍA DE PAZ, I. 2008, *La Criminalidad organizada Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*, Madrid: Dykinson SL, *passim*.

¹⁷ DELGADO MARTÍN, *op.cit.*, 2000, pág.25

Pero no sólo han variado las características de la criminalidad organizada, se advierte que el crimen organizado tal como lo señala Jiménez Villarejo además de los fines ilícitos que persigue, se caracteriza por los medios empleados, y uno de los más relevantes es, sin duda, la corrupción¹⁸, fenómeno que ha variado también a consecuencia de los nuevos fenómenos mundiales que como consecuencia del incremento y agravamiento de la actividad de las distintas organizaciones criminales, facilitada por la integración económica y ante la falta de modernización de los órganos de la Administración de justicia de los países han sido puestas de manifiesto (corrupción-crimen organizado) en distintas iniciativas internacionales como ser: Convención Interamericana contra la Corrupción (Caracas, 29 de Marzo de 1996) y Convenio de la ONU contra el Crimen Organizado (Palermo, 15 de noviembre de 2000).

Pero ésta preocupación de los Estados en el fenómeno de la criminalidad organizada traducidas en las iniciativas internacionales mencionadas no es nueva ya que la Convención de la Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas del 20 de diciembre de 1988 (Convención de Viena) ya establecía entre sus disposiciones medios singulares de investigación como el de la Entrega Vigilada¹⁹, motivados por el creciente y acelerado desarrollo del Tráfico de Drogas; ya posteriormente la citada Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de diciembre de 2000 identificó a estos procedimientos como técnicas especiales de investigación en el apartado primero del artículo 20²⁰. En

¹⁸ JIMÉNEZ VILLAREJO C. 1998, "Transnacionalización de la delincuencia y persecución penal", Estudios de Derecho judicial, volumen sobre *Crisis del sistema político, criminalización de la vida pública e independencia judicial*, Madrid: CGPJ y Escuela Judicial, pág.62

¹⁹ Art. 11 Entrega Vigilada

1. Si lo permiten los principios fundamentales de sus respectivos ordenamientos jurídicos internos, las Partes adoptarán las medidas necesarias, dentro de sus posibilidades, para que se pueda utilizar de forma adecuada, en el plano internacional, la técnica de entrega vigilada, de conformidad con acuerdos o arreglos mutuamente convenidos, con el fin de descubrir a las personas implicadas en delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3 y de entablar acciones legales contra ellas.

²⁰ Artículo 20. Técnicas especiales de investigación

1. Siempre que lo permitan los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno, cada Estado Parte adoptará, dentro de sus posibilidades y en las condiciones prescritas por su derecho interno, las medidas que sean necesarias para permitir el adecuado recurso a la entrega vigilada y, cuando lo considere apropiado, la utilización de otras técnicas especiales de investigación, como la

dicho artículo la Convención de Palermo como también se la conoce, precisaba la necesidad de que los Estados adopten tales procedimientos para combatir el crimen organizado.

Es justamente esta Convención de Palermo la que resume y engloba la experiencia de la lucha contra la delincuencia organizada de las últimas décadas, enfatizando en primer lugar la necesidad de cooperación de los Estados para combatir un fenómeno esencialmente transnacional y destacando ésta interrelación entre los fenómenos de corrupción, crimen organizado y terrorismo. Este documento internacional establece además normas muy amplias y diversas de cooperación judicial y policial, ofreciendo de cierta forma parámetros para la facilitación de trámites como extradición, protección de testigos, y en el caso que nos ocupa incluye entre dichas normas la habilitación de técnicas especiales de investigación.

En el marco de la Unión Europea la figura del agente encubierto se encuentra prevista en el Convenio de Asistencia Judicial en materia penal²¹, suscrito por los Estados parte en Bruselas el 29 de Mayo del año 2000, en vigor hasta la fecha, que logrará desarrollarse en tanto se logre una efectiva cooperación jurídica internacional en materia penal pero por sobre todo en el ámbito policial al cual se traslada gran parte de la responsabilidad derivada de la lucha contra la criminalidad organizada, permitiendo ampliar las competencias de la policía en este mismo sentido y del mismo modo exigiendo mayor especialización y capacitación de la labor policial.

Desde dichas iniciativas internacionales y ante el inminente y acelerado avance de la criminalidad organizada se entendió que los mecanismos utilizados hasta ese momento no podían competir ni combatir eficazmente contra lo que sería la "gran empresa transnacional del delito", con la que por supuesto y como dijimos no estamos en condiciones de igualdad, se acude entonces a medios

vigilancia electrónica o de otra índole y las operaciones encubiertas, por sus autoridades competentes en su territorio con objeto de combatir eficazmente la delincuencia organizada

²¹ Artículo 14 de la Convención: Investigaciones encubiertas.

1. El Estado miembro requirente y el Estado miembro requerido podrán convenir en colaborar para la realización de investigaciones de actividades delictivas por parte de agentes que actúen infiltrados o con una identidad falsa (investigaciones encubiertas).

singulares de investigación los que de cierta forma implican una injerencia del Estado en alguna de las esferas del derecho de los ciudadanos

Sánchez García de Paz señala que en materia procesal numerosas recomendaciones de organismos internacionales van en la línea de potenciar nuevos medios de investigación criminal a los que califica de proactivos y encubiertos, menciona a modo general que el Consejo de Europa, a través sus recomendaciones indica que deben desarrollarse en los Estados nuevos métodos de trabajo policial que muden su foco de atención de una policía reactiva a una policía proactiva, incluyendo el uso de inteligencia estratégica y análisis del crimen, ello debido sin dudas a la gran logística y complejidad de las organizaciones la que no sólo dispone de medios materiales y técnicos de alta sofisticación, sino que además éstos cada vez más desarrollados le permiten realizar sus operaciones sin ser detectados, con la consecuente necesidad de legalizar nuevos métodos de investigación y represión del delito²².

En este sentido, y entrando un poco más al objeto del presente trabajo vamos visualizando que el propio concepto de operación encubierta supone desde el inicio flexibilizar principios procesales y abarca diferentes aspectos relacionados a la seguridad que el Estado debe brindar no sólo a la sociedad sin distinción si es delincuente o no y que espera que una técnica como esta lo afecte, atacando su vida, su privacidad, entre otras garantías constitucionales.

Como dijimos, las operaciones encubiertas se tratan por otra parte de las exigencias de este nuevo tipo de delincuencia, en donde es necesaria una mayor preparación y especialización para que la actuación frente a estas formas de delincuencia sea eficaz. Y esas son tareas que cada vez están más lejos, de la función del juez, quien no está preparado y obviamente tampoco es un policía. Nos encontramos, pues, ante un cambio de tendencia. La figura omnisciente y ubicua del juez deja paso a la de la Policía especializada.²³

²²SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *op.cit.*, 2008, pág. 219.

²³ LÓPEZ GARCÍA, E. 2003, "Agente encubierto y Agente provocador, ¿Dos figuras incompatibles?", *Revista La Ley*. Núm. 5822, pág. 5.

Sin duda alguna, la medida del agente encubierto responde a una política legislativa tendiente a la articulación de medios extraordinarios de investigación al servicio de la fase de instrucción del proceso penal²⁴, a más de que el empleo de ésta técnica se enfrenta a otro principio bastante afianzado en nuestros días y el que supone que el Estado no puede ser partícipe en delitos en ningún concepto, pero estamos seguros que constituye una de las opciones más válidas en materia de lucha contra la criminalidad. La respuesta no será ni fácil ni rápida por lo que partamos en el análisis de ésta figura.

2. ACERCAMIENTO A LA FIGURA DEL AGENTE ENCUBIERTO

Iniciamos con la definición genérica y amplia que nos brinda Gascón Inchausti,²⁵ quien entiende a la infiltración como "...la acción de aquel que, para obtener una información, que no es de acceso general y que le es necesaria para un propósito concreto, oculta tanto su identidad real como sus intenciones y, bien directamente o bien a través de un tercero, entra en contacto con las personas aparentemente susceptibles de suministrársela, estableciendo con ellas una falsa relación de confianza que, con el transcurso del tiempo, le permita obtener una información deseada..."; es decir partimos de que la propia base de la infiltración, sea del tipo que sea, es no sólo la ocultación de la identidad, sino además de las verdaderas intenciones del agente, por lo que la base de la figura que analizamos es evidentemente el engaño, la simulación. Aproximándonos un tanto más a la figura concreta en la legislación española podemos definirlo como aquél funcionario de la Policía Judicial que desarrolla una labor de infiltración a instancia del poder público a los fines de la persecución procesal penal del delito.²⁶

El agente encubierto será entonces una persona que se hace pasar por otra a fin de la actuación dentro de un grupo organizado, de modo a obtener

²⁴ GOMÉZ DE LIAÑO FONSECA HERRERO, M. 2004, *Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación*, MADRID: COLEX, pág. 129.

²⁵ GASCON INCHAUSTI, F. 2001, *Infiltración policial y agente encubierto*, Granada: Comares, pág. 10.

²⁶ El autor aclara que el Agente encubierto sólo es uno de los instrumentos al servicio de la infiltración de entre otros varios posibles como es el caso de los miembros de los servicios de inteligencia con las diferencias que suponen dichas figuras.

información del mismo, mediante una identidad supuesta que le es proporcionada por el propio Estado para dicha operación.

Un primer intento de propuesta de medidas que favorecieran la investigación de estas formas delictivas se encuentra en la Ley Orgánica 8/1992 de 23 de diciembre, en cumplimiento del contenido del art. 73 del Convenio de Schengen, de 14 de julio de 1985, sobre la permisividad de la entrega vigilada de estupefacientes por la Policía Judicial. La Ley Orgánica 5/1999 de 13 de enero intenta perfeccionar esta medida, por un lado, haciendo extensivo su ámbito de aplicación a otras formas de criminalidad organizada y, por otro, exigiendo resolución fundada para su adopción como garantía de la eficacia procesal de los resultados que el agente policial obtuvo.²⁷

El origen del precepto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, Ley Orgánica 5/99 que llevó a la modificación de la LECrim. 282 bis encuentra un importante respaldo de la jurisprudencia²⁸ que reclamaba cobertura legal de algo que y dejando de lado la ingenuidad, en la práctica de las investigaciones policiales, se llevaba a cabo con total normalidad.

Respecto a la persona que cumplirá el rol de agente encubierto debe tenerse presente que en el caso español la ley de Enjuiciamiento Criminal prevé que dicha figura deberá ser realizada indefectiblemente por un agente de policía; así sólo podrán actuar como agentes encubiertos los miembros de la Policía Judicial, conforme al Art. 282 bis de la LECrim y conforme a ellos los agentes de la Policía Nacional, miembros de la Guardia Civil, agentes de Policías Autonómicas que tienen competencia como Policía Judicial, pero para hacerlo en investigaciones encubiertas con implicaciones internacionales deberán ser funcionarios de policía a efectos del convenio de Schengen, y por el contrario no podrán serlo los

²⁷ MONTÓN GARCÍA, M. 1999, "Agente Provocador y Agente Encubierto: Ordenemos conceptos " *Revista La Ley*, Núm. 4826, pág. 1

²⁸ Pese a la existencia de bastantes confusiones conceptuales en la jurisprudencia, ya que se lo asimilaba en diversas sentencias al agente provocador.

agentes de servicio de inteligencia del estado, los agentes de la policía local o municipal o los agentes del servicio de vigilancia aduanera²⁹.

Con carac a la selección de la persona adecuada de entre los candidatos a llevar a cabo la operación se deberán sopesar especialmente las ventajas e inconvenientes que acarrea esta figura y sobre todo el perfil psicológico de la persona electa, ya que en ningún caso se podrá obligar a un funcionario policial a que la desarrolle y lo fundamental es que deberá asegurarse su vida y su seguridad personal, siempre conscientes de que estamos igualmente poniéndolo en peligro.

En el caso de México, debemos indicar que recién se ha regulado sobre las operaciones encubiertas y usuarios simulados, en el Reglamento de la Ley de la Policía Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 17 de mayo de 2010, considerando en el artículo 211 al agente encubierto como aquel integrante que bajo una identidad supuesta se involucra en estructuras, asociaciones o agrupaciones con propósitos delictivos, con el objeto de identificar a los participantes, así como de obtener información necesaria en la investigación para prevenir actos delictivos.

Existen otros modelos como el utilizado en los Estados Unidos que posee gran experiencia en la figura que desarrollamos, en el que se cuentan con verdaderas unidades de agentes encubiertos *undercovers*³⁰ de donde se van obteniendo a quienes desarrollarán la tarea del agente encubierto, es decir se produce como una suerte de profesionalización de la figura del infiltrado y no se recurre a la elección particular de un agente para un caso concreto, lo que sin dudas, consideramos que resulta bastante conveniente en el sentido de que no serán inexpertos a quienes se encomendará la difícil tarea de incorporarse al

²⁹ DEL POZO PÉREZ, M. 2006, "El agente encubierto como medio de investigación procesal en el ámbito de la cooperación jurídica internacional" en Fernando Martín Diz (Coord.), *Constitución Europea: aspectos históricos, administrativos y procesales*, Santiago de Compostela: Ed. Tórculo, págs. 300-301.

³⁰ Aunque existen autores que consideran que el *undercover agent* no guarda similitud alguna con el agente encubierto en razón a que la infiltración de éste último se realiza en el marco de una investigación concreta y no genérica como en el caso del *undercover*; en este sentido GOMÉZ DE LIAÑO FONSECA HERRERO, *op.cit.*, 2004, pág. 133 y en sentido contrario se manifiesta DELGADO MARTÍN, *op.cit.*, 2000.

mundo delictivo sino más bien personas altamente capacitadas y experimentadas, a más de toda la infraestructura con la que se supone contarán unidades de este tipo en cuanto a la facilidad para suministrarle de todo lo requerido como la nueva identidad, historial de vida, documentación, entre otros.

En el caso de aquellos países como España en donde no se posee este modelo de Unidades especializadas de agentes, se observa la necesidad de desarrollar un verdadero sistema no sólo en miras a la preparación y capacitación de los agente sino además de aquello que supone un seguimiento y control de la actuación de los mismos, ya que como venimos diciendo su participación se halla constantemente al límite de la ilicitud y requiere en todo modo un sistema eficiente de control en cuanto a que no se desvíe del objetivo y que por sobre todo no transvase los límites que le son permitidos.

Respecto a este punto de necesidad de control insistimos en que no debe perderse de vista que mientras mejor "incorporado" al grupo esté el agente, obviamente mejores resultados se obtendrán para la investigación pero no obstante mayores son los peligros de desviación de su actuación ya que puede incluso llegado el momento ser susceptible de cometer hechos constitutivos de delitos; es por ello que surge otra figura, la del controlador o supervisor del agente encubierto, que es el que se encargará de custodiar la labor del agente encubierto a más de que deberá ser capaz de interpretar los signos o señales respecto a la vinculación de éste con la organización criminal y comunicar a las autoridades correspondientes cuando la investigación corra peligro por una negligente actuación del encubierto o en su caso cuando es la propia vida del agente la que se encuentra en riesgo.

La particular actuación del agente encubierto y los diversos problemas que genera la débil frontera entre lo lícito y lo ilícito en la que desarrolla su labor, así como la validez de las pruebas obtenidas mediante la identidad falsa que se le otorga para su ingreso al núcleo mismo de la organización delictiva deben ser revisadas y replanteadas en el sentido de responder qué tan seguros estamos de que son necesarias las infiltraciones del Agente encubierto y si lo son, si son verdaderamente eficientes.

3. ANÁLISIS DE LA NECESIDAD DE ACTUACIÓN DEL AGENTE ENCUBIERTO

La figura que analizamos y sus características singulares es bastante cuestionada, podría decirse que es parte de la doctrina alemana la que más reparos opone a la actuación mediante la intervención de un agente encubierto, lo que resulta irónico al ser una de las legislaciones en donde mereció mayor regulación llega incluso a considerarlo como contrario a los principios de un Estado de Derecho y atentatoria a la Constitución. Pero analicemos brevemente algunos de los fundamentos para suponer a la figura del infiltrado policial o del llamado agente encubierto como propia de Estados autoritarios y contraria a los principios fundamentales de un Estado de Derecho.

La posible confusión que genera la utilización de conceptos mediante la utilización de términos como agente encubierto, entregas vigiladas, infiltrados, denota una situación de incongruencia en términos políticos; señalando los mismos que mediante éstas figuras novísimas el proceso penal llega a ser tan secreto que las mismas personas que se vinculan a él (policía, fiscalía y juez) no saben muy bien lo que ésta sucediendo y lo que es peor lo que están haciendo.

Conforme a parte del criterio alemán esa idea tan sublime cual debería ser la del proceso penal, que presupone o postula reconocer a los hombres como individuos libres, retrocede ante lo que el autor STEFAN BRAUM³¹ denomina "lo ridículo de una desafortunada parodia a lo James Bond" y en donde la ordenanza procesal penal en éste caso alemana transmite una sensación de falta de seriedad.

La singular actuación de éste funcionario, que no olvidemos, se encuentra vinculado administrativamente al Estado y sometido a una relación de estricta dependencia con el Ejecutivo y al que le fue asignado el rol de agente de prevención de delitos, también merece cuestionamientos desde el momento que

³¹ BRAUM, S.1999, "La Investigación Encubierta como característica del proceso penal autoritario" en Carlos María Romero Casanova (Coord) *La insostenible situación del Derecho Penal*, Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (Ed.) ; Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra (ed. española), Granada: Comares, pág. 4.

ejercita una doble actividad tanto de investigación como de represión, es decir esta ambivalente posición del investigador encubierto entre los roles de protección policial frente al peligro y persecución penal estatal denotan precisamente la duplicidad de funciones que se le asignan, concentrando los presupuestos policiales y procesales³². Es decir, aquel órgano al que hemos considerado legalmente como el encargado de prevenir hechos delictivos lo estamos erigiendo ahora en encargado de la represión, por lo que se produce una especie de recambio de los roles en el proceso penal.

La doctrina alemana se reafirma en que si nos remontamos al nacimiento de la técnica de infiltración hallamos su origen en la Francia absolutista, por lo que no se puede hablar de una posible adaptación de dicha técnica a un marco de convivencia social en el que la comunicación y el establecimiento de relaciones de confianza entre las personas debería estar libre de la presencia oculta del Estado.

Otros autores, entre ellos Montoya³³ llegan incluso a cuestionar su efectividad al punto de suponer que de todos los medios con los que se cuenta para asegurar el cumplimiento de la ley mediante la obtención de información útil para un proceso de investigación penal, sólo la vigilancia electrónica³⁴ es la efectiva contra los escalones más altos del crimen organizado, considerando la debilidad del agente policial encubierto en relación a las formas de elección o reclutamiento de los miembros de estas organizaciones que hacen casi imposible una verdadera penetración en el núcleo mismo de la organización.

A más de ésta opinión se suman las de quienes consideran que mediante la llamada infiltración policial no se podría descubrir el propósito de los encuentros ni el contenido de las conversaciones telefónicas, siendo así, sólo la vigilancia electrónica la vía para proveer la información esencial para las autoridades. Mediante la interceptación de las comunicaciones se ha logrado llegar a los más

³² BRAUM, *op.cit.*, 1999, pág. 4

³³ MONTOYA, *op.cit.*, 2001, pág.342

³⁴ El autor señala que vigilancia electrónica debe entenderse en un sentido amplio: tanto telefónica (interceptación o vigilancia técnica) y la llevada a cabo a través del uso de micrófonos (mediante instrumentos de escucha).

altos líderes, actuando sobre las conversaciones de los niveles bajos de la organización criminal.

Siguiendo estos criterios sería muy complicado y a la vez inefectivo, ubicar a un agente en el medio de la estructura de una organización criminal y conseguir evidencia de alguno de los sospechosos en una investigación, por más de que se le garantice protección y apoyo logístico. Hay para ellos una sola forma, en determinados casos de conducir una investigación efectiva y ello es por medio de la vigilancia electrónica³⁵.

Si bien consideramos que la utilización exclusiva de la vigilancia electrónica como herramienta para la obtención de información de una organización criminal como opción frente a la del agente encubierto, no lograría ser del todo eficaz por sí sola aunque cumpliría sí determinados fines útiles; lo que no debemos perder de vista es lo pernicioso que puede resultar el uso indiscriminado de éste tipo de medios electrónicos más si consideramos que en manos inadecuadas u oportunistas la información obtenida podría desviarse de su función primordial: la lucha contra la delincuencia organizada, a más de los reparos que encontramos en su utilización al implicar igualmente una suerte de injerencia en la vida privada del ciudadano siendo necesario en todos los casos la obtención de una orden judicial previa, mediando los demás requisitos y por sobre todo un efectivo control judicial de las diligencias que se realicen.

Los riesgos que conlleva la operación encubierta son diversos y de muy diferente índole, si bien creemos que la actuación de un agente encubierto no se da de un día para el otro, si no que requiere una previo y arduo entrenamiento a más del estricto periodo de selección hacen suponer que al momento de su entrada en acción el agente se encontrará lo suficientemente capacitado no sólo para desenvolverse con su nuevo "papel" y lo todo lo que deriva de tener una nueva historia de vida, sino además el agente deberá demostrar ser lo suficientemente hábil para esquivar las diversas sospechas que puedan levantar los miembros sobre él, en este sentido merece especial atención la necesidad de

³⁵ COLIBER, Sandra 1982, "Electronic Surveillance: How much is too much?", citado en MONTROYA, *op.cit.*, 2001, pág.341.

realizar un riguroso control a la labor desempeñada por el agente de modo a que no pueda desviarse de los fines para los que fue seleccionado, adiestrado y para el cual le fuera otorgada la identidad supuesta pero por sobre todo a fin de que no cometa delito alguno.

CAPITULO II

DERECHOS FUNDAMENTALES Y PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES QUE PODRIAN VERSE AFECTADOS POR LA ACTUACION DEL AGENTE ENCUBIERTO

Delgado Martín³⁶, al igual que otros autores, plantea perfectamente los riesgos para un Estado de Derecho derivados de la lucha contra la criminalidad organizada entre los que se destacan: la tendencia a crear instrumentos extraordinarios extendiendo o suponiendo una alteración de los principios inspiradores tanto del Derecho Penal material como del propio proceso justo a más de la admisión que se dan dentro de la propia sociedad de medios cada vez más agresivos contra las organizaciones criminales con grave quiebra de los derechos fundamentales.

Entre estos medios mencionados por Delgado Martín podemos ubicar a nuestra figura del Agente Encubierto, caracterizado por una injerencia continua en la vida privada de las personas investigadas, a diferencia de otros medios que quizás también representen un injerencia pero en un grado menor por suponer la propia actuación del agente una mayor extensión en el tiempo al tener que primeramente estrechar lazos y ganarse la confianza de los miembros de la organización objeto de la investigación lo que obviamente no sucede de un día para el otro.

En el caso de la actuación del agente encubierto y tomando como base a la legislación alemana que parece diferenciar dos fases en la infiltración del agente³⁷: una primera en donde la actuación se caracteriza por ser más difusa y consiste más que nada en su adaptación al entorno delictivo objeto de investigación para la cual se considera que resulta suficiente la autorización de la Fiscalía-; y una segunda, en la que la investigación si toma rumbo más definido y se dirige ya contra una persona determinada, se considera que sólo a partir de

³⁶DELGADO MARTÍN, *op.cit.*, 2000, pág.2.

³⁷GASCÓN INCHAUSTI, *op.cit.*, 2001, pág. 193.

este segundo momento la actuación es restrictiva de derechos fundamentales, con la necesidad de revestir autorización del órgano judicial.³⁸

Lo que nos cuestionamos ahora ya a la luz de la legislación española, es si se considera que en esa primera fase, al igual que parte de la doctrina alemana que la actuación del agente encubierto no compromete restricción de derecho alguno, porque no se dio autonomía a la autorización del Ministerio Fiscal³⁹ sin necesidad de someterla al arbitrio judicial, o en todo caso si decimos que la propia infiltración desde un primer momento puede lesionar derechos fundamentales por atentar contra el derecho a la autodeterminación informativa como lo denomina la doctrina alemana o lo que sería el derecho al libre desarrollo de la personalidad, porque no se deja entonces definido que en todos los casos la autorización deberá emanar del órgano jurisdiccional; por estas razones señaladas consideramos que la posición del legislador español acerca del momento en que la actuación del agente encubierto puede ocasionar una lesión a los derechos fundamentales no ésta de modo alguno definida.

Si bien el criterio adoptado por diversos autores entre ellos DELGADO MARTÍN, es que la actuación del agente encubierto al encontrarse prevista en la ley respeta todos los requisitos que resultan exigibles para la restricción de un derecho fundamental en el seno de una investigación penal, es decir, legalidad, jurisdiccionalidad y necesidad, pero lo que no tenemos claro es de qué momento de la actuación del agente encubierto estamos hablando.

Para nosotros la llamada infiltración policial es desde un primer momento capaz de vulnerar derechos fundamentales⁴⁰ el llamado libre desarrollo de la

³⁸Si bien como dijimos otra parte de la doctrina alemana también considera que la sola presencia del agente encubierto en el círculo criminal, es decir desde un primer momento de la diligencia, afecta al *Recht auf informationelle Selbstbestimmung*- derecho a la autodeterminación informativa; en GOMÉZ DE LIAÑO FONSECA HERRERO, *op.cit.*, 2004, pág. 134.

³⁹Como si lo hace la legislación alemana, al reconocer la competencia del Fiscal para autorizar infiltraciones que no son hasta ese momento lesivas de derechos fundamentales o no se hallan dirigidas a imputados concretos, reservando al Juez solo aquellas que desde el inicio puedan suponer la lesión de derechos fundamentales.

⁴⁰En este mismo sentido GOMÉZ DE LIAÑO FONSECA HERRERO, *op.cit.*, 2004, pág. 134, considera que la sola adopción de la medida del Agente encubierto es capaz de lesionar derechos fundamentales, como el derecho a la autodeterminación informativa, el derecho a la intimidad en sentido amplio y en su caso al derecho de la intimidad en sentido estricto.

personalidad, como ya venimos repitiendo, el de la intimidad, entre otros, siendo quizás lo más significativo que dicha vulneración es cometida por el propio Estado (encargado de velar por el respeto y la protección de los mismos) el que se sirve de el engaño a través de uno de sus funcionarios, permitiéndole acceder a determinados "espacios" de la vida de los ciudadanos no sólo de aquellos bajo sospecha de delitos sino también a otras personas que circunstancialmente se pueden ver inmiscuidas en el accionar del encubierto durante la investigación; por ello analizaremos brevemente alguno de los derechos que pueden verse lesionados por el singular accionar de la figura que estudiamos.

1. DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD

Concordamos con Riquelme Portilla⁴¹, que el accionar del Agente encubierto podría ser atentatorio contra el libre desarrollo de la personalidad en la perspectiva de un entorno en que no resulte posible la comunicación sin la interferencia del poder, es decir en el marco de las propias relaciones humanas con qué libertad nos desenvolveremos si es el propio Estado el que mediante operaciones como esta se inmiscuye en nuestras vidas.

La doctrina alemana en este sentido nos refiere la existencia de un derecho fundamental de la autodeterminación informativa⁴², definido como el derecho que posee todo ciudadano de saber, quién, cómo, cuándo y de qué manera se dispone de la información de uno mismo, siendo protegido por extensión la propia esencia de la comunicación humana, la libre decisión de elegir a los destinatarios de las conversaciones y a los testigos de determinadas facetas de la vida privada a través de las cuales se manifiesta la personalidad de cada persona. Si bien se advierte que la carta magna alemana no recoge de manera expresa la existencia del derecho fundamental de la autodeterminación informativa se considera que la misma deriva de la interacción de dos preceptos como el de la intangibilidad de la

⁴¹RIQUELME PORTILLA, E. 2006, "El Agente Encubierto en la Ley de Drogas, La lucha contra la Droga en la sociedad del riesgo", *Política Criminal*. nº 2, A2, pág 31-76.

⁴²Expresión acuñada por el Tribunal Constitucional Federal Alemán en GASCÓN INCHAUSTI, *op.cit.*, 2001, pág. 168.

dignidad humana y aquél que reconoce el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Hablando siempre de éste llamado derecho a la autodeterminación informativa, Gascón Inchausti⁴³ señala que el núcleo del derecho se centra en la elección libre del destinatario de la comunicación y se agota una vez que éste la haya recibido; en otros términos, no existe un derecho a que la persona que recibe la información que le proporcionamos no la divulgue, formando parte ya esto último de la esencia de las relaciones humanas y de los riesgos inherentes a la elección de a qué personas confiamos nuestras cuestiones, la equivocación respecto a quien se le hace partícipe de la información es algo que no se puede evitar y tampoco supone una lesión del derecho.

Ahora bien, la cuestión que nos planteamos es que sea el propio Estado, el que a través del agente encubierto- sea quien deliberadamente promueva y fomente la confianza en una persona (un funcionario suyo), con la finalidad de obtener informaciones que directa o indirectamente se utilizarán en un proceso penal como prueba; eso sí creemos que supone una lesión de este derecho.

Desde ese punto de vista la finalidad pretendida mediante la infiltración policial es la de obtener toda la información posible siempre por supuesto conducente a la propia investigación, como ser datos e identificación de los integrantes de la organización, modus operandi, vinculación con otros grupos, etc., ya sea mediante la mera observación de eventos, hechos, conversaciones o bien mediante la utilización de mecanismos más sofisticados de investigación, lo que luego se constituirá en evidencia y pruebas de cargo en relación a los sujetos investigados y por ende al objeto de la investigación.

También existe otra posibilidad cual es la que el Agente Encubierto se inserte dentro de la organización pero no con fines represivos sino con un fin netamente preventivo y sobre el cual no nos detendremos demasiado, ya que la infiltración con fines preventivos no se halla admitida en nuestras legislaciones, desde el momento que uno de los requisitos para la entrada en acción del agente

⁴³*Ibid.*, pág. 95.

encubierto es la existencia de una investigación concreta⁴⁴, pero que sin embargo al igual que la doctrina en la materia podría suponer un quebrantamiento o una vulneración de derechos fundamentales.

Pese a las dos vertientes, lo cierto y lo concreto en ésta figura la utilización del engaño se erige en la base de la actuación estatal, en el caso que nos ocupa la Policía como brazo ejecutor del Estado; no sólo oculta su identidad de agente sino que además posee una nueva identidad con la que llevará adelante el tiempo que dure la diligencia y mediante la que inevitablemente establecerá lazos no sólo con los sujetos investigados sino con todo aquél que se cruce en su camino durante ella.

Como lo señalan los autores y pese a la no existencia de un derecho semejante al del desarrollo de la autodeterminación informativa en la Constitución Española para Gascón Inchausti tal derecho si se sustentaría en la normativa española desde dos ángulos diferentes: desde la perspectiva de la función del Estado y de los límites de su actuación, y desde la perspectiva de los derechos que el Estado reconoce a los ciudadanos como emanación directa de la dignidad inherente al ser humano.⁴⁵

Gascón Inchausti en este mismo sentido considera que antes que nada, la prohibición genérica de que el Estado se comunique a sus ciudadanos de forma encubierta en busca de información ha de encontrarse en la proclamación que el Art. 1 de la CE hace del Estado de Derecho y de la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico y directamente relacionado con ello a la prohibición de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. (Art. 9.3 de la CE) lo que impide engañar a los ciudadanos para obtener información sobre ellos, así como ejercer sus funciones de manera oculta.

Por otro lado este autor también considera que el Art. 10 que proclama la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad como fundamentos del

⁴⁴ A diferencia de lo que sucede en el caso de los *undercovers agents*, los que están habilitados a introducirse en un ámbito de la sociedad al que consideran peligroso y obtener con ello herramientas para el combate al delito.

⁴⁵GASCÓN INCHAUSTI, *op.cit.*, 2001, pág. 99.

orden político y de la paz social; que si bien si se atiende a su ubicación sistemática el derecho al libre desarrollo de la personalidad no pareciera tener el rango de un derecho fundamental, considera que no es preciso que para ello esté expresamente constitucionalizado como derecho fundamental para entender que sus facetas realmente esenciales y principales hayan de recibir ese rango.⁴⁶

2. DERECHO A LA INTIMIDAD

En la opinión de Delgado Martín⁴⁷ es precisamente el derecho a la intimidad el que se ve vulnerado por la actuación del agente encubierto; así la esencia de la figura no es la adopción de una identidad supuesta sino la propia ocultación de su condición de agente de policía por lo que el análisis a su criterio debería situarse dentro del ámbito de los medios secretos de investigación del delito, es decir aquellos en los que el Estado accede a la esfera privada del ciudadano, sin su conocimiento y menos aún sin su consentimiento.

Se aclara que siguiendo el análisis realizado por Gascón Inchausti, el derecho a la intimidad, a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones no siempre se verán lesionados por el propio hecho de la infiltración, sino que más bien corresponden al área de la actuación del agente encubierto. Así considera que la simple infiltración aisladamente y desvinculada de la actuación del agente ya es de por sí lesiva pero no del derecho a la intimidad propiamente dicho sino del derecho al libre desarrollo de la personalidad que ya hemos desarrollado, desde el momento mismo que imposibilita el derecho a un entorno libre para la comunicación humana; pero si además de todo esto el agente encubierto utiliza el engaño implícito en su actuación para acceder ya sea al domicilio o a otros ámbitos de intimidad de las personas, estará produciendo con ello lo que él denomina un plus de lesividad⁴⁸.

⁴⁶Comprendidos en los Arts. 15 al 29 de la Constitución Española.

⁴⁷DELGADO MARTÍN, *op.cit.*, 2000, pág.3.

⁴⁸GASCÓN INCHAUSTI, *op.cit.*, 2001, pág. 104.

En la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 15-6-92, caso Lüdi versus Confederación Helvética⁴⁹, se consideró que la actuación del agente encubierto puede invadir la intimidad del investigado, pero que dicha lesión del derecho fundamental a la intimidad debe ceder ante las exigencias de seguridad pública. El Tribunal sostiene que la posibilidad del descubrimiento de la intimidad por parte del agente es un *riesgo que debe asumir* quien se dedica a la ilícita actividad del tráfico de drogas, como en el caso expuesto.

Esta quizás sea una de las sentencias más singulares respecto a la actuación del agente encubierto y revela más que nada esa ausencia total de límites de garantías para los ciudadanos sean delincuentes o no frente a la tan temida criminalidad organizada en la que como dijimos pareciera que vale todo al momento de hacerla frente, como el caso de un derecho fundamental, el de la intimidad.

Evidentemente la sentencia mencionada ha sido objeto de las más variadas y duras críticas al punto de que Gascón Inchausti considera que la argumentación del Tribunal llega al punto de poder considerársela perversa⁵⁰, ya que el tribunal entiende que quien realiza una conducta criminal debe ser consciente de que corre el riesgo de encontrarse en cualquier momento a un funcionario de la policía que actuando como infiltrado pretenda descubrirlo.

Debemos aclarar que no estamos insistiendo en que la figura del agente encubierto sea la única que suponga una restricción al derecho a la intimidad, es evidente que desde ya hace mucho tiempo el Derecho procesal penal tradicional viene justificando métodos que suponen la ocultación de su actividad represiva así tenemos los casos de intervención de comunicaciones telefónicas, ingreso a lugares cerrados etc. que pueden considerarse verdaderos ataques contra la

⁴⁹ En ella se denunciaba la lesión de los derechos reconocidos en por el Art. 8.1 CEDH (derecho al respeto de la vida privada y familiar, del domicilio y de la correspondencia) ante el hecho de que el recurrente hubiese sido detenido y condenado merced a la actuación de un agente policial infiltrado. El tribunal considero sin embargo que no se había producido la vulneración alegada y que el recurso de la infiltración policial como método para la obtención de pruebas resulta perfectamente legítimo en un Estado de Derecho sin que sea precisa habilitación legal expresa, en GASCÓN INCHAUSTI, *op.cit.*,2001, pág. 105.

⁵⁰*Ibid*, pág. 106.

esfera privada del ciudadano, pero como ya hemos indicado dichos ataques se diferencian del que provoca la actuación del agente encubierto en que en éste último caso la intervención del Estado supone como ya dijimos una presencia más continúa y extendida en el ámbito de la intimidad. Supone una restricción del derecho fundamental a la intimidad y dicha actuación en la opinión de diversos autores puede resultar contraria a los Arts. 8 CEDH⁵¹ y 18 CE⁵².

Santaolaya⁵³ considera que ambos preceptos presentan contenidos muy parecidos, por lo que puede afirmarse que el derecho a la intimidad, incluido en su dimensión familiar, la inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones reciben un tratamiento común, hasta el punto de que se ha defendido el concepto "vida privada" del Convenio suele ser considerado equivalente del de la intimidad personal utilizado por la Constitución española.

Afirma que pese a las diferencias conceptuales existentes entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional a la hora de enfocar el objeto de enjuiciamiento desde el punto de vista del derecho a la intimidad, una parte muy importante de la actividad del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha estado dirigida a precisar el sentido de la exigencia de que la injerencia en la

⁵¹ Artículo 8. CEDH. Derecho al respeto a la vida privada y familiar.

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.
2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

⁵² Artículo 18 CE.

1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.
2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en el sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.
3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.
4. La Ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.

⁵³SANTAOLAYA MACHETTI, P. 2005, "Derecho a la Vida Privada y Familiar: Un contenido notablemente ampliado del Derecho a la Intimidad", en Javier García Lorca, Pablo Santaolaya, *La Europa de los Derechos El convenio europeo de Derechos Humanos*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

vida privada esté prevista por la ley en un doble sentido⁵⁴: rechazando toda intromisión en la vida privada cuando la misma no se encuentre prevista expresamente por la ley, mencionando como ejemplo los supuestos de escuchas telefónicas policiales⁵⁵ entre otros, pero además analizando las condiciones materiales que debe reunir la ley para satisfacer esta exigencia; en tal sentido la ley deberá ser lo suficientemente clara en cuanto a los términos utilizados de modo a informar a los ciudadanos de cuáles son las circunstancias en las que las autoridades están autorizadas a interferir en su vida privada, además deberá estar suficientemente delimitado el grado de discrecionalidad en su aplicación con razonable precisión a reglas accesibles que indiquen de manera suficiente la finalidad y la forma de ejercicio de los poderes conferidos a las autoridades. Es decir las garantías para los ciudadanos y los poderes de apreciación de las autoridades, deben estar claramente previstas y delimitadas en la propia ley.⁵⁶

En el caso del Agente encubierto si bien podemos decir de que la injerencia en la vida privada de los ciudadanos se encuentra prevista en la ley (Art. 282 bis LECrim), no podemos concluir que dicha ley le otorga la claridad necesaria acerca de las circunstancias en las que el Estado a través de este funcionario policial podrá ingresar a la vida privada y menos aún en lo que se refiere al grado de discrecionalidad en cuanto a ese ingreso se refiere; el Art. 282 bis en ningún momento indica a qué esferas de la intimidad permite el acceso del agente encubierto o a qué esferas no, quedando a criterio ya sea del Ministerio Fiscal o en su caso al Juez de Instrucción quienes deberán sopesar las circunstancias en cuanto a la procedencia o no de la actuación del agente encubierto.

Si bien creemos que es muy complejo que el legislador pueda abarcar todos los campos posibles de desempeño del agente encubierto en cuanto a la puesta en marcha de la actuación se refiere, si consideramos que era necesario que la norma señale una suerte de marco permitido de ésta actuación, que responda a la

⁵⁴Caso Malone contra el Reino Unido, 2 de Agosto de 1984, citado por el autor.

⁵⁵El autor menciona el caso Khan contra el Reino Unido, 12 de Mayo de 2000, en el que el uso de aparatos de grabación de audio y video en la celda del demandante, supuso a criterio del TEDH una injerencia en el derecho a la vida privada (Art. 8.1 CEDH) y que dichas injerencias no estaban previstas en la ley, como se exige en la misma disposición (Art. 8.2 CEDH), suponiendo por lo tanto una violación de esta disposición.

⁵⁶SANTAOLAYA MACHETTI, *op.cit.*, 2005, pág. 492

pretensión legislativa sobre todo si la preocupación subyace en los derechos ciudadanos y de modo a dar cumplimiento a la exigencia de delimitación del grado de injerencia del poder público del que venimos hablando.

2.a INVIOABILIDAD DEL DOMICILIO

Cabezudo Bajo⁵⁷ sostiene muy acertadamente que la entrada y registro domiciliario, incluso cuando su adopción y práctica tienen como finalidad la lucha contra la criminalidad organizada, constituyen restricciones o limitaciones de derechos fundamentales. Por este motivo, la eficacia procesal de tales medidas ha de estar siempre sometida al más estricto cumplimiento de las exigencias constitucionales que dicha calificación conlleva y por sobre todo responder en exclusiva a la autorización judicial respectiva.

Este derecho a la intimidad concentrando en lo que se reconoce como inviolabilidad del domicilio, supone que la previsibilidad de una futura entrada por parte de un agente encubierto en un domicilio no legitima la restricción de éste derecho en la autorización de la medida de infiltración y lo que es más importante vulnera el principio de motivación y por ende el de proporcionalidad, dominante en las medidas limitativas de derechos fundamentales.⁵⁸

Es decir, no porque haya sido autorizada la investigación a través de un agente encubierto significa que se lo habilita también para proceder al ingreso del domicilio ya sea de los sospechosos o de terceros por más de que lo haga en prosecución a la investigación para obtener pruebas de cargo en contra de los mismos.

Debemos dejar claro que la autorización judicial de la infiltración entonces no resulta suficiente para dotar de legitimidad constitucional a la invasión del hogar en el marco de la investigación del agente encubierto. En el juicio de proporcionalidad que antecede a la autorización inicial de la investigación mediante agente encubierto, el Juez que dicta la resolución ha de tener en cuenta

⁵⁷CABEZUDO BAJO, M.J. 2006, "La entrada y registro domiciliario en el proceso penal" en Nicolás González Cuellar (direc) Ágata Sanz(coord.) *en Investigación y Prueba en el Proceso Penal*, Madrid: Colex, pág:118.

⁵⁸GOMÉZ DE LIAÑO FONSECA HERRERO, *op.cit.*,2004, pág. 94.

las informaciones que han llegado a su conocimiento, es decir que el Juez al momento de autorizar la diligencia inicial no está en posición de decidir o valorar las circunstancias concurrentes,⁵⁹ si bien en algún caso podría darse, por lo que si el agente encubierto requiere ingresar a un domicilio, la autoridad policial deberá indicar y justificar dicha necesidad ante el órgano judicial quien deberá de igual modo sopesar la procedencia de dicha intromisión y como sabemos cumplir con todos los demás requisitos exigidos para la restricción de un derecho fundamental como éste.

Lo que no puede ser posible es que previendo la posible entrada del agente encubierto, el juez en la propia autorización inicial de la infiltración lo autorice al ingreso de uno o varios domicilios de manera indeterminada, lo que equivaldría a otorgar demasiadas atribuciones al agente encubierto respecto a derechos fundamentales cuya necesidad de limitación deberán en todos los casos ser justificadas.

La necesaria autorización judicial para el ingreso a un domicilio⁶⁰ conforme a las exigencias del principio de proporcionalidad responde a un doble fundamento, en primer lugar a la exigencia de que la resolución judicial contenga el juicio realizado por el Juez en el que se justifique la limitación del derecho fundamental para conseguir el fin previsto con la entrada y en segundo lugar a fin de prosperar el ejercicio del derecho a los recursos contra una resolución arbitraria o carente de fundamento en caso de ser ello necesario.⁶¹

Se señala igualmente que dicha autorización de entrada deberá revestir la forma de un auto, desde un punto de vista material, en virtud del mismo principio de proporcionalidad, lo que significa que han de reputarse inconstitucionales las

⁵⁹*Ibid.*, pág. 195.

⁶⁰Apartado 3 del Art. 282 bis LECrim: "...Cuando las actuaciones de investigación puedan afectar a los derechos fundamentales, el agente encubierto deberá solicitar del órgano judicial competente las autorizaciones que, al respecto, establezca la Constitución y la Ley, así como cumplir las demás previsiones legales aplicables...".

⁶¹CABEZUDO BAJO, *op.cit.*, 2006, pág:126.

resoluciones estereotipadas y las que contengan una mera remisión a la solicitud policial⁶².

Nos cuestionamos al igual que varios otros autores, entre ellos Gómez de Liaño, que pasa cuando son los sospechosos quienes invitan al agente a ingresar a su domicilio?, evidentemente éste para no levantar sospecha alguna ante el miembro de la organización deberá hacerlo, pero sería esto inconstitucional? En primer lugar debemos analizar la existencia y validez de la invitación, es decir si la invitación realizada por el dueño de casa significa un consentimiento válido para el ingreso del agente encubierto a su domicilio; mediante la posibilidad de convalidar el consentimiento otorgado por el dueño de casa desde el momento en que desconoce a quien verdaderamente está habilitando para el ingreso a su domicilio y los motivos que él podría tener para ello.

La respuesta de los autores no es en sí misma uniforme, ya que para unos la convalidación del consentimiento viciado se produce por la propia existencia de una autorización de infiltración inicial y para otros no, provocando la absoluta inconstitucionalidad de la entrada por invitación en el marco de la infiltración con la consiguiente responsabilidad penal del agente.⁶³

Gascón Inchausti⁶⁴, sin embargo considera que hay razones suficientes para entender que la autorización judicial legitima aquellas actuaciones efectuadas por el agente encubierto a los fines de la investigación que puedan vulnerar derechos fundamentales, es decir, con este criterio el ingreso del agente encubierto al domicilio de uno de los miembros de la organización previa invitación de éste, sin contar con el mandamiento judicial no es ilegal en miras a la necesidad de resguardar la propia investigación, como sería el caso de no levantar sospechas en los miembros acerca de la actitud del agente en caso de negarse al ingreso; así considera que la autorización judicial está expresamente pensada para subsanar las objeciones a que podría dar lugar la presencia oculta del Estado a través de uno de sus agentes policiales.

⁶²*Ibid.*, pág:129.

⁶³GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, *op.cit.*, 2004, pág. 6.

⁶⁴GASCÓN INCHAUSTI, *op.cit.*,2001, pág. 238.

A esta postura se suman quienes sostienen que la obtención por parte del agente encubierto de previa autorización judicial toda vez que se requiera una entrada ya sea a domicilios o lugares privados conduciría a la investigación llevada a cabo por el agente encubierto a la más absoluta ineficacia ya que no habría forma de conseguirlas la orden a tiempo, en cuanto a las visitas por invitación se refiere, y que en razón a ello se lesionaría continuamente el derecho a la inviolabilidad del domicilio dejando a las investigaciones en virtud de la cual se realizan, inútiles (por ilicitud probatoria).

De éste modo quienes niegan la existencia de una suerte de convalidación del engaño en la autorización inicial de infiltración proponen la necesidad de una urgente habilitación legal que, como el § 110c *StPO*⁶⁵, consienta la entrada del agente en un domicilio bajo la utilización de su título engañoso.⁶⁶

Consideramos que la entrada por invitación del agente encubierto al domicilio de ciudadanos ya sean sospechosos o no dentro de la investigación, sin la autorización judicial que lo habilite es a todas luces inconstitucional, ya que la ley es bastante clara al disponer la necesidad de que la entrada a un domicilio revista de la previa autorización judicial para ello; negar esto tratando de validar el consentimiento viciado sería arriesgar demasiadas garantías con miras a la efectividad de una investigación que en ningún caso podrá ser superior a los derechos de las personas.

Si bien entendemos que la lucha contra la criminalidad organizada supone establecer determinados mecanismos singulares, el disponer una suerte de instauración del Art. 110 *StPO* sería otorgar demasiadas facultades al agente encubierto, dejando al ciudadano y repetimos sin distinción de si es sospechoso o no en total desventaja frente a una irrupción estatal que ni siquiera conoce; pero de otro modo, es cierto que ello resolvería los problemas de invalidez probatoria, que se suscitan con el ingreso del encubierto mediando sólo el consentimiento del

⁶⁵El § 110c de la *StPO* (normativa procesal penal alemana) dispone que bajo la utilización del título y por ende amparado en la autorización judicial inicial los agentes encubiertos pueden entrar en un domicilio con el beneplácito de los titulares.

⁶⁶En este sentido GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, M., 2004, "Límites y garantías procesales en la investigación mediante agentes encubiertos", *La Ley*. Núm. 6142, pág. 6 y DEL POZO PÉREZ, *op.cit.*, 2006, pág. 320.

dueño y dichas diligencias dejarían de ser un blanco fácil para la defensa a la hora de atacar las pruebas obtenidas por este medio.

En base a todo lo manifestado, proponemos una solución que podría considerarse mixta, es decir sostenemos en la necesidad del correspondiente pedido de autorización judicial en todos los casos en que el agente encubierto deba ingresar a un domicilio y el consiguiente juicio de ponderación que de dicho pedido hará el órgano jurisdiccional, pero por otro lado también pensamos que debería admitirse la introducción de una norma similar a la del Art. 110 *StPO* de la ley procesal penal alemana, reservada sólo para aquellos casos aquellos estrictamente necesarios y en donde por las circunstancias particulares sea imposible la obtención de la autorización judicial correspondiente sin poner en peligro la concreta investigación.

Es decir, proponemos que como regla se mantenga en todos los casos la necesidad de la autorización judicial para el ingreso del agente encubierto al domicilio correspondiente, pero cuando las circunstancias del caso no permitan al agente obtenerla a tiempo o sin poner en peligro la investigación o su propia vida, que como excepción sea una norma como la del Art. 110 *StPO* la que de modo excepcional valide el consentimiento viciado del dueño de casa para la resguardar diligencia.

3. DERECHOS PROCESALES

3.a DERECHO A NO DECLARAR CONTRA UNO MISMO

La actuación del agente encubierto, quien exonerado del deber de informar encamina su acción hacia la obtención de la información proveniente del testimonio, siendo en todo momento y base como hemos dicho de su actuación la utilización del engaño, plantea otro de los grandes problemas de la figura y es que la existencia del derecho a no declarar contra uno mismo, el llamado "*nemo tenetur se ipsum accusare*" que le asiste a todo ciudadano en el caso de la actuación del agente encubierto no podrá hacerse valer.

En esta línea existen autores que consideran que el Estado, mediante el empleo del Agente encubierto, consigue eludir la aplicación de normas elementales para el derecho de defensa del imputado exigibles en el momento de su declaración,⁶⁷ así parte de la doctrina alemana sostiene que desde el mismo momento en que se ha obrado en contra del principio "*nemo tenetur*" a quien desconoce que se sospecha de él no puede hablársele ya sobre su libertad⁶⁸, desde estas posturas surgen diversas situaciones que merecen la pena analizar, en primer lugar, la utilización por el Estado del engaño inherente a la figura del Agente encubierto, y el consiguiente uso de un método que para muchos debe considerarse prohibido; en éste caso si decimos que el engaño constituye la propia base sobre la que se construye el papel y el rol asignado al Agente encubierto no podemos esperar que éste haga cumplir los derechos procesales que le asisten al sospechoso de la comisión de un delito ya que como hemos dicho es la propia ley la que lo ésta habilitando a engañar y mediante este mismo engaño a obtener toda la información posible; el mantenimiento del engaño supone en el caso del agente encubierto el propio éxito de la investigación.

Este principio de gran importancia al ser encontrarse siguiendo el criterio de Guariglia vinculado directamente al principio de que nadie se encuentra obligado en el procedimiento penal a declarar contra sí mismo, principio que se deduce de la dignidad humana, del derecho a la personalidad, y de la máxima del debido proceso⁶⁹.

Lo que debemos analizar respecto a este mismo principio es si cuando el policía encubierto sostiene una conversación con las personas investigadas está efectuando un "diálogo similar a un interrogatorio" en virtud del cual toma datos de relevancia penal, sin llevar a cabo la previa comunicación de los derechos, en especial de los derechos a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable⁷⁰. En este punto nos cuestionaremos si dicha información obtenida por el

⁶⁷En este sentido DELGADO MARTÍN, *op.cit.*, 2000, pág.8.

⁶⁸ BRAUM, *op.cit.*, 1999, pág. 4.

⁶⁹ GUARIGLIA, F.1994, "El agente encubierto un nuevo protagonista en el procedimiento penal", *Jueces para la democracia, Información y Debate*, núm.23 3/1994, pág.5 y ss.

⁷⁰GOMÉZ DE LIAÑO FONSECA HERRERO, *op.cit.*, 2004, pág. 219.

agente mediante ésta conversación podrá ser valorada en la sentencia o constituye que no deberá ser valorada por violación al derecho a no declarar contra uno mismo.

La discusión doctrinal es bastante extensa respecto a este punto pero se entiende por parte de ella, que el supuesto interrogatorio entre el agente y el miembro de la organización criminal descansa en una falsa relación de confianza establecida con la ayuda de un engaño habilitado en el título de inicio de la infiltración, este es el criterio de Delgado Martín⁷¹, para quien todos estos datos obtenidos mediante la conversación del agente con el sospechoso son válidos en la medida en que el engaño que posibilita la conversación viene legitimado por la autorización judicial inicial con total prohibición de acceder a otros medios como coacción física, síquica, que convertirían lo averiguado en prueba prohibida.⁷²

En sentido contrario, Gómez de Liaño considera que de ninguna manera la autorización judicial inicial legitima la restricción del derecho de defensa y que el motivo principal de ello es que en la legislación procesal española existe la llamada declaración del secreto de sumario (Art. 302 LECrim.) que constituye un instrumento de peso para evitar la vulneración del derecho de defensa, que a su criterio supone la ausencia de advertencia por parte del agente encubierto al sospechoso. En este sentido la propuesta realizada por Gómez de Liaño se materializaría en que el juez determine el secreto del proceso para evitar comunicaciones en la causa, en la que por regla se debe notificar inmediatamente de la condición de imputado como manifestación del derecho fundamental de defensa, que no puede excepcionarse en aquellos delitos que como en el caso de la criminalidad organizada en que la notificación de la existencia de una imputación frustraría los fines del proceso.⁷³.

Obviamente así como lo aclara Gascón Inchausti es requisito fundamental para el ejercicio de este derecho de advertencia que el ciudadano sea consciente de que está siendo objeto de un interrogatorio por parte de la autoridad pública cuyo objeto es contribuir a fijar unos hechos en su contra en el marco de un

⁷¹ DELGADO MARTÍN, *op.cit.*, 2001, pág.97 y 98.

⁷²GOMÉZ DE LIAÑO FONSECA HERRERO, *op.cit.*, 2004, pág. 220.

⁷³*Ibid*, pág. 220.

proceso penal, por ello el ejercicio de estos derechos se ve entorpecido y la finalidad que persiguen totalmente burlada, en caso de que las preguntas que, de ordinario deberían hacerse de forma abierta, en presencia de su abogado, se las formule engañosamente un agente encubierto.⁷⁴

Respecto a ésta falta de información por parte del agente al «interrogado» de sus derechos como imputado; siguiendo el mismo análisis realizado en cuanto al problema de considerar un verdadero interrogatorio a la conversación que pueda mantener el agente encubierto con el sospechoso, es evidente que, por la labor encomendada no existe posibilidad alguna, como dijimos de que se observe dicho principio procesal; Delgado Martín al respecto menciona que la Corte Suprema de los EE.UU.⁷⁵ entiende que la previa información al inculpado de sus derechos solamente adquiere sentido y resulta así exigible dentro de una *police-dominated atmosphere*, es decir, cuando éste se encuentra sometido a una atmósfera coercitiva derivada de su detención o de la privación de su libertad de acción de un modo significativo (*custodial interrogation*).⁷⁶

Así conforme a este criterio, es el sospechoso el que decide hablar, sin existir ningún medio coercitivo para ello, pero sin embargo no puede desconocerse que ésta decisión del miembro de la organización obedece al engaño al que es sometido y por supuesto al desconocimiento de la condición de agente encubierto, lo cierto y lo concreto es que uno no puede consentir algo que desconoce.

Consideramos que respecto a la singular figura que analizamos, no podemos esperar o insistir en que el agente encubierto dé cumplimiento al deber

⁷⁴GASCÓN INCHAUSTI, *op.cit.*, 2001, págs. 107-108.

⁷⁵ Caso Miranda vs. Arizona: En este caso la Corte rechazó la aplicación de la regla de exclusión probatoria en un caso en el cual el imputado, detenido, le confiesa y describe a su compañero de celda (en verdad, un Agente Encubierto) el homicidio que había cometido. Según la Corte, el fundamento de la exigencia de advertencia previa establecida en “Miranda...” radica en que el imputado se sentirá compelido a hablar si se encuentra en una “*police-dominated atmosphere*”; ello no sucede cuando él, aun si se encuentra encarcelado, habla libremente con alguien a quien - erróneamente- cree un compañero: la “atmósfera coercitiva” no se encuentra aquí presente. En GUARIGLIA, *op.cit.*, 1994, pág.5.

⁷⁶ DELGADO MARTÍN, *op.cit.*, 2000, pág.8.

de advertencia antes de cada conversación que mantenga ya sea con el sospechoso o con terceros que puedan aparecer implicados durante la investigación, ya que sería desvirtuar esa propia condición especial de la que ha sido investido por el propio Estado.

Eso si respecto a la conducción de la conversación por parte del Agente Encubierto consideramos que deberá extremarse el cuidado con la utilización de métodos que puedan considerarse capciosos además de la prohibición de la utilización de otros medios de obtención de la información que no sean los estrictamente autorizados bajo su falsa identidad.

CAPÍTULO III

ETAPAS DE LA DILIGENCIA ENCUBIERTA. RÉGIMEN LEGAL

1. PREPARACIÓN DE LA OPERACIÓN ENCUBIERTA

El inicio de la diligencia deberá suponer la labor de recolección de datos, informes y todo aquello que implique contar con suficientes elementos que nos permitan suponer que nos hallamos ante *una 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,*⁷⁷ conforme lo exige la ley para la utilización de un medio de investigación como el agente encubierto, además de que la actuación del grupo organizado sometido a la investigación deberá tener como objeto de su actuación delictiva a alguno de los delitos señalados en el mismo art 282:

1. Delito de secuestro de personas previsto en los artículos 164 a 166 del Código Penal
2. Delitos relativos a la prostitución previstos en los artículos 187 a 189 del Código Penal.
3. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico previstos en los artículos 237, 243, 244, 248 y 301 del Código Penal.
4. Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial previstos en los artículos 270 a 277 del Código Penal.
5. Delitos contra los derechos de los trabajadores previstos en los artículos 312 y 313 del Código Penal.
6. Delitos de tráfico de especies de flora o fauna amenazada previstos en los artículos 332 y 334 del Código Penal.
7. Delito de tráfico de material nuclear y radiactivo previsto en el artículo 345 del Código Penal.

⁷⁷ Definición de delincuencia organizada otorgada por el Art. 282 bis LECrim.

8. Delitos contra la salud pública previstos en los artículos 368 a 373 del Código Penal.
9. Delito de falsificación de moneda previsto en el artículo 386 del Código Penal.
10. Delito de tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos previsto en los artículos 566 a 568 del Código Penal.
11. Delitos de terrorismo previstos en los artículos 571 a 578 del Código Penal.
12. 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.

Así, a más de la exigencia legal de que estos hechos hayan sido cometidos en el seno de una organización criminal es necesario que ameriten y requieran de la investigación a través del agente encubierto, cuyos demás requisitos se desarrollarán a lo largo del presente trabajo. Si bien dijimos que la actuación del agente encubierto deberá circunscribirse al catálogo de delitos *numerus clausus* que mencionamos no debemos dejar de indicar que ello mereció numerosos reparos al dejar de lado números delitos que podrían o son normalmente propios de organizaciones criminales, como ser el tráfico de órganos, redes de adopción ilegal, etc.⁷⁸

Del mismo modo mereció atención por parte de la doctrina, que el factor determinante para que un delito sea incluido en un catálogo como este no debería ser la gravedad determinada por la pena que le otorga el Código Penal,⁷⁹ sino que habría que atender a otros criterios como la dimensión geográfica y la relevancia social del delito⁸⁰, por más de que se traten de delitos con poca entidad en cuanto a pena se refiere.

La labor policial entonces es considerada fundamental durante esta primera etapa de la investigación y presupone la elaboración, el estudio y el diseño de una

⁷⁸ DEL POZO PÉREZ, *op.cit.*, 2006, págs. 311.

⁷⁹ En este sentido, DEL POZO PÉREZ, *op.cit.*, 2006, págs. 311 y GOMÉZ DE LIAÑO FONSECA HERRERO, *op.cit.*, 2004, pág. 4.

⁸⁰ *Ibid*, pág. 4.

estrategia clara y completa ante por supuesto unos indicios suficientes de delincuencia organizada que respecto a datos objetivos y todo lo que implique como dijimos una suficiencia de elementos, permitan suponer la posible existencia del hecho delictivo que merecerá la infiltración, en cuyo marco se considera adecuado, necesario y proporcionado el recurso a la labor de uno o varios agentes encubiertos.⁸¹

No ésta demás indicar la necesidad de que las fuerzas policiales tomen dicha labor de la manera más profesional y sería posible, considerando principalmente como se ha señalado, recaerá en su ámbito de actuación el lograr reunir aquellas constancias más completas con el fin de sustentar el pedido y por sobre todo la principal responsabilidad de ésta etapa: la elección y preparación del funcionario policial a cargo de la labor de la infiltración, figura sobre la que se sustentará por completo la investigación.

Gascón Inchausti, en referencia a la preparación de la diligencia, considera que la labor policial en esta etapa de no puede ser suplida ni por el Juez de Instrucción ni por el Ministerio Fiscal, al no disponer de un grado de cualificación ni de conocimientos técnicos y prácticos como para ser ellos quienes se encarguen de la preparación de ésta primera etapa de la infiltración siendo la Policía Judicial la que se encuentra en un mejor posición para evaluar la necesidad y por ende éxito de la infiltración.⁸² En el mismo sentido la doctrina alemana reconoce esta limitación del Ministerio Fiscal y del Juez en la designación del funcionario a cargo, considerando que la Administración de Justicia no puede asumir en ningún caso los riesgos que para el Agente encubierto se pueden derivar de la infiltración.

Tenemos entonces que pueden ser tres momentos diversos: En la fase de instrucción de un proceso penal en curso cuando es la propia policía la que plantea al juez encargado de la instrucción el interés de la medida o viceversa. En tal caso, la presentación por parte de los mandos policiales de su iniciativa para proceder a la infiltración, acompañada de la solicitud de autorización, servirá

⁸¹GASCÓN INCHAUSTI, *op.cit.*, 2001, pág. 185.

⁸²*Ibid*, pág. 188.

igualmente como vehículo para poner en conocimiento de la autoridad competente la sospecha de los hechos y para promover el inicio de una instrucción.

En el ámbito de la investigación preliminar del Ministerio Fiscal, en donde obviamente serán los fiscales encargados los que consideren necesario la realización de la investigación correspondiente mediante la persona del agente encubierto.

En las instancias policiales con carácter previo al inicio del proceso penal y a la investigación preliminar.⁸³ Es aquí donde la labor de inteligencia de la policía determinará la necesidad de recurrir a un agente integrante de sus fuerzas para llevar a cabo la labor encubierta. Sin embargo se advierte que en todos los casos, el dominio de la iniciativa de la investigación por medio de agentes encubiertos ha de quedar residenciado en sede policial.⁸⁴

Nuestra duda surge respecto a si estamos lo suficientemente seguros de poder contar con una Policía lo suficientemente profesionalizada y capacitada para éste tipo de labores o en su caso lo suficientemente confiable como para no suponer la filtración de la información. Nos permitimos ser un tanto pesimistas al respecto, ya que en países como el Paraguay, (si bien hemos indicado que la figura del agente encubierto se halla limitada a la lucha contra el Narcotráfico) la corrupción policial atestada desde las más bajas esferas hasta las más altas, suponen la necesidad de crear una suerte de pequeños escuadrones especializados de donde se irán obteniendo los agentes más pródigos para desarrollar la labor de infiltración, con las consecuencias y dificultades que suponen la utilización reiterada de éstas mismas personas en procedimientos sucesivos de ésta talla, en especial consideración a la seguridad personal del propio agente, cuya custodia no deja de ser responsabilidad del propio Estado; es decir estamos dispuestos a confiar y encomendar esta labor a nuestros agentes policiales o no tenemos otra opción?.

⁸³ GOMÉZ DE LIAÑO FONSECA HERRERO, *op.cit.*, 2004, pág. 139.

⁸⁴ GUARIGLIA, *op.cit.*, 1994, pág. 52.

2. AUTORIZACION DE LA DILIGENCIA ENCUBIERTA. PRINCIPIOS PROCESALES: PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Si consideramos que la actuación del agente encubierto afecta o es susceptible de afectar derechos de los ciudadanos, como lo es desde nuestra óptica debemos ahora intentar indicar a quien le corresponderá autorizar la diligencia como primera condición de adecuación de la medida al Principio de Legalidad.

El Principio de Legalidad se erige así en el primer presupuesto que ha de cumplir toda actuación limitativa de derechos fundamentales, así igualmente el Art. 8⁸⁵ de la CEDH en su apdo. 2do, requiere expresamente la presencia de la legalidad en toda injerencia de la autoridad pública en la intimidad de las personas, que la misma debe esta prevista en la ley, lo que conlleva a que el ordenamiento interno autorice la adopción judicial del acto.⁸⁶

El principio de legalidad no se resume tan sólo en la previsibilidad de la injerencia del Estado, sino además que dicha ley debe ser accesible y previsible respecto a la primera cuestión el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que se cumple la accesibilidad de la ley desde el momento en que ésta era pública y el de previsibilidad cuanto está redactada con la suficiente precisión y claridad que permite al individuo regular su conducta conforme a la ley y predecir las consecuencias de la mismas⁸⁷, de modo que deberá ser la propia ley la que deberá definir las modalidades y extensión del ejercicio del poder otorgado con la claridad suficiente para aportar al individuo una protección adecuada contra la arbitrariedad.

⁸⁵ Artículo 8. Derecho al respeto a la vida privada y familiar.

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

⁸⁶GOMÉZ DE LIAÑO FONSECA HERRERO, *op.cit.*, 2004, pág. 139.

⁸⁷Sentencia del SSTEDH 4 de junio de 2002 (2002-34).

Al respecto la Sentencia del Tribunal Supremo de 3-11-93, sostiene: «La actuación del agente encubierto descubre una conducta criminal anterior...una preexistente actividad criminal, lo cual no pasa de ser una actuación de investigación propia del cometido de la policía judicial. *Su intervención es una injerencia en la vida privada del sospechoso, y debiera estar prevista en la Ley las condiciones de su ejercicio, reservándola a las infracciones penales especialmente graves y restringida, por supuesto, a los agentes de los Cuerpos y Fuerzas de la Seguridad del Estado.*»

Seguidamente debemos distinguir aquello que debe contener la resolución que autoriza la diligencia de infiltración, que como dijimos en el caso español y conforme al Art. 282 bis. LE.Crim deberá recoger la existencia de indicios suficientes: Un grado razonable de indicio de la comisión de un hecho delictivo, lo que por supuesto queda en la esfera policial el de recogerlos y acercarlos al órgano que dictará la medida conjuntamente con la solicitud.⁸⁸ Ha de haber un grado de imputación suficiente de la comisión de un hecho delictivo que el órgano jurisdiccional ha de verificar la existencia de datos objetivos determinantes para deducir que resulta más que probable que dichos individuos están llevando a cabo conductas delictivas.⁸⁹

Aquí, lo que no debe dejarse de considerar es que ya sea que la resolución que autorice la actuación del Agente Encubierto, sea que emane del Juez Instructor(auto) o del Fiscal (decreto) deberá encontrarse motivado, es decir que deberá contener en todos los casos, los fundamentos que llevaron a considerar la autorización de este medio de investigación, la que igualmente deberá considerar la probabilidad de que verdaderamente se trate de una banda organizada con las características propias que ello supone y que previo a los elementos arrimados por la Policía han sido acreditados para proceder a otorgar la autorización y que como dijimos la actividad de dicha banda organizada se dirija probablemente a la

⁸⁸ En el caso español y siempre que se hallen en juego derechos fundamentales, el Juez Instructor será el encargado de autorizar dicha medida caso contrario y de manera excepcional el Ministerio Fiscal, dando cuenta de ello al Juez de manera inmediata. (Art. 282 bis LE.Crim).

⁸⁹ DEL POZO PÉREZ, *op.cit.*, 2006, "El agente encubierto como medio de investigación procesal en el ámbito de la cooperación jurídica internacional" en Fernando Martín Diz (Coord.) *Constitución Europea: aspectos históricos, administrativos y procesales*, Santiago de Compostela: Ed. Tórculo, págs. 306, y GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, *op.cit.*, 2004, pág. 311.

comisión de uno de los delitos tasados en el Art. 282 bis LECrim, las que habilitan la posibilidad de infiltrar un funcionario de la Policía en dicha trama con la finalidad de investigarla.

Al respecto el Art. 282 bis nos dice que: "...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..."

En el caso paraguayo la ley de drogas prevé que a solicitud de la Secretaría Nacional Antidroga (SENAD) o del fiscal, en todos los casos con intervención del Ministerio Público, el juez competente podrá autorizar por tiempo determinado que se realicen operaciones encubiertas respecto de actos preparatorios, de ejecución o consumados, de alguno de los hechos punibles sancionados en esa misma ley y hechos punibles conexos. En la misma ley se establece que la solicitud deberá encontrarse acompañada de los antecedentes que permitan presumir que la investigación encubierta solicitada facilitará el propósito expresado y que obviamente el sistema ordinario de investigación probablemente no lo logrará a más de que se deberá acercar un informe detallado de los medios técnicos de investigación y de recolección de evidencias que se pretendan utilizar en el operativo, de los lugares en que el operativo se desarrollará, de la identidad y funciones de las personas que intervendrán en el operativo, y de la identidad, si se conoce, de las personas presuntamente vinculadas con la comisión del ilícito. Se destaca igualmente que el propio juez podrá requerir al solicitante elementos de juicio adicionales que respalden la solicitud si así lo considera necesario.⁹⁰

Si miramos otro tipo de modelos es quizás el alemán el que más libertad otorga a la labor policial respecto a éste tipo de medios de investigación, así para

⁹⁰ Artículo 83.Ley N° 1881 del 24/06/02 que modifica la Ley N° 1340 del 22 de noviembre de 1988 "Que reprime el tráfico ilícito de estupefacientes y drogas peligrosas y otros delitos afines y establece medidas de prevención y recuperación de farmacodependientes".

la entrada en acción del *Verdeckter Ermittler*⁹¹ es suficiente la previa autorización de la Fiscalía que si bien en el derecho alemán se erige como directora de la investigación, se prevé que la propia policía en casos de urgencia y cuando dicha autorización fiscal no pueda ser obtenida a tiempo para dar inicio a la operación encubierta podrá iniciar la operación con la obligación de solicitar de inmediato dicha autorización que en caso de no ser confirmada en los 3 días siguientes del inicio del operativo deberá indefectiblemente darse por finalizada. En ambos casos, como vimos, sea que exista o no autorización de la Fiscalía se establecen 3 días a fin de que sea el Juez el que confirme igualmente dicha intervención no podemos negar que las facultades otorgadas a la policía son bastante amplias.

Alejándonos un poco del modelo alemán en lo que respecta a la autorización emanada del Ministerio Público consideramos bastante discutible, ya sea que existan o no derechos fundamentales en juego o en riesgo de ser violentados, que la resolución autorizante emane del Ministerio Fiscal y no en todos los casos del Juez, ya que no puede discutirse que desde un inicio de la diligencia se produce una verdadera intromisión del Estado en la esfera de los ciudadanos lo que sin dudas supone un ataque a derechos fundamentales sea que estén o no justificados en miras al interés general y que el juicio de proporcionalidad al que deberá someterse la autorización le corresponde realizarlo en exclusiva al juez y no al fiscal.

La posibilidad de que la autorización provenga del Ministerio Público en razón a la urgencia de obtenerla tampoco tendría razón de ser, hemos dejado atrás la época de jueces ultra formales en donde la tardanza para obtener una autorización podría ser lesiva para el éxito una investigación, asistimos a un tiempo en donde se puede hablar de un cierto grado de coordinación y comunicación tanto entre jueces, fiscales y la policía, por lo que no creemos que deba haber problema alguno para la obtención rápida de una autorización judicial de éste tipo, siempre que se hayan realizado en forma los trámites previos para ello.

⁹¹ Denominación otorgada al Agente encubierto por la legislación procesal penal alemana.

Gómez de Liaño considera en este punto que el Art. 282 bis de la LECrim no condiciona la autorización del Ministerio Fiscal a motivos de urgencia, aunque evidentemente lo vincula a supuestos delictivos extremadamente graves ya que en un principio la propia medida del agente encubierto no reviste en sí misma caracteres de urgencia alguna por lo que la urgencia justificadora de una autorización del Ministerio Fiscal, reside en todo caso en el derecho comparado, en aquellos supuestos en los que una infiltración preventiva haya de convertirse, ante la comisión de un ilícito en una infiltración represiva.⁹² Así entonces y como sabemos que la infiltración con carácter preventivo no posee asidero legal en nuestro ordenamiento procesal porqué no ordenamos mejor los roles encomendados a las partes del proceso y dejamos la decisión de autorización al juez a quien verdaderamente le corresponde este papel.

Sobre todo si hablamos de la preexistencia de un proceso judicial carecería absolutamente de sentido que el personal policial acuda para obtener la autorización correspondiente al Ministerio Fiscal por lo que concordamos con la opinión de Gascón Inchausti para quien el fiscal se convierte en un tercero intermediario entre policía y juez de instrucción, con la consiguiente ralentización de las actuaciones.⁹³

Nos preguntamos entonces cuál es el sentido práctico de acordar la autorización al Ministerio Fiscal? Si de todas formas el mismo fiscal deberá poner a conocimiento del Juez dicha medida, quien es el que en definitiva decidirá la suerte de la infiltración. Es decir el mero objeto de esta comunicación inmediata de la medida adoptada a la autoridad judicial competente radica en que sea el propio Juez el que ratifique o anule la decisión de la infiltración, es decir que la autoridad judicial ejerza plenamente la competencia de revisión acerca de la existencia de restricción de derechos fundamentales, no es sólo una mera comunicación, sino un verdadero control jurisdiccional de la medida mediante una resolución motivada, es por ello que creemos que debe dejarse en exclusiva dicha competencia al órgano judicial. Gómez de Liaño al respecto señala que la comunicación y revisión judicial de la autorización fiscal, viene articulada como

⁹² GOMÉZ DE LIAÑO FONSECA HERRERO, *op.cit.*, 2004, pág. 188.

⁹³ Nota al pie GASCON INCHAUSTI, *op.cit.*, 2001, pág. 200.

una auténtica garantía del principio de proporcionalidad y no puede ser concebida, de ningún modo, como una manifestación de la escasa funcionalidad de la competencia otorgada a favor del Ministerio Fiscal en las investigaciones encubiertas.⁹⁴

Concordamos en que la injerencia del Estado⁹⁵ en la vida privada sólo puede resultar justificada siempre que concurren 3 requisitos: legalidad como ya lo hemos señalado, la legitimidad del fin y por último la necesidad, siendo ésta última de entera apreciación por parte del juez, por lo que y como ya lo veníamos adelantando la autorización de la investigación por medio de Agentes encubiertos debería en todos los casos emanar del órgano jurisdiccional, por ser la medida de respeto más básica para intromisiones del Estado en la vida de las personas y la valoración de éstas le corresponden en exclusiva al órgano jurisdiccional.

2.a IDONEIDAD DE LA OPERACIÓN ENCUBIERTA. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

En este mismo momento se deberá determinar igualmente si la infiltración del agente encubierto dentro de la organización objeto de investigación parece efectiva o en su caso que es conducente a lograr el resultado buscado cual es la efectiva infiltración del agente en el núcleo mismo de la organización y la obtención de la mayor cantidad de datos que puedan resultar relevantes para el proceso y por supuesto que dicha intervención policial no resulte desproporcionada a la vista de las circunstancias particulares del caso.

Corresponderá al propio juez realizar el llamado juicio de proporcionalidad, es decir superar el test que constituye el principio de proporcionalidad en sentido amplio o de prohibición de exceso. Asimismo el llamado juicio de adecuación o idoneidad, presupone comprobar la existencia de una relación de medio a fin, la infiltración policial debe ser una medida adecuada para alcanzar el fin que con ella se persigue, es decir para la obtención de la información y de pruebas de cargo que hagan posible dismantelar en un tiempo el grupo criminal investigado.

⁹⁴GOMÉZ DE LIAÑO FONSECA HERRERO, *op.cit.*, 2004, pág. 191.

⁹⁵ Interpretación otorgada por el TEDH al Art. 8 de la CEDH citado en DELGADO MARTÍN, *op.cit.*, 2000, pág. 4.

Gascón Inchausti resalta que esta admisión de idoneidad o adecuación de la infiltración no ha de hacerse sin ponerse de manifiesto otro tipo de reparos, por ejemplo que existen algunos ámbitos de la delincuencia organizada en que por su estructura, no es lógico pensar que un agente encubierto por más buen papel que desempeñe pueda lograr con éxito infiltrarse,⁹⁶ siendo uno de los casos el de la organizaciones de tipo mafioso, basadas en muchas ocasiones en relaciones de parentesco.

La ley de drogas paraguaya al respecto dispone que el juez no autorice en estos casos la realización de operaciones encubiertas o de entregas vigiladas cuando a su criterio el presunto hecho ilícito es de poca entidad o los sospechosos de participar en él no sean importantes o no pertenezcan a una organización criminal.⁹⁷ Lo que denota nuevamente la subsidiariedad que los legisladores quisieron otorgar a este medio de investigación, es decir circunscribirla a los ámbitos delictivos relacionados al narcotráfico y que además revistan el carácter de grave, cuya consideración queda en manos del juez.

2.b CARÁCTER SUBSIDIARIO DE LA OPERACIÓN ENCUBIERTA

Evidentemente que para la utilización de la figura del agente encubierto como medio de investigación no basta con que sea idóneo y proporcional sino que además deberá resultar, con miras a la investigación estrictamente necesaria, es decir que no debe existir a disposición de los poderes públicos otro instrumento menos lesivo o menos ofensivo para alcanzar la finalidad pretendida.

De todas las medidas o los medios con los que cuenta el Estado para combatir la criminalidad organizada, se deberá optar por aquella que resulte a la luz de los derechos fundamentales de los ciudadanos la más respetuosa y la menos invasiva posible.

Si bien es cierto que la insuficiencia o el fracaso de las técnicas tradicionales de investigación nos han llevado a la utilización de unas como la que estamos

⁹⁶ GASCÓN INCHAUSTI, *op.cit.*, 2001, pág. 126.

⁹⁷ Artículo 86.- Ley N° 1881 del 24/06/02 que modifica la Ley N° 1340 del 22 de noviembre de 1988 "Que reprime el tráfico ilícito de estupefacientes y drogas peligrosas y otros delitos afines y establece medidas de prevención y recuperación de farmacodependientes".

analizando, no por ello han de dejarse de lado las tradicionales si con ello se logra cumplir el fin pretendido, el de obtener información y el de reproducirlas en un juicio oral, más aún si a la luz de los derechos ciudadanos resultan menos lesivas.

Respecto al grado de efectividad de los llamados medios extraordinarios de investigación, coincidimos con la autora Gómez de Liaño en que sólo el tiempo nos podrá hablar de lo efectiva que resulta la aplicación de un medio de investigación como el del agente encubierto, al considerar que desde la introducción de la figura en la LECrim (año 1999) no permite emitir una valoración acerca de la dicha eficacia en España, no así en Alemania cuya introducción en el año 1992, permite realizar una mayor valoración que según la misma arroja un resultado negativo.⁹⁸

Una nueva revisión acerca de la utilización de este tipo de medios de investigación se presentará como necesaria en un futuro más o menos próximo a fin de resolver aunadamente como encarar a este tipo de criminalidad y si decidir si la lucha que iniciamos de la mano de operaciones encubiertas han llenado no sólo nuestras expectativas sino también si han cumplido los fines principales, considerando que como venimos diciendo, el precio que pagamos los ciudadanos en esta lucha es muy alto.

2.c CONTENIDO DE LA AUTORIZACIÓN

La autorización como sabemos deberá en primer lugar encontrarse motivada y además deberá contener todo aquello que hace a la investigación, diseñar la actuación del agente encubierto y sobre todo legitimar esa actuación basada en el engaño dentro de la organización dentro de la cual desplegará su actuación.

Obviamente deberá mencionar el plazo para el cual dicha autorización ha sido concedida, a más de circunscribir los delitos objeto de la investigación encubierta en relación a alguno de los indicios de delitos tasados en la ley (apdo. 4 Art. 282 bis LECrim.), que pese a ser considerada deficiente por dejar de lado varias manifestaciones delictivas como dijimos, responde a la necesidad de limitar

⁹⁸GOMÉZ DE LIAÑO FONSECA HERRERO, *op.cit.*, 2004, pág. 129.

las formas de lucha contra la delincuencia organizada.⁹⁹ Así igualmente deberá identificar a él o los imputados aunque sea de modo aproximado e insistirá en la prohibición de exceso en lo que se refiere a la actuación del agente policial.

Del mismo modo indicará si la actuación del agente encubierto sólo se limitara a actuar bajo la identidad supuesta o le está permitido a éste adquirir, transportar objetos, efectos e instrumentos del delito o diferir de la incautación de los mismos y todas aquellas actividades que le son permitidas por la ley Art. 282 bis LECrim, se manifiesta asimismo que respecto a esta última posibilidad el agente encubierto se asemeja a la figura de la entrega vigilada¹⁰⁰ con la diferencia que en relación a la entrega vigilada la actuación del agente policial consiste en dejar circular los efectos del delito, en tanto que en que al agente encubierto tiene una participación más activa en la circulación de los objetos del delito.

2.d DURACIÓN Y PRÓRROGA

Como dijimos, la autorización de la medida deberá contener igualmente la duración de la misma que deberá ser fijada por la autoridad judicial encargada - 6 meses (Art. 282 bis LECrim)¹⁰¹, siendo pasible de renovación por periodos de igual duración, mediante obviamente resolución fundada acerca de la necesidad de su extensión.

Evidentemente y en la gran mayoría de los casos la investigación a través del agente encubierto deberá extenderse más allá del plazo inicial de 6 meses, ya que se supone que en operaciones de este tipo el lograr introducirse en el núcleo mismo del grupo criminal implicará un tiempo más o menos largo, por todo lo que ello implica, el ganarse la confianza de los miembros, el lograr escalar en la propia estructura de la organización y el tiempo que implique obtener la información

⁹⁹GOMÉZ DE LIAÑO FONSECA HERRERO, *op.cit.*, 2004, pág. 202.

¹⁰⁰ZARAGOZA AGUADO, J.A 2000, "Tratamiento Penal y procesal de las organizaciones criminales en el derecho español. Especial referencia al tráfico ilegal de drogas" en J. Soriano Soriano (dir) *Delitos contra la salud pública y contrabando, Cuadernos de Derecho Judicial* N° 5, Madrid: CGPJ, pág. 8.

¹⁰¹Si bien el Art. 282 de la LECrim. no expresa de manera concreta el plazo de duración de la medida, si lo hace en cuanto al otorgamiento de la identidad del Agente por parte del Ministerio del Interior, estableciendo una duración de 6 meses, prorrogables por periodos de igual tiempo. "...La identidad supuesta será otorgada por el Ministerio del Interior por el plazo de seis meses prorrogables por períodos de igual duración...".

relevante para la investigación, sin que ello suponga "llamar la atención" de los miembros.

3. CONTROL JUDICIAL

A nuestro criterio he aquí la clave de este tipo de diligencias, un efectivo y riguroso control por parte del órgano judicial nos asegurará la no desviación o el exceso de límites respecto a la actuación del agente; como hemos dicho desde un inicio la presencia del Juez ha de erigirse como el núcleo sobre el que gravitará la actuación del agente encubierto desde un primer momento ya que ésta en sus manos la autorización de la medida y como tal la realización del juicio de proporcionalidad en donde a la luz de la labor policial o fiscal deberá sopesar el empleo de ésta técnica, pero quizás estemos dejando pasar por alto una importante cuestión que es la que nos indica el apartado 1 del Art. 282 bis de la LECrim ...*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...* es decir el sometimiento a consideración del juez en todo momento, de la información, evidencias y todo lo que resulte de la actuación del agente encubierto.

Del mismo modo la ley antidrogas paraguaya prevé que el juez autorizante y el Ministerio Público, desde el momento que según el modelo paraguayo se erige como director de la investigación, efectuarán el seguimiento y control de cada operativo encubierto, pudiendo inclusive impartir instrucciones sobre su desarrollo, del mismo modo se prevé que el juez y el Ministerio Público serán permanentemente informados del curso de los operativos e investigaciones y las evidencias obtenidas serán puestas a su disposición.¹⁰²

¹⁰² Artículo 89.- Ley N° 1881 del 24/06/02 que modifica la ley n° 1340 del 22 de noviembre de 1988 "Que reprime el tráfico ilícito de estupefacientes y drogas peligrosas y otros delitos afines y establece medidas de prevención y recuperación de farmacodependientes".

Es decir que una vez autorizada la diligencia del agente encubierto, la labor del juez no termina y no puede desentenderse de la ejecución de la misma pues ello determinaría una grave quiebra de su jurisdiccionalización¹⁰³.

Delgado Martín considera que resulta exigible un control judicial de la injerencia en el derecho fundamental y que con más razón deberá ser riguroso en el caso del agente encubierto por las razones siguientes: en primer lugar, porque se trata de una medida que se extiende en el tiempo, con lo que los efectos sobre el derecho a la intimidad son mayores; en segundo lugar, porque significa una injerencia continua en la vida privada,¹⁰⁴ como dijimos el agente encubierto a más de infiltrarse en el seno de una organización criminal lo hará igualmente en la vida privada de miembros y en distintos aspectos de la misma (domicilio, comunicaciones); por otra parte los titulares de los derechos afectados ignoran la aplicación de ese medio de investigación siendo éste engaño la base de la actuación; y, por último, porque puede afectar a un número indeterminado de personas, esto es, tanto a los distintos miembros de la organización como a personas ajenas que se relacionen con ellos en el transcurso de la diligencia. No solo estamos hablando de velar por los derechos de los sospechosos sino también por cualquier persona que pueda verse inmiscuida en la labor policial de infiltración.

A pesar de ello y a que la norma dispone que el agente encubierto deberá poner a la mayor brevedad posible la información que vaya recolectando no es ilógico pensar que el cumplimiento de dicha disposición será por demás dificultoso para dicho agente, ya que es evidente que no podrá acudir constantemente a informar al juez acerca de la diligencia ya que ello podría derivar en un peligro para la propia investigación e incluso en los casos más extremos comprometer su propia vida; es aquí en donde aparece un nuevo personaje cuya presencia y labor recaerá nuevamente en los estratos policiales y se trata de una persona que actuará de intermediario entre el agente encubierto y los órganos jurisdiccionales

¹⁰³DELGADO MARTÍN, *op.cit.*, 2000, pág 6.

¹⁰⁴ 6 meses con posibilidad indefinida de renovación de este plazo por períodos de la misma duración.

dicho intermediario sería una suerte de controlador o supervisor¹⁰⁵, con una labor por demás importante.

El supervisor será en este caso el responsable de poner en conocimiento de las autoridades la información que el infiltrado vaya obteniendo durante la investigación y servirá igualmente de apoyo en su labor, particularmente respecto a actuaciones llamativas del agente encubierto¹⁰⁶ que podrían no sólo comprometer el éxito de la propia investigación sino suponer además la puesta en riesgo de la propia vida del agente que no deja de ser una persona con sus debilidades propias.

4. FINALIZACIÓN DE LA OPERACIÓN ENCUBIERTA

La terminación de la actuación del agente encubierto puede darse por diversos motivos, así culminará por la revocación realizada por el juez de la autorización otorgada por el Ministerio Público que como sabemos queda sometida para su ratificación o revocación por parte del órgano judicial; otra de las formas en la que finalizará la diligencia será por el vencimiento del plazo de duración inicial de la infiltración cuando la obtención de resultados suficientes hace que no sea necesaria acordar una prórroga más; asimismo en caso que finalice el periodo de duración inicial con ausencia de datos relevantes y el Juez estime con ayuda siempre del criterio policial que otra prórroga en la investigación no conduciría a la obtención de resultados significativos para la investigación y por último cuando dentro del plazo de vigencia de duración de la medida o de

¹⁰⁵ DEL POZO PÉREZ, *op.cit.*, 2006, pág. 317.

¹⁰⁶ El programa de la FBI señala los sgtes indicadores, como señales de alarma a valorar por este supervisor de modo a asegurar la actuación integral del encubierto: Incremento significativo de la bebida o las drogas, inicio de relación sexual o sentimental con miembros del grupo de la organización criminal que se ésta investigando, aislamiento, expresar al supervisor sentimiento de incapacidad, insomnio, no querer que la operación finalice, dolor de cabeza persistente; mostrar preferencia por la compañía de la banda; alejarse del objetivo de su trabajo, mantener el rol fuera de la banda. Citado a pie de página en DEL POZO PEREZ, *op.cit.*, 2006, pág. 318.

alguna de las prórrogas la vida del policía infiltrado se vea sometida a graves peligros, razón por la cual el agente abandonará las investigaciones.¹⁰⁷

En el caso de la ley de drogas paraguaya se prevé que el juez autorizante podrá decretar en cualquier momento la cesación de las operaciones encubiertas así como la detención de los partícipes en el hecho ilícito y la incautación de las sustancias y de los instrumentos del delito, si a su criterio:

1) la operación pone en serio peligro la vida o la integridad física de algún agente encubierto o de otras personas ajenas al ilícito;

2) la operación obstaculiza o impide la comprobación de los ilícitos investigados;

3) la operación facilita a los partícipes eludir la acción de la justicia;

4) la operación se desvía de su finalidad o evidencia en sus ejecutores abusos, negligencia, imprudencia o impericia;

5) han cambiado o desaparecido los presupuestos de hecho que sustenten la conveniencia de seguir aplicando la modalidad de las operaciones encubiertas o las de entregas vigiladas;

6) la operación viola algún precepto constitucional¹⁰⁸.

En cualquiera de los casos señalados el juez sin más trámite dispondrá de la medida, con las sucesivas consecuencias que acarrearán la existencia o no de méritos para la continuación del proceso penal.

¹⁰⁷GOMÉZ DE LIAÑO FONSECA HERRERO, *op.cit*, 2004, pág. 197 y ss.

¹⁰⁸ Art. 94 Ley N° 1881 del 24/06/02 que modifica la Ley N° 1340 del 22 de noviembre de 1988 “Que reprime el tráfico ilícito de estupefacientes y drogas peligrosas y otros delitos afines y establece medidas de prevención y recuperación de farmacodependientes”.

CAPÍTULO IV

PRUEBAS OBTENIDAS MEDIANTE LA OPERACIÓN ENCUBIERTA

1. VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS OBTENIDAS POR EL AGENTE ENCUBIERTO

La ilicitud de la prueba ésta vinculada a la vulneración de los derechos y libertades fundamentales en la obtención de las fuentes de la prueba, durante la instrucción o en la práctica de los medios de prueba, durante el juicio oral.¹⁰⁹ A criterio de Gascón Inchausti dos son las grandes fuentes de posibles problemas al respecto: La autorización para dar comienzo a la infiltración y la concreta actividad investigadora desarrollada por el agente encubierto.

Como sabemos de la autorización inicial es de la que depende la licitud de la actuación del agente encubierto, considerando que desde la entrada en acción la figura atenta contra el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad y en tal sentido podemos encontrarnos con diversas circunstancias que implicarían una ilicitud de la actuación policial encubierta y por ende afectarían a la validez de la prueba obtenida; utilizamos en este momento las consideraciones realizadas por Gascón Inchausti¹¹⁰, que podrían resumirse respecto a la autorización inicial en las siguientes:

a) Cuando no existe autorización judicial, ni del Ministerio Fiscal que sirva de fundamento a la infiltración en este caso, es decir no existe un sustento legal para la entrada en acción del agente policial por lo que los actos que realice serán completamente ilícitos al igual que la prueba que obtenga por este medio, en esta misma circunstancia también se incluye el hecho de que el encubierto no hubiese sido un agente policial sino un particular inobservando la normativa legal de que indefectiblemente deberá ser llevado a cabo por un agente de la Policía Judicial o cuando la autorización se concedió fuera del listado de delitos 282 bis 4 LECrim en razón a la reserva de la utilización de este medio de investigación al catálogo de delitos *numerus clausus* precisado en el Art. señalado.

¹⁰⁹ GASCÓN INCHAUSTI, *op.cit.*, 2001, pág 249.

¹¹⁰ *Ibid*, pág 248 y ss.

b) Cuando existe autorización inicial pero ha sido concedida por Ministerio Fiscal y revocada dentro del plazo de comunicación al órgano jurisdiccional por el Juez, situación que provoca que sólo serán válidos los resultados probatorios durante el periodo que se encontraba cubierto con la autorización salvo que pese a la autorización otorgada por el Ministerio Fiscal no se hubiese dado cuenta inmediata al Juez de la diligencia, conforme a lo exigido por la disposición legal lo que produce una violación del principio de proporcionalidad provocando igualmente la invalidez de las pruebas obtenidas por el agente policial.

c) También implicará la invalidez probatoria cuando la autorización se concedió para investigar un tipo de delitos y respecto a un grupo concreto de personas sospechadas, pero la labor del agente encubierto se dirigió a delitos distintos que los autorizados o personas distintas que las señaladas, sin que se haya solicitado la extensión de la autorización o cuando la misma fue denegada. Estaremos frente a un caso de exceso en la actuación del agente cuya consecuencia como ya se ha dicho provoca la invalidez de la prueba obtenida y la ilicitud de la actuación desviada del objeto concreto de la investigación, pasible de responsabilidad penal por parte del agente encubierto incluso.

d) Cuando la autorización es arbitraria, situación que se produce ya sea por falta de motivación o porque la misma se encuentra fundada en indicios insuficientes que no signifiquen la posibilidad de la existencia de una organización delictiva o la comisión del catálogo de delitos previstos en el Art. 282 bis 4 LECrim, o cuando resulte desproporcionada al no corresponder a los principios de necesidad, subsidiariedad y proporcionalidad.

e) Cuando ha transcurrido el plazo inicial de 6 meses de duración de la infiltración y no se ha obtenido una prórroga de la misma (ya sea porque no se la solicitado o porque no ha sido concedida).

2) Cuando existe una autorización válida pero es la actuación del agente encubierto la que supone una lesión de algún derecho fundamental y con ello conduce a la ilicitud de la prueba obtenida por tal cauce, encontrándose cuatro hipótesis diferentes:

a) Mediante su actuación el agente encubierto u otros miembros de la policía que le sirvan de apoyo lesiona derechos fundamentales de los imputados o de terceros al intentar obtener pruebas a través de medidas de investigación restrictivas de derechos fundamentales, pero sin respetar los requisitos que las legitiman, como la ausencia de la debida orden judicial (escucha telefónica sin autorización judicial).

b) Cuando el agente encubierto realiza aquellas actuaciones de investigación que en un principio le están permitidas por fundarse exclusivamente en el engaño sobre su identidad, pero excediéndose en los límites implícitos en la autorización judicial ej. Conversaciones de contenido incriminatorio sostenidas con el imputado pero valiéndose para ello de sustancias químicas¹¹¹.

c) Cuando se sirva de la comisión de conductas delictivas para la obtención de pruebas y además los delitos perpetrados a tal fin conlleven la lesión de algún derecho fundamental, o cuando los delitos cometidos supongan una desviación de sus labores de investigación o un exceso en ellas.

d) La provocación de delito por parte del agente encubierto, entendida como conducta originadora de un delito provocado, con las situaciones propias derivadas de ello y que merecen atención especial.

3) En todos los casos en que se aprecie la ilicitud probatoria deberá aplicarse la doctrina del fruto del árbol envenenado y comunicar la ilicitud de las restantes pruebas obtenidas como consecuencia de la vulneración de derechos fundamentales ocasionada por el vicio en la autorización o en el desarrollo de la infiltración policial.

Como dijimos, merece especial atención la validez de la prueba que se desprende de la actuación provocadora del agente como es obvio está condicionada, a su vez, a la existencia o no de la responsabilidad penal del agente provocador en su labor de investigación y descubrimiento del delito, tanto si actúa como agente encubridor o mero confidente-ciudadano particular.

¹¹¹ *Ibid*, 2001, pág. 253

En este sentido lo primero a dilucidar es si el propio agente encubierto incurrió o no responsabilidad penal cuando actúa como provocador del delito para a partir de aquí establecer las reglas de exclusión y no utilización, o su contrario, respecto de los medios de prueba y la prueba estricta en el Proceso penal:¹¹²

Ruiz Antón, señala que el límite para considerar a una prueba provocada, como un supuesto de prueba prohibida estaría dado por la verificación objetiva de si el sujeto provocado estaba ineludiblemente decidido a cometer el delito, independientemente de la intervención del agente. En este caso, el rol del agente provocador estaría dado sólo a suministrar una ocasión para delinquir, caso contrario, la sanción penal del sujeto provocado sería inviable por cuanto habría actuado bajo presión del agente, incluso, con total dominio sobre los medios comisivos del delito y el manejo del *iter criminis* por parte de dicho agente¹¹³

Pérez Arroyo proponer hacer más flexible los criterios de validez y prohibición de la prueba en el Proceso penal en función a una mayor efectividad de los controles penales, sobre todo en la lucha contra la criminalidad organizada. Pero sin desconocer las reglas de interdicción del poder punitivo y persecutor estatal, las garantías penales y procesales penales y el respeto de los derechos fundamentales.

Para la doctrina alemana el argumento, sin embargo, no ha sido respecto en la posible ilegalidad en la obtención de la prueba, sino más bien como un supuesto de presupuesto procesal de la acción penal respecto del acusado, en la que el Estado, si actúa como productor del delito y, por ende, de la prueba, estaría limitado en su actuación procesal de orden persecutorio, lo que produce una aplicación doctrinal del principio *venire contra factum proprium* (el Estado no puede castigar a quien él mismo ha llevado a cometer el delito).¹¹⁴

¹¹²PEREZ ARROYO, M. 2000, "La Provocación de la Prueba, el Agente Provocador y el Agente Encubierto: La validez de la provocación de la prueba y del delito en la lucha contra la criminalidad organizada desde el sistema de pruebas prohibidas en el Derecho Penal y Procesal Penal", *Diario La Ley*. Número 4989, Pág. 6.

¹¹³RUIZ ANTON, L.F. 1982, *El agente provocador en el Derecho Penal*, Madrid: Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, págs. 8 y ss.

¹¹⁴ROXIN, C. citado en PEREZ ARROYO, *op.cit.*, 2000, pág.7.

Para Pérez Arroyo las pruebas prohibidas vienen a encuadrarse en la encrucijada que se presenta enfrentando los intereses del Estado a un efectivo procedimiento penal, en cuanto a lo que la sociedad espera como tal y los intereses individuales del ciudadano a la protección de sus derechos personales. La especie de conflicto existente entre la pretensión punitiva estatal y la libertad del ciudadano, presente en el proceso penal, el cual funge de instrumento neutro de jurisdicción, se polariza al punto que el Estado no sólo pretende hacer efectiva la consecuencia jurídica señalada para el delito, sino que tal interés se hace extremo convirtiendo al Estado en violador de derechos fundamentales, reconocidos y protegidos por la Constitución a través de una serie de reglas jurídicas y demás garantías procesales que hacen inviable una convivencia pacífica en un Estado de Derecho. En esta línea el Estado buscará muchas veces engrosar los cargos formulados contra el ciudadano, valiéndose de todo cuanto puede, y algunas otras, justificando tal actitud, bajo el irregular concepto de seguridad nacional.¹¹⁵

En este mismo sentido propone una reconsideración del sistema de pruebas prohibidas, muy desarrollado por la doctrina alemana y norteamericana, que en el que se trata de permitir la validez de las pruebas provocadas, aunque condicionadas con arreglo a ciertos requisitos formales y materiales a fin de guardar coherencia sistémica y tuitiva del sistema penal en relación con la sociedad; dado que serían, por su naturaleza, aplicables a los delitos de criminalidad organizada; a la vez, del espíritu moralizador de las pruebas prohibidas en el proceso penal¹¹⁶.

Tenemos entonces que la prueba obtenida mediante la actuación del agente encubierto dependerá como dijimos de una serie de factores que hacen no solo referencia a la validez de su incursión en el medio delictivo, como ser la autorización judicial pero en lo que queremos poner énfasis es que dependerá en mayor medida en la actuación del mismo agente, quien en todo momento deberá ser capaz de medir las consecuencias de sus propias diligencias y del grado de repercusión de las mismas en las pruebas que vaya obteniendo.

¹¹⁵ *Ibidem.*

¹¹⁶ *Ibidem.*

Asimismo se cuestiona la posibilidad de el Agente encubierto pueda utilizar, en el marco de su actuación mecanismos de grabación y de éste modo documentar todo cuanto acontezca durante la investigación, a fin de la consiguiente introducción de las mismas al juicio oral como prueba; a criterio de DELGADO MARTÍN la restricción del derecho a la intimidad que pueda suponer en éste caso la acción del agente policial encubierto estará respaldada en la propia ley Art. 282 de la LECrim, en autorización judicial y por supuesto en el control judicial efectivo de la medida¹¹⁷, es decir que la autorización inicial de infiltración faculta al agente encubierto a documentar su actuación en estos medios técnicos, sin que ello lesione los derechos fundamentales de las personas investigadas.

La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo en relación con la grabación y posterior utilización de grabaciones de conversaciones entre particulares, efectuada por uno de ellos, entiende que no existe vulneración del derecho a la intimidad cuando es uno mismo quien exterioriza sus pensamientos, pues tal exteriorización demuestra que el titular del derecho no desea que su intimidad se mantenga fuera del alcance del conocimiento de los demás.¹¹⁸

Es decir el agente encubierto podrá registrar en audio y video todo aquello que vea, observe, oiga y escuche, dichas cintas podrán ser aportadas como prueba documental al juicio oral, con la finalidad de corroborar y justificar lo afirmado por el agente al momento de brindar su testimonio¹¹⁹ y de esta forma también queda consignada la forma de obtención de la información por parte de éste, es decir de que su actuación se ha realizado conforme a la ley y sin la utilización de más engaños ni tretas que de las que hace a su identidad.

Así no ocurre, por ejemplo, con los micrófonos instalados secretamente en el domicilio de los sospechosos; o la interceptación del contenido de una conversación telefónica o el acceso a comunicaciones de correo electrónico sin el consentimiento de su titular; ya que ausente dicho consentimiento. Si no concurre

¹¹⁷DELGADO MARTÍN, *op.cit.*, 2000, pág. 9.

¹¹⁸GASCÓN INCHAUSTI, *op.cit.*, 2001, pág. 95.

¹¹⁹DEL POZO PÉREZ, *op.cit.*, 2006, pág. 324.

la autorización judicial, con todos los requisitos legalmente exigidos, la prueba obtenida será nula por violación de un derecho fundamental (art. 11.1 LOPJ).¹²⁰

En el caso paraguayo, la ley de drogas prevé que el juez podrá autorizar en cada caso y por tiempo determinado, a solicitud de la Secretaría Nacional Antidroga (SENAD) o del fiscal, a que ellos o sus agentes debidamente individualizados, fotografíen o filmen a los sospechosos y sus movimientos o que intercepten, registren, graben o reproduzcan sus comunicaciones orales, cablegráficas o electrónicas¹²¹. Se prevé que la solicitud deberá contener el tipo de secuencias que se propone fotografiar o filmar o el tipo de comunicaciones que se propone interceptar, registrar, grabar o reproducir; la descripción de los medios técnicos que se utilizarán para ese efecto, y los logros que se estimen obtener mediante la aplicación de dichos procedimientos. El juez podrá igualmente exigir al solicitante aquellos elementos de juicio adicionales que considere deban respaldar la solicitud. Todo ello se transcribirán en el acta labrada al efecto o se conservarán solamente los documentos recolectados que tengan relación con los hechos investigados.

Lo esencial radica en la existencia de un verdadero control judicial de la intervención, la participación del Juez de Instrucción erigido en un verdadero Juez de Garantías debe estar presente en todo momento, si bien en la opinión mayoritaria de los autores la utilización de medios técnicos en la labor del agente encubierto se halla fundamentada en la autorización inicial de la medida; consideramos aceptable la utilización de estos medios técnicos inclusive de modo a resguardar la actuación del propio agente de modo a lograr un mayor sustento de sus dichos y de los elementos arrimados una vez finalizada la investigación, sin que pueda hablarse de la utilización de medios coactivos en el marco de su labor, fácilmente demostrables contando con estas grabaciones, sostenemos que si el agente encubierto utilizara alguno de los medios técnicos mencionados deberá dar cuenta de ello y solicitar la debida autorización al juez, quien también deberá sopesar la procedencia o no de dicha solicitud.

¹²⁰DELGADO MARTÍN, op.cit., 2000, pág.9.

¹²¹ Artículo 88.- Ley N° 1881 del 24/06/02 que modifica la Ley N° 1340 del 22 de noviembre de 1988 "Que reprime el trafico ilícito de estupefacientes y drogas peligrosas y otros delitos afines y establece medidas de prevención y recuperación de farmacodependientes".

En el marco de tales grabaciones la clave para nosotros es que no sólo los derechos del sospechoso deberán considerarse sino también derechos de terceros que puedan verse involucrados o verse inmersos en la actuación policial por lo que deberá ser el Juez quien administre la información susceptible de dañar la intimidad de estos, la que no tiene razón de salir a la luz en el marco de la investigación, debiendo ser el mismo juez el custodio de estos derechos.

2. TESTIMONIO DEL AGENTE ENCUBIERTO FRENTE AL PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN

Se da aquí otro problema con la actuación del agente encubierto, normalmente ya en la última etapa del proceso penal, la del Juicio Oral y Público, en la que la singular situación del funcionario policial podría de cierta forma vulnerar derechos que hacen a la defensa de los imputados, ante la imposibilidad de saber quién es verdaderamente la persona que prestará testimonio en su contra negando la posibilidad de rebatirlos en el sentido de si lo dicho por el testigo responde o no a alguna situación de enemistad u otras circunstancias que rodean a la credibilidad de quien comparece a la audiencia de juicio oral y público.

Como sabemos la declaración testimonial en este caso la del agente encubierto es la que deberá reproducirse ante el tribunal en virtud al principio de inmediatez y como tal sometido al control de las partes en base al principio de contradicción. Pero en la situación antedicha la duda está en si el agente encubierto que comparece o no a brindar su testimonio pero basado en una identidad que no le corresponde y que si bien le ha sido otorgada por el Estado para el cumplimiento de su función de investigación no permitirá sobre todo a la defensa a conocer verdaderamente a quien brinda su testimonio en contra del sospechoso.

Así a criterio de diversos autores la normativa procesal de la infiltración no modifica, en ningún extremo las reglas generales sobre la aportación y valoración de la declaración testifical en el acto del juicio oral.¹²² Al ser una prueba que deberá reproducirse ante el tribunal para que en sí mismo constituya un medio de

¹²² RIFÁ SOLER, *op.cit.*, 1999, pág. 111.

prueba y no un objeto de actividad probatoria tal como lo señala Rifá Soler, el problema ante el que nos encontramos es el relativo a la seguridad del agente encubierto. Así una de las posibilidades mencionadas a fin de substituir la declaración del agente encubierto en el marco del desarrollo del juicio oral y público es la de utilizar testimonios de referencia en substitución del policía infiltrado, lo que sin embargo no deja de merecer cuestionamientos desde el momento en que no sirve para ocultar la identidad del agente encubierto, que es lo que se pretende ya que el Art. 710 LECrim¹²³ no acepta el testimonio indirecto de personas que no pueden ser identificadas.¹²⁴

Cómo resolvemos dos cuestiones tan controvertidas? Por una lado el derecho de la defensa de examinar las pruebas en este caso al testigo, de intentar atacar su credibilidad y ello solo mediante un conocimiento suficiente de la identidad del mismo la que le es negada en este momento y por otro lado la seguridad del agente encubierto, cuya responsabilidad es sin dudas del Estado quien fue el que lo dotó de lo necesario- de la identidad falsa a fin de llevar adelante la investigación basada en el engaño.

Gómez de Liaño, señala que en este mismo sentido la LO 19/1994 tampoco tolera la incomparecencia en juicio oral del testigo protegido por razones exclusivas de seguridad, así en el apartado 5 de su Art. 4 permite sólo en los supuestos de imposible reproducción a efectos del Art. 730 LECrim, que aquellos aspectos declarados en la instrucción reciban ratificación a través de su lectura literal en el plenario.

Así el tribunal, al recibir las actuaciones en donde consta la existencia de un testigo protegido, ha de pronunciarse en un auto motivado, sobre la necesidad de mantener, de modificar o de suprimir todas o algunas de las medidas de protección adoptadas por el Juez de Instrucción, así únicamente garantiza la ocultación de la identidad del testigo como sistema de protección, durante la fase

¹²³ Artículo 710 LECrim: "Los testigos expresarán la razón de su dicho y, si fueren de referencia, precisarán el origen de la noticia, designando con su nombre y apellido, o con las señas con que fuere conocida, a la persona que se la hubiere comunicado".

¹²⁴ SSTC 97/1999, de 31 de mayo, citados en GOMÉZ DE LIAÑO FONSECA HERRERO, *op.cit.*, 2004, pág. 235.

de instrucción.¹²⁵ El Art. 4.3 brinda a las partes el derecho de a solicitar motivadamente en sus escritos de proposición de prueba, conocer la identidad del testigo protegido, de este modo en el auto de admisión de la prueba propuesta, el Juez debe facilitar el nombre y apellidos del testigo, aunque eso sí, con respeto absoluto a las restantes garantías reconocidas en la ley.

Respecto a lo que establece la LO19/1994 y el Art. 282 bis se produce lo que ya hemos mencionado un encuentro entre la petición o necesidad de las partes de tomar conocimiento de la identidad del testigo protegido (agente encubierto) y la obligación por parte del órgano juzgador de revelar esta identidad de modo a no resquebrajar el derecho a la defensa.

El TEDH rechaza mantener oculta la identidad de testigos durante la fase del juicio, al constituir una vulneración del derecho a la defensa y al principio de contradicción entre sus pronunciamientos en tal sentido se destacan: caso Kostovsky c. Países bajos TEDH 1989/21 20 de noviembre de 1989 y caso Windisch contra Austria, 27 de setiembre de 1990.

Delgado Martín, considera que la contradicción con relación al agente encubierto no se elimina si no que se restringe, así el Tribunal sentenciador podrá acordar el mantenimiento de la identidad supuesta mediante una resolución motivada.¹²⁶ En este mismo sentido considera que el fin de la restricción resulta plenamente legítimo en una sociedad democrática, es decir, la defensa de la seguridad pública a través de un incremento de la eficacia de la actividad policial en la investigación del grave fenómeno de la criminalidad organizada (legitimidad del fin). Por último señala que debe considerarse que la mencionada restricción del derecho de defensa resulta proporcional y necesaria para esa finalidad, y ello por cuanto, como se ha visto, la ocultación de la identidad real del agente encubierto resulta absolutamente imprescindible tanto para su funcionamiento adecuado como para su propia existencia.

¹²⁵MORENO CATENA, V. 2000, *El Proceso Penal*, Valencia: Tirant Lo Blanch, pág. 2191, en GOMÉZ DE LIAÑO FONSECA HERRERO, *op.cit.*, 2004, pág. 235.

¹²⁶DELGADO MARTÍN, *op.cit.*, 2000, pág. 10.

En el caso concreto, el Tribunal sentenciador podrá acordar el mantenimiento de la identidad supuesta mediante una resolución motivada en la que necesariamente deberá recoger el juicio de proporcionalidad que le lleve a admitir la restricción del derecho de defensa del imputado, es decir que la decisión adoptada por el tribunal deberá en todos los casos indicar los motivos que llevaron a negar revelar la verdadera identidad del agente. En conclusión para los de la sostienen la opinión de Delgado Martín debe considerarse legítima y constitucionalmente adecuada la restricción del derecho de defensa del imputado derivado de la aplicación del art. 282 bis.2 LECrim.

Así siguiendo el mismo análisis Gómez de Liaño se cuestiona si a efectos de restricción del derecho a la defensa, resultan equiparables el testigo anónimo y el agente encubierto, considerando que la finalidad con el descubrimiento de la identidad del testigo descansa en la posibilidad de contradecir su testimonio, en tanto que en la particularidad del Art. 282 que regula al agente encubierto no conlleva una vulneración del derecho a la defensa de los acusados, ya que no obstaculiza el derecho de los mismos a refutar la declaración del agente encubierto tal y como lo conocieron, es decir con su identidad ficticia, en tanto que el descubrimiento de la identidad real de dicho agente nada aporta a la contradicción efectiva del testimonio.

Respecto a este punto el Art. 96 ley de drogas del Paraguay prevé que el juez de la causa podrá autorizar que la declaración testimonial de los agentes encubiertos sobre hechos o personas involucradas en operativos que actuaran como tal, se efectúe de modo que su identidad personal y sus rasgos físicos permanezcan en reserva de modo permanente tanto para los demás sujetos procesales como para terceros, pero asimismo se prevé que la autorización no será concedida cuando la declaración testimonial del agente encubierto constituya la única prueba; lo que no establece esta ley es como se hará efectiva dicha prueba cuando constituye la base de la imputación para el sospechoso, es decir la ley deja en blanco la forma en la que deberá brindar su testimonio el agente, ya sea con su identidad real o con la ficticia, pese a que concordamos con Gómez de Liaño en que el levantamiento de la identidad ficticia en nada aporta para refutar

los datos de la investigación, aunque si podría ayudar en materia de la credibilidad del testigo.

Otros autores van más allá y proponen la utilización de medios audiovisuales como instrumentos útiles a fin de tomar el testimonio de aquellos que por razón de seguridad deben permanecer ocultos,¹²⁷ así se advierte que la doctrina y la jurisprudencia han admitido el recurso a la video conferencia como forma de ejecución de la prueba testifical, siempre que se respeten los derechos procesales que le asisten a las partes.

Si bien creemos que la utilización de estos medios audiovisuales no sustituyen totalmente la declaración realizada personalmente ante el tribunal y las partes en virtud al principio de inmediatez, consideramos que constituye un instrumento válido en los casos en que verdaderamente la seguridad del agente encubierto se encuentre en riesgo, ello determinado por el propio tribunal, siempre y cuando se rodee al acto de todas las formalidades requeridas y no se vean violentados los derechos sobre todo de la defensa.

¹²⁷RIFÁ SOLER, *op.cit.*, 1999, pág. 8.

CAPITULO V

RESPONSABILIDAD DEL AGENTE ENCUBIERTO

1. El Agente Encubierto como Provocador del Delito

1. a Consideraciones Generales

Riquelme Portilla se cuestiona ¿Dónde termina el rol del miembro de la banda y comienza la inducción al delito? Dado que el agente encubierto puede ser considerado por la banda como uno más, y por tanto con capacidad de iniciativa, decisión e incluso planificación, puede darse el caso de un agente que convenza a sus pares para realizar una operación de droga, lo que constituiría una clara provocación del delito.¹²⁸ Efectivamente en éste caso nos encontramos ante lo que podríamos considerar un exceso en la actuación del agente encubierto lo que trae aparejado consecuencias no sólo en cuanto a lo que podría significar una responsabilidad penal para el agente policial sino que también en cuanto al valor de las pruebas obtenidas por esta vía.

Diversos autores se han ocupado del tema en cuestión, más aún ya que por mucho tiempo la confusión jurisprudencial llevaba a asimilar los conceptos de agente encubierto y agente provocador.¹²⁹ De modo que la llamada teoría del delito provocado, íntimamente relacionada con el *iter criminis*¹³⁰ encuentra una estrecha vinculación con la infiltración policial, primeramente porque obviamente son las actuaciones policiales las que resultan como el escenario propicio para los casos de inducción a la comisión de un delito y en segundo lugar porque la jurisprudencia al analizar la figura del agente encubierto siempre ha tenido como punto de referencia la existencia o no de ésta provocación.¹³¹ Algunos autores

¹²⁸RIQUELME PORTILLA, *op.cit.*, 2006, pág. 14.

¹²⁹MONTÓN GARCÍA, M. 1999, "Agente provocador y Agente encubierto: ordenemos conceptos", *La ley*, Núm. 4826, pág. 1.

¹³⁰FERNÁNDEZ APARICIO, J.M. 2002, "El Delito provocado y el Agente encubierto", *Actualidad penal*, Núm.44.

¹³¹DELGADO GARCÍA, M.D. 1996 "El Agente Encubierto: Técnicas de Investigación. Problemática y Legislación Comparada." Gutiérrez-Alviz Conradi F. (Dir.) *"La Criminalidad Organizada ante la Justicia."* Sevilla: Universidad de Sevilla, pág. 75.

llegan incluso a hablar de que la figura del agente provocador es de creación jurisprudencial frente a la creación legal del agente encubierto.¹³²

Así a la luz de la opinión de varios de ellos no toda provocación sería ilegal, la llamada provocación ilícita de delitos se da en aquellos casos en los que el provocado no se disponía de modo alguno a cometer el delito, es decir que el provocado nunca hubiera cometido el delito de no mediar la acción provocadora del agente. Por el contrario, en la llamada provocación legítima la provocación lo que hace es simplemente acelerar la consumación de un delito que de todas formas iba a ser cometido¹³³. Es decir en la llamada provocación ilícita es el propio agente encubierto el que hace nacer la voluntad de delinquir en el otro.

El agente encubierto aparece aquí como un instigador del delito, situación que no puede verse justificada o amparada en las causales de justificación de labor del agente por exceder los límites a su actuación y de lo que un Estado de Derecho puede "tolerar" como admisible a los fines de la investigación. No podemos pretender validar legalmente una acción delictiva en la que el propio Estado, a través de uno de sus funcionarios es el que da nacimiento al dolo de delinquir de otra persona-provocado, con el único fin de castigarlo.

Tal y como lo sostiene Delgado García¹³⁴, ésta doctrina no es pacífica en el sentido de que diversos sectores propugnan la prohibición de este tipo de medios de actuación policial al entender que los mismos lesionan los principios básicos de un Estado de Derecho, desconociendo la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos que garantiza la Constitución española (Art. 9.3)¹³⁵.

¹³²LÓPEZ GARCÍA, E. 2003, "Agente Encubierto y Agente Provocador, ¿Dos figuras compatibles?", *Revista La Ley*. Núm 5822, pág. 1.

¹³³RIQUELME PORTILLA, *op.cit.*, 2006, pág. 14.

¹³⁴DELGADO GARCÍA, *op.cit.*, 1996, pág. 75.

¹³⁵La autora menciona la definición del delito provocado en la Ley de Investigación de Estados Unidos en donde se establece que los oficiales americanos no están autorizados a inducir a otras personas a cometer delitos de ningún tipo, que de no ser inducidos no hubieran cometido. Pág. 76.

1.b CONCEPTOS Y ELEMENTOS DEL DELITO PROVOCADO

Delgado García ofrece tres elementos que constituyen el delito provocado:

- 1 Un elemento objetivo, representado por la iniciativa (incitación) del agente a cuya consecuencia surge la resolución delictiva en la persona provocada.
- 2 Un elemento subjetivo, representado en la conducta del agente provocador que aspira a conseguir un fin, su intervención en el hecho como sabemos persigue lograr el castigo de la persona a quien provoca.
- 3 El mismo agente provocador es quien ha puesto las medidas precautorias para evitar que se pueda alcanzar el resultado desaprobado.

En el caso del delito provocado no existe posibilidad de lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido al ser consecuencia de la intervención directa o indirecta del propio provocador. De ser así la prueba obtenida mediante esta inducción al delito sería una prueba ilícita e invalida el proceso de manera insanable, al vulnerar como dijimos los propios principios de un Estado de Derecho (Art. 1 CE), la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (Art. 9.3 CE), la dignidad de la persona (Art. 10.1 CE), el derecho fundamental a la seguridad (Art. 17 CE) y finalmente se vulnera el principio a un proceso con todas las garantías (Art. 24.2 CE),¹³⁶ careciendo absolutamente de legitimidad.

Sanz Delgado por su parte nos otorga otra estructura del delito provocado muy parecida a la que vimos anteriormente pero articulada por dos elementos: 1. El elemento objetivo: La existencia de una iniciativa en el agente provocador efectuada sobre el provocado para obtener la respuesta esperada; y 2. El elemento subjetivo: Determinado por la intención que anima al provocador de formular denuncia criminal contra el sujeto provocado. Encontramos entonces dos elementos que aparecen comunes a los diferentes conceptos: La incitación del agente policial y la intención de castigo al provocado.¹³⁷

¹³⁶ DELGADO GARCÍA, *op.cit.*, 1996, pág. 76.

¹³⁷ SANZ DELGADO, E. 2005, "El agente provocador en el delito de tráfico de drogas", *La Ley Penal*, núm. 12, pág.2.

La doctrina jurisprudencial anglosajona ha elaborado por su parte un esquema de razonamiento con la finalidad de encontrar un valor determinado a las actividades del agente provocador: *The doctrine of entrapment*, como se la conoce, pretende descubrir esa débil frontera en la que se encuentra el límite de la actuación del agente encubierto, es decir lo permitido legalmente y lo reprochable. Como lo menciona Stempel la jurisprudencia de EE.UU. solamente permite la intervención de la policía suministrando una ocasión para delinquir, cuando consta que el sujeto ya estaba de antemano decidido a cometer el hecho criminal; en otros casos, excluye la posibilidad de exigir responsabilidad criminal al provocado al haber actuado bajo presión de un funcionario de policía.¹³⁸

En la jurisprudencia española se ha denominado «inversión metódica» (inversión, pues lo trascendental en estos casos no es ver la imputación de responsabilidad penal del provocador) que encuentra su origen digamos en la doctrina del *entrapment* que supone analizar el hecho resultante de la actuación del provocador en relación al provocado; Su propio nombre lo indica y es que aquí no se plantea directamente la responsabilidad penal del agente provocador, sino la del provocado y en esa medida buscar los marcos de licitud de la intervención provocadora del agente inductor y las reglas de punición del sujeto provocado. Así como dijimos en el delito provocado no existe lesión ni peligro del bien jurídico desde el momento en que la situación se encuentra bajo control del agente provocador, siendo precisamente el mismo agente quien impide el resultado. Por lo que falta el elemento del delito que constituye la tipicidad.¹³⁹

La Sentencia del Tribunal Supremo del 15 de septiembre de 1993, referida al delito provocado, señala de modo clarificador 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

¹³⁸Citado en PEREZ ARROYO, *op.cit.*, 2000, pág.5.

¹³⁹ DELGADO GARCÍA, *op.cit.*, 1996, pág.77.

verdadera causa de toda actividad criminal que nace viciada, pues no podrá llegar nunca a perfeccionarse, por la prevista ab initio intervención policial".¹⁴⁰

Sin embargo y tal como se cuestionan muchos autores entre ellos Riquelme Portilla¹⁴¹ ¿Puede una técnica investigativa eficaz aplicarse aún cuando lesione las garantías del Estado de Derecho? ¿Es la eficacia el único parámetro para aplicar una técnica investigativa tan controvertida como esta? Si bien es discutible, para el mismo autor que se pudiera legitimar la actuación de un agente encubierto en rol provocador para reprimir delitos graves, por ejemplo para que aquellos que los han cometido los vuelvan a cometer, lo que no es posible admitir es que se provoque a un sujeto que no ha cometido delito alguno con el fin de hacerlo caer en la trampa y sancionarlo. La distinción entre el delito provocado y una intervención dirigida a descubrir las pruebas del delito conducta del agente provocador, se manifiesta en la incidencia sobre las personas que, en un principio, no tenían intención de delinquir.¹⁴²

Nuevamente debemos poner énfasis en que la actuación del Estado mediante medios de investigación de éste tipo debe ser tremendamente cuidadosa y sobre todo respetuosa hacia los ciudadanos, no se podrá tolerar la injerencia y a más de ello la manipulación de la voluntad de quien no ha cometido delito alguno sólo en miras hacia la supuesta represión de delitos, considerados "cáncer sociales" aceptar esto sería retrotraernos al propio régimen que dio nacimiento a la figura que estamos analizando y echar al piso los principios de un Estado de Derecho, siendo como lo expresa Riquelme Portilla el "peor escenario" para la acción estatal la no aplicación de castigo para el provocado.¹⁴³

Es decir la línea divisoria entre el delito provocado y el agente investigador de un hecho delictivo radica en la existencia o no de una actuación inductora de persecución, vulneradora de los límites legales y constitucionales.¹⁴⁴ Se hace necesario entonces que exista una cadena delictiva anterior para no caer en la

¹⁴⁰en SANZ DELGADO, *op.cit.*, 2005, pág. 3.

¹⁴¹RIQUELME PORTILLA, *op.cit.*, 2006, pág. 15.

¹⁴²GASCÓN INCHAUSTI, *op.cit.*, 2001, pág. 168.

¹⁴³RIQUELME PORTILLA, *op.cit.*, 2006, pág. 15.

¹⁴⁴GOMÉZ DE LIAÑO FONSECA HERRERO, *op.cit.*, 2004, pág. 134.

provocación del delito y la consecuente imposibilidad de otorgar eficacia a la prueba obtenida.¹⁴⁵

El delito provocado así como lo considera Gómez de Liaño tanto desde el punto de vista de la técnica penal, como desde los más fundamentales principios constitucionales y hasta desde el de la ilícita obtención de la prueba debe considerarse como penalmente irrelevante, procesalmente inexistente y, por todo ello, impune¹⁴⁶.

En un Estado de Derecho la actuación de un Agente Provocador no puede encontrar asidero ni mucho menos justificación legal en caso de su utilización, lo que hará incurrir al agente policial en responsabilidad penal, caso contrario es decir admitiendo dicha figura de provocación despertaríamos una suerte de maquinaria delictual imparable e insostenible, en donde el "vale todo" a la hora de reprimir los delitos podría salirse de nuestras manos. El monstruo creado para proteger al hombre, como toda bestia, no reconoce a su creador y lo ataca, al confundirlo con su enemigo. Para tal cometido, en efecto, no importará tanto el medio como el fin.¹⁴⁷

2. POSIBLE COMISIÓN DE DELITOS POR PARTE DEL AGENTE ENCUBIERTO

Otra cuestión que genera debate acerca de nuestro objeto de trabajo es que la utilización como medio de investigación del agente encubierto supone la necesidad de que el Estado tolere y permita la comisión de delitos en el ámbito de su investigación, es más si vemos al funcionario policial como representante del Estado o como su "brazo ejecutor" podemos suponer incluso que es el propio Estado el que se convierte en autor mediato¹⁴⁸ de determinados delitos lo que igualmente suscita otras cuestiones problemáticas.

¹⁴⁵FERNÁNDEZ APARICIO, *op.cit.*, 2002, pág.3.

¹⁴⁶GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA HERRERO, *op.cit.*, 2004, pág. 147

¹⁴⁷ HOBBS, Thomas. *Leviatán*. Madrid: Nacional, 1980, 198 p, citado en RIQUELME PORTILLA, *op.cit.*, 2006 pág.16.

¹⁴⁸ Definido como aquel que realiza el hecho delictivo valiéndose para ello de otro.

Así se considera que el empleo de la técnica del agente encubierto evidencia que el Estado se vale de un medio reñido con la ética en la represión de determinados hechos¹⁴⁹, ya que éste puede llegar a cometer delitos en el desempeño de su función con la posibilidad de que dichas conductas no sean punibles al encontrarse amparado en la propia investigación para la que fue seleccionado.

En este mismo orden de ideas se produce otra "irregularidad" en la acción estatal determinado en que el Estado en razón a la investigación por medio del agente encubierto se ve compelido a demorar su actuación pese a la sospecha fundada de comisión de delitos (ya que sólo en ese caso se podrá autorizar la actuación encubierta) con el fin de reunir la mayor cantidad de elementos probatorios y de asegurarse la suficiente comprobación del hecho y la responsabilidad de los investigados en un eventual juicio oral y público, es decir la actuación del Estado se retrasa con miras a lograr una mayor eficacia en la represión del delito y nuevamente nos encontramos en la encrucijada de: Garantía vs. Eficacia.

Esta cadena secuencial del delito en la que agente encubierto deberá en muchos casos participar, incluso como autor de delitos, que en lo preferible se espera que no se traten de hechos graves, en algunos casos de ésta comisión de delitos dependerá su incursión en la trama organizada entre las que se incluirían las llamadas pruebas de fidelidad a los que deberá acudir con miras a obtener mayor confianza de parte de los miembros de la organización investigada gozando en estos casos de un régimen de responsabilidad digamos "privilegiado", convirtiéndose en el precio que el Estado debe abonar a fin de lograr llegar hasta los escalones más altos de la organización.

Con miras a la eficacia estatal en la persecución de delitos podemos consentir que sea un funcionario policial el que viole sistemáticamente disposiciones del código penal y otras leyes? Y si la investigación no logra el resultado esperado, será menor el bien jurídico lesionado por el agente encubierto

¹⁴⁹ EDWARDS, C.E. 1996, *El arrepentido, el agente encubierto y la entrega vigilada*. Buenos Aires: Ad Hoc, pág.53-54.

que el que se trato de evitar? Y si para ganarse la confianza de los miembros de la organización debe cometer un homicidio yéndonos a casos extremos? Estaremos dispuestos a tolerarlos si de ello pende el éxito de la operación? Todos estos cuestionamientos son los que nos surgen al momento de analizar la figura del agente encubierto y por supuesto las opiniones son bastante dispares.

2.a EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD DEL AGENTE ENCUBIERTO POR DELITOS COMETIDOS DURANTE LA INVESTIGACIÓN

El Art. 282 bis en este sentido nos indica que: "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".

El artículo que antecede podría quizás pecar de vago e impreciso respecto a los límites de la conducta del agente encubierto, pero obviamente y tal como concuerdan otros autores¹⁵⁰ la posibilidad de que el legislador pueda prever todo el abanico de supuestos en los que podría incurrir la actuación del agente encubierto es muy dificultosa y siempre deberá ser analizada caso por caso, tomando en consideración las circunstancias particulares de la investigación para la que fue designado el agente policial y principalmente que no exista la posibilidad de que pueda hablarse de la existencia de una provocación delictiva por parte del agente.

Evidentemente cuando dicha actuación haya superado a criterio del juez los límites tolerables o los hechos se presenten desproporcionados a los fines de la investigación se podrá exigir responsabilidad penal, aunque otros autores consideran igualmente la posibilidad de aplicarse atenuaciones de la pena, en su caso legítima defensa o estado de necesidad que ya serán objeto de comprobación en el marco de un juicio y siempre con la condición de procedibilidad de un informe previo del órgano autorizante. Respecto al órgano autorizante y a fin de clarificar los conceptos el informe al que hace alusión la

¹⁵⁰DEL POZO PÉREZ, *op.cit.*, 2006, pág. 326.

norma se refiere al Juez de instrucción que autorizó el recurso, es decir el juez que corresponde al proceso de infiltración.¹⁵¹

En otro sentido Del Pozo Pérez, considera que existe también la posibilidad de utilizar causas de exención de la responsabilidad penal normalmente la de obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo conforme al Art. 20.7 del C.P.,¹⁵² pero así como venimos diciendo dicha decisión dependerá de la consideración que a la luz de la actuación del agente encubierto realice el juez.

Otro de los puntos también cuestionados es que a fin de que el Agente realice de manera profesional su trabajo deberá obtener, como sabemos, la identidad supuesta, lo que le permitirá acceder al tráfico jurídico en específica vinculación con su labor y por ende celebrar negocios jurídicos con terceros quienes también sucumben al "engaño" del que se vale el Agente, con las repercusiones en todos los ámbitos posibles y en especial referido a la responsabilidad civil que pueda concurrir por alguno de sus actos con la consiguiente obligación de reparación por parte del Estado, al ser como dijimos su propio funcionario dependiente.

Al respecto el Art 96 de ley de drogas del Paraguay establece que el agente encubierto estará exento de responsabilidad tanto penal como civil por aquellas actividades ilícitas necesarias para el cumplimiento de su cometido siempre que reúnan las siguientes características:

a) que su actuación cuente previamente con la aprobación y se realice bajo la permanente dirección y control de sus superiores y con conocimiento, consentimiento escrito y seguimiento permanente del juez autorizante;

¹⁵¹ Se considera que el legislador ha dejado claro su deseo de que las conductas delictivas ejecutadas por el agente encubierto no fueran estudiadas en el mismo proceso en donde se analiza la conducta de los miembros de la organización criminal, en este sentido GOMÉZ DE LIAÑO FONSECA HERRERO, *op.cit.*, 2004, pág. 263 y 264.

¹⁵² Artículo 20. *Están exentos de responsabilidad criminal:*

7. *El que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.*

b) que cada actividad ilícita esté puntualmente aprobada por sus superiores y sea necesaria para el éxito de los operativos autorizados y no pueda ser llenada por métodos normales;

c) que el agente encubierto sea de la máxima integridad moral, altamente capacitado y de probada idoneidad;

d) que el agente encubierto informe a sus superiores y al juez autorizante sobre los actos y diligencias que realice y el resultado de los mismos;

e) que sus actividades no estén orientadas a ocultar, destruir o alterar evidencias, o a encubrir fallas en el operativo o en la actuación de sus superiores u otros agentes o informantes;

f) que sus actividades no estén orientadas al lucro o beneficio personal del agente encubierto o de terceros, y que no consistan en hechos punibles contra la vida, contra la integridad física, contra la autonomía sexual, contra menores, contra el honor y reputación, contra la seguridad de las personas en el tránsito, contra la seguridad de convivencia de las personas, contra la prueba testimonial, contra el erario, contra el Estado -con excepción del cohecho y el soborno- y contra los pueblos.

Se prevé en la misma ley que también estarán exentos de responsabilidad penal y civil las autoridades que, dentro del marco determinado, permitan, autoricen, ordenen o dirijan esas actividades ilícitas de los agentes encubiertos.

2.b OPINIÓN PERSONAL

En base a todas las consideraciones antedichas, se considera que cuando el agente encubierto se vea en el extremo de cometer algún hecho que pueda constituir delito tiene la obligación de medir su actuación en razón del principio de proporcionalidad evitando incurrir en cualquier transgresión a la ley, en caso de hacerlo se comparte la idea en el sentido de que éstas circunstancias deberán

examinarse caso por caso a fin de determinar si la actuación es justificada y proporcional a los fines de la investigación.¹⁵³

Por otro lado, no podemos admitir la comisión de delitos considerados graves, aún cuando peligre el resultado de la investigación, pues no podemos validar acudir a los mismos recursos que los delincuentes para llegar al esclarecimiento del hecho delictivo, siendo ya el engaño inherente a la figura del agente encubierto de por sí cuestionable.

La posibilidad de que dicho agente incurra en responsabilidad penal en el marco de su actuación requiere examinar de igual modo los límites de su actuación, al igual que el tratamiento otorgado por la normativa analizada a estas cuestiones y como dijimos consideramos que dicho examen deberá realizarse caso por caso tomando en consideración las circunstancias particulares de la investigación a la que dicho agente se hallaba abocado.

¹⁵³DEL POZO PÉREZ, *op.cit.*, 2006, pág. 326

CONCLUSIÓN

El acelerado avance de la criminalidad organizada como dijimos, ha supuesto la adopción de medios extraordinarios de investigación como el del agente encubierto, cuya actuación al encontrarse constantemente al límite de la ilegalidad supone graves riesgos para los principios de un Estado de Derecho.

La tendencia en materia procesal penal de abandono de los mecanismos tradicionales de investigación para dar paso a medios de investigación más agresivos y por ende más invasivos a la hora de hacer frente al crimen organizado requieren de una reflexión más profunda a fin de analizar el grado de efectividad de estos medios extraordinarios de investigación a la luz del sacrificio de los derechos fundamentales que implica.

Así, compartimos la postura doctrinal que afirma que la investigación mediante agente encubierto supone desde su inicio una lesión al derecho del que todos gozamos al libre desarrollo de nuestra personalidad en un entorno ausente de injerencias y más aún cuando dicha injerencia, basada en un engaño proviene del propio Estado.

Al contemplar de derechos fundamentales en peligro, es menester contemplar su carácter excepcional y la necesidad de que el mismo sea efectuado ineludiblemente mediante autorización judicial y sometido en todos los casos a control judicial, ello no sólo encaminado a evitar nulidades procesales sino en consideración a la propia vida del agente que se somete voluntariamente a esta actuación y cuya vida es puesta en riesgo.

En resumen, apoyamos la idea de que en el control judicial se encuentra la clave cuando hablamos de medios de investigación de este tipo, desde el juicio de ponderación que deberá realizar el juez a la hora de decidir la puesta en marcha de la investigación por esta vía, hasta el propio manejo de la información obtenida en el marco de la actuación por medio del agente, el propio juez será entonces el encargado de evitar que los fines que motivaron la utilización del agente sean desviados.

En este sentido insistimos en que la autorización inicial de la diligencia deberá ser otorgada en todos los casos por un Juez y no por el Fiscal, debido a que como el juicio de ponderación y la decisión respecto a la restricción de un derecho fundamental como el que constituye el del libre desarrollo de la personalidad para la entrada en acción del agente encubierto, corresponden en puridad al órgano jurisdiccional con la consiguiente obligación de motivar dicha decisión y no así al Ministerio Fiscal.

Se confirma la hipótesis sobre la necesidad de que se fijen los límites en cuanto a la intromisión del Estado en la vida de los ciudadanos mediante este tipo de actuación; estos merecen conocer cuáles son los motivos y cuáles son las herramientas a través de las cuales el Estado actuará en materia de lucha contra la delincuencia organizada y que repercutirán en su propia vida.

Habría que ampliar las investigaciones respecto la provocación del delito por parte del agente encubierto, pues configurándose la responsabilidad penal por dicha acción, no se puede admitir que con miras al mero castigo al delincuente sea el propio Estado el que consienta y, mediante su funcionario, provoque la acción delictiva en una persona que en caso contrario no lo hubiese realizado.

Si de la revisión que proponemos se inclina por seguir manteniendo medios de investigación de esta talla, surge la urgente necesidad de profesionalizar la actuación policial, pues a los agentes corresponde la habilidad de infiltrarse en el núcleo de la propia organización y obtener información relevante, sorteando las sospechas que pudieran existir sobre el agente, lo que dependerá en gran medida de su preparación.

En este mismo punto, de modo a dar una respuesta aunada al fenómeno de la criminalidad organizada se erigen como grandes apoyos las iniciativas internacionales en materia de Cooperación Procesal Internacional, mereciendo especial atención en el ámbito de la Unión Europea el Convenio de Asistencia Judicial en materia penal, suscrita por los Estados parte en Bruselas el 29 de Mayo del año 2000, documento que incorpora entre sus normas la figura del agente encubierto como medio de investigación de la criminalidad organizada, además de

otras normas relativas a la cooperación no sólo en materia judicial sino también policial.

Finalizando, y si bien consideramos poco explorada la figura del agente encubierto, podemos admitirla como medio de investigación exclusiva para la criminalidad organizada y excepcional en aquellos casos en que ya otros métodos más tradicionales no pudiesen ser efectivos, siendo el Juez a quien corresponda ponderar los riesgos a que se exponen los derechos fundamentales frente a la necesidad de persecución del delito, para garantizar el control de la legalidad y el respeto de derechos inalienables no sólo de los sospechosos sino también de terceros que podrían verse afectados con el actuar del agente encubierto.

FUENTES DE INFORMACIÓN

A. DOCTRINALES

LIBROS

- CABEZUDO BAJO, M. J. 2006, "La entrada y registro domiciliario en el proceso penal" en Nicolás González Cuellar (direc.) Ágata Sanz (coord.), en *Investigación y Prueba en el Proceso Penal*, Madrid: Colex.
- CASTRESANA FERNÁNDEZ, C. 2004, "Corrupción, Globalización y Delincuencia Organizada" en Nicolás Rodríguez G. y Eduardo Fabián C. (coord.), *La Corrupción en un mundo Globalizado: Análisis Interdisciplinar*, Salamanca: Ratio Legis.
- DEL POZO PÉREZ, M. 2006, "El agente encubierto como medio de investigación procesal en el ámbito de la cooperación jurídica internacional" en Fernando Martín Diz (Coord.), *Constitución Europea: aspectos históricos, administrativos y procesales*, Santiago de Compostela: Ed. Tórculo.
- DELGADO GARCÍA, M. 1996, "El Agente Encubierto: Técnicas de Investigación. Problemática y Legislación Comparada" en Faustino Gutiérrez-Alviz Conradi (dir.) *La Criminalidad Organizada ante la Justicia*. Sevilla: Universidad de Sevilla.
- EDWARDS, Carlos E. 1996, *El arrepentido, el agente encubierto y la entrega vigilada*. Buenos Aires: Ad Hoc.
- GASCÓN INCHAUSTI, F. 2001, *Infiltración policial y agente encubierto*, Granada: Comares.
- GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, M. 2004, *Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación*, Madrid: Colex.
- RUIZ ANTÓN, L. F. 1994, "Del Agente Provocador y del delito provocado", *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid: CGPJ.
- SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I. 2008, *La Criminalidad organizada Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*, Madrid: Dykinson SL.

SANTAOLAYA MACHETTI, P. 2005, "Derecho a la Vida Privada y Familiar: Un contenido notablemente ampliado del Derecho a la Intimidad" en Javier García Lorca, Pablo Santaolaya, *La Europa de los Derechos El convenio europeo de Derechos Humanos*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

STEFAM BRAUM, J.M 1999, "La Investigación Encubierta como característica del proceso penal autoritario" en Carlos María Romero Casanova (Coord), *La insostenible situación del Derecho Penal*, Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (Ed.); Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra (edl. española), Granada: Comares.

REVISTAS

JIMÉNEZ VILLAREJO C. 1998, "Transnacionalización de la delincuencia y persecución penal", Estudios de Derecho judicial, volumen sobre *Crisis del sistema político, criminalización de la vida pública e independencia judicial*, Madrid: CGPJ y Escuela Judicial.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. 1992, "El agente encubierto", *La Ley*, Núm 2.

GUARIGLIA, F. 1994, "El agente encubierto un nuevo protagonista en el procedimiento penal, Jueces para la democracia", *Información y Debate*, núm.23.

MONTÓN GARCÍA, M. 1999, "Agente provocador y Agente encubierto: ordenemos conceptos", *La Ley*, Núm. 4826.

RIFÁ SOLER, J.M 1999, "El Agente Encubierto o infiltrado en la nueva regulación de la LE.crim", *Revista del Poder Judicial*, núm. 55.

FERNÁNDEZ APARICIO, J. 2002, "El Delito provocado y el Agente encubierto", *Actualidad penal*, Núm. 44.

LÓPEZ GARCÍA, E. M. 2003, "Agente encubierto y Agente provocador, ¿Dos figuras incompatibles?", *Revista La Ley*, Núm. 5822.

- GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, M. 2004, "Límites y garantías procesales en la investigación mediante agentes encubiertos", *La Ley*, Núm. 6142.
- SANZ DELGADO, E. 2005, "El agente provocador en el delito de tráfico de drogas", *La Ley Penal*, Núm. 12.
- RIQUELME PORTILLA, E. 2006, "El Agente Encubierto en la Ley de Drogas, La lucha contra la Droga en la sociedad del riesgo", *Política Criminal*, Núm. 2, A2.
- DEL POZO PÉREZ, M. 2006, "El agente encubierto como medio de investigación", *Criterio jurídico*, Santiago de Cali (Colombia), Núm. 6.
- REDONDO HERMINDA, A. 2008, "El agente encubierto en la Jurisprudencia española y en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *La Ley Penal*, Núm. 45.
- ZARAGOZA AGUADO, J.A 2000, "Tratamiento Penal y procesal de las organizaciones criminales en el derecho español. Especial referencia al tráfico ilegal de drogas" en J. Soriano (dir.) *Delitos contra la salud pública y contrabando*, Cuadernos de Derecho Judicial Nº 5, Madrid: CGPJ.