

Técnicas de investigación de la delincuencia organizada: perspectiva penal

Beatriz García Sánchez*

RESUMEN: *En este artículo la autora pone de manifiesto las dificultades existentes para perseguir los delitos que se cometen en el entramado de organizaciones internacionales desde el punto de vista penal. Así como la necesidad de acudir a nuevas técnicas de investigación criminal, en concreto a la figura del agente encubierto, que pueden suponer a su vez la vulneración de derechos fundamentales y de principios constitucionales.*

Palabras clave: *Delincuencia organizada, Agente encubierto, Agente provocador, Investigación de la delincuencia organizada, Derecho Penal.*

ABSTRACT: *In this paper the author analyzes the difficulties in pursuing the crimes committed by criminal organizations according to penal law, as well as the need to use new criminal investigation techniques. Specifically, the figure of the undercover agent, which in turn can make the violation of fundamental rights and constitutional principles.*

Key words: *Criminal Law, Infiltration of agents, Organized crime, Investigation of the organized crime, Undercover agent, Entrapment, Agent provocateur.*

SUMARIO: 1. Introducción. Necesidad de nuevos mecanismos de investigación. 2. Problemática que presentan las técnicas de investigación encubiertas. 3. Sistemas de regulación del agente encubierto. Regulación española. Conclusiones. Bibliografía.

* Profesora Titular (i) de Derecho Penal de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid (España) desde 1998. Con anterioridad profesora ayudante en la Universidad Complutense de Madrid. Es autora de dos monografías, una sobre la extradición y otra sobre el ámbito espacial de la ley penal, con particular análisis del principio de justicia universal. Cuenta con varios artículos sobre diversos temas de Derecho Penal y de Derecho Penal Internacional, tales como la inmigración clandestina, delitos contra el medio ambiente, crímenes de lesa humanidad... Ha sido parte de siete proyectos de investigación financiados por el Ministerio de Educación, la Comunidad de Madrid, y la propia Universidad Rey Juan Carlos. Actualmente forma parte de un Ministerio de Educación sobre cooperación judicial internacional.

1. Introducción. Necesidad de nuevos mecanismos de investigación

Cuando el especialista en Derecho Penal se adentra en el estudio de determinados delitos, como los que atentan contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, los relativos a la prostitución o especialmente los de tráfico de drogas, además de detectar los problemas que suponen los elementos del tipo que configuran tales infracciones penales, se encuentra con uno de los grandes escollos que presenta la persecución e investigación de los sujetos que presuntamente cometen tales delitos, su impunidad. La razón de ser se encuentra en la dificultad de probar la comisión de tales infracciones: los presuntos autores actúan en grupo y se sirven de las nuevas tecnologías y de los nuevos medios económicos de los que disponemos en la actualidad. Es decir, tales delitos se enmarcan dentro del fenómeno que conocemos como delincuencia organizada.¹

Este fenómeno delictivo ha sido tratado ampliamente por la doctrina, tanto penalista como procesalista, quien ha puesto de manifiesto las dificultades para desarticular las redes organizadas de cara a la prevención y persecución de los delitos que forman parte de su actividad. Dichas dificultades se agravan en la actualidad debido al fenómeno de la globalización -actuación en distintos Estados-, al entramado de dichas organizaciones, al material altamente sofisticado y a su actuación en la clandestinidad.

¹ Como acertadamente apunta, GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, M.: "Límites y Garantías procesales en la investigación mediante agentes encubiertos", en *La Ley*, 7 de diciembre de 2004, en www.laley.net, p. 1, el fenómeno de la delincuencia organizada no es reciente ni producto del proceso de la globalización e integración supranacional sino que data del siglo XV (en este sentido, ANARTE BORRALLA, E.: "Conjeturas sobre la criminalidad organizada", en *Delincuencia organizada: aspectos penales, procesales y penológicos*, Universidad de Huelva, 1999, p. 14). Sobre el concepto de delincuencia organizada y los problemas de su persecución y dañosidad social, *cfr.* BLAKESLEY C. L.: "El sistema penal frente al reto del crimen organizado", *Informe General del Coloquio Preparatorio sobre Los sistemas penales frente a la criminalidad organizada*. Sección I-Derecho Penal General, celebrado en Naples los días 18 a 20 de septiembre de 1997, *Rèvue Internationale de Droit Pénale Nouvelles Etudes Pénalles*, números 3º y 4º trimestre de 1997, pp. 101 y ss; JIMÉNEZ VILLAREJO, C.: "Transnacionalidad de la delincuencia y persecución penal", en *Estudios de Derecho Judicial*, vol. *Crisis del sistema político, criminalización de la vida pública e independencia judicial*, CGPJ, Madrid, 1999, pp. 62 y ss; DELGADO MARTÍN, J.: "El proceso penal ante la criminalidad organizada. El agente encubierto", en *Bases de datos Actualidad Penal*, 2000, pp. 1-3.

Técnicas de investigación de la delincuencia organizada: perspectiva penal

Ante estos obstáculos en la persecución del delito y ante el fracaso de medidas de investigación tradicionales de cara a hacer frente a este tipo de delincuencia, los ordenamientos nacionales, en los últimos veinte años sobre todo, han ido adoptando nuevas técnicas de investigación y persecución criminal para combatir determinados delitos que se consideran más eficaces para tales fines, como por ejemplo, la observación policial prolongada de la actividad de las personas sospechosas de integrar alguna organización delictiva; la utilización de las diferentes técnicas de captación y reproducción de la imagen y sonido; la permisión de la circulación y de la entrega vigilada de sustancias estupefacientes; y, especialmente, la infiltración de determinadas personas en las organizaciones criminales, lo que se conoce en el ordenamiento jurídico español como agente encubierto, regulado en la Ley de Enjuiciamiento Criminal -introducido por Ley Orgánica 5/1999- en el artículo 282 bis .²

Ello se debe, sobre todo, a que las medidas de investigación y persecución tradicionales previstas en los ordenamientos nacionales, no podían hacer frente a este nuevo tipo de delincuencia que se sirve de los nuevos adelantos tecnológicos y de un entramado complejo a la hora de organizarse para conseguir la impunidad de sus conductas. Como ha señalado algún autor, hay que advertir que estos mecanismos enumerados anteriormente son novedosos en cuanto a su regulación expresa, pero no en lo que se refiere a su utilización, ya que los Estados vienen admitiendo el uso de tales técnicas desde hace bastante tiempo³. Incluso algunos autores han situado el origen de la institución del agente provocador en el absolutismo francés en la figura del “delator”, ciudadanos que descubrían a los enemigos políticos para recibir favores del príncipe, aunque en estos casos, su actitud era pasiva y no activa como la del agente provocador o encubierto; sin embargo, de ahí se pasó al espionaje donde ya se adopta una actitud activa.⁴

No obstante, la proliferación de sentencias jurisprudenciales en España, que han resuelto sobre la materia, data de los últimos tiempos, en concreto de los años 70, como consecuencia del desarrollo de la delincuencia organizada

² Cfr. sobre las distintas técnicas de investigación, GASCÓN INCHAUSTI, F.: *Infiltración policial y <<agente encubierto>>*, Granada, 2001, pp. 4-5.

³ Cfr. sobre el origen de estas medidas de investigación en España, RUIZ ANTÓN, L. F.: *El Agente Provocador en el Derecho Penal*, Madrid, 1982, pp. 5-6; MUÑOZ SÁNCHEZ, J.: *El Agente Provocador*, Valencia, 1995, pp. 21-22; GASCÓN INCHAUSTI, F.: *Infiltración policial y <<agente encubierto>>*, Granada, 2001, p. 6. En Alemania, cfr. LÜDERSEN: *Verbrechensprophylaxe durch Verbrechensprovokation*, Tübingen, 1974, pp. 349-350.

⁴ En este sentido, MUÑOZ SÁNCHEZ, J.: *El Agente Provocador*, Valencia, 1995, p. 21, nota a pie núm. 1.

que ha hecho necesario el tener que acudir con más frecuencia a estas nuevas técnicas de investigación policial.

Parece que hay unanimidad por parte, tanto de la doctrina como de la jurisprudencia, en admitir la **necesidad** de los mecanismos o instrumentos de investigación criminal.⁵ entre los que se encuentra especialmente el agente encubierto, de cara a evitar la impunidad de todos los sujetos penalmente responsables de delitos que se cometen en el entramado de estas redes de delincuencia organizada. La propia Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/1999 española reconoce “la insuficiencia de las técnicas de investigación tradicionales en la lucha contra este tipo de criminalidad organizada, que generalmente actúa en ámbitos transnacionales y con abundancia de medios conducentes a la perpetración de los delitos”.

2. Problemática que presentan las técnicas de investigación encubiertas

Ahora bien, en lo que ya no hay consenso es en determinar los límites precisos en los que se deben o no permitir estos mecanismos. La razón fundamental de la polémica gira en torno a una premisa: la utilización de tales mecanismos supone, en muchos casos, la vulneración de derechos fundamentales, cuando no, la comisión por parte de los sujetos encargados de la persecución delictiva de conductas tipificadas en el Código Penal; es decir, los policías para perseguir, por ejemplo, el tráfico de drogas, tienen a su vez que, en algunas ocasiones, cometer delitos de tráfico de drogas. Por esto, la mayoría de la

⁵ En este sentido, entre otros SCHÜNEMANN: “Die polizeiliche Lockspitzel. Kontroverse ohne Ende?”, en *StrVert.* 1985, p. 424; SCHNEIDER, J. J.: “Recientes investigaciones criminológicas sobre la criminalidad organizada”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, UNED, núm. 3, 1993, p. 724; MUÑOZ SÁNCHEZ, J.: *El Agente Provocador*, Valencia, 1995, p. 25; REY HUIDOBRO, L. F.: *El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales*, Valencia, 1999, p. 324; MORENO CATENA, V.: “Los agentes encubiertos en España”, en *Otrosí*, núm. 10, 1999, 40; RIFÁ SOLER, J. M^a: “El agente encubierto o infiltrado en la nueva regulación de la LECrim”, en *Revista del Poder Judicial*, núm. 55, 1999, p. 164; DELGADO MARTÍN, J.: “El proceso penal ante la criminalidad organizada. El agente encubierto”, en *Bases de datos Actualidad Penal*, 2000, pp. 1-3; CARMONA SALGADO, C.: “La circulación y entrega vigilada de drogas y el Agente encubierto en el marco de la criminalidad organizada sobre narcotráfico”, en *Estudios jurídico-penales y político-criminales sobre tráfico de drogas y figuras afines* (dir. L. MORILLAS CUEVAS), Madrid, 2003, pp. 180-181; DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E. M^a: “El delito de tráfico de drogas: Las causas de justificación y las circunstancias modificativas que agravan la responsabilidad penal”, *Estudios jurídico-penales y político-criminales sobre tráfico de drogas y figuras afines* (dir. L. MORILLAS CUEVAS), Madrid, 2003, p. 247; GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, M.: “Límites y Garantías procesales en la investigación mediante agentes encubiertos”, en *La Ley*, 7 de diciembre de 2004, en www.laley.net, p. 1-2.

Técnicas de investigación de la delincuencia organizada: perspectiva penal

doctrina detecta la necesidad de establecer límites a su actuación de cara a su admisión.⁶

En un Estado Social, Democrático y de Derecho la actuación de los poderes públicos, incluso en la persecución de los delitos más graves, debe estar presidida por el respeto de los derechos fundamentales y, ante todo, de la Constitución. De ahí que la gran polémica que gira en torno al agente encubierto y a las demás técnicas de investigación policial se centre en perfilar con precisión los límites de la actuación de dicho sujeto para que se resienta lo menos posible los derechos fundamentales de los individuos y para que su actuación se ajuste a los principios reinantes en un Estado de Derecho y a los principios del Derecho penal. Y ello es así, porque, como se ha reconocido, la figura del agente encubierto genera gravísimos problemas materiales y procesales, pues supone un medio extraordinario de investigación que quiebra la aplicación de algunos principios propios del Estado de Derecho; de ahí que se permita, a través de la regulación expresa de la figura, dicha quiebra, siempre que se cumplan determinados requisitos constitucionales.⁷

La infiltración de personas en una organización criminal, ocultando su identidad y su finalidad, para la investigación de los sujetos que forman parte de dicho entramado de cara a su futuro enjuiciamiento y con el fin de obtener pruebas para la investigación de los delitos, ha existido también en España desde hace tiempo, incluso antes de la regulación de esta figura por la Ley de Enjuiciamiento Criminal en el artículo 282 bis.⁸ Pero esa existencia, su admisión y construcción jurisprudencial presentaba, en mi opinión, numerosos problemas en un Estado de Derecho. En primer lugar, atentaba contra el principio de seguridad jurídica, ya que la ley no permitía dicha

⁶ En este sentido, MUÑOZ SÁNCHEZ, J.: *El Agente Provocador*, Valencia, 1995, p. 25, quien apunta que se trata de si el indudable interés en la mayor eficacia de la acción policial se concilia con el respeto de los principios del Estado de Derecho; SCHÜNEMANN: "Die polizeiliche Lockspitzel. Kontroverse ohne Ende?", en *StrVert*, 1995, p. 431, quien exige a su vez la necesidad de fijar límites legales y de establecer los medios institucionales para evitar un mal uso.

⁷ En este sentido, OTTO, H.: "Problèmes dogmatiques de Droit Pénal dans la lutte contre le crime organisé", *Informe General del Coloquio Preparatorio sobre Los sistemas penales frente a la criminalidad organizada*. Sección I-Derecho Penal General, celebrado en Naples los días 18 a 20 de septiembre de 1997, *Rèvue Internationale de Droit Pénale Nouvelles Etudes Pénalles*, números 3º y 4º trimestre de 1997, pp. 599 y ss; DELGADO MARTÍN, J.: "El proceso penal ante la criminalidad organizada. El agente encubierto", en *Bases de datos Actualidad Penal*, 2000, pp. 2 y ss.

⁸ La jurisprudencia admitía lo que vino a denominar, en un principio, agente provocador, y posteriormente permitía la infiltración o agente encubierto incluso cuando no era de aplicación todavía el artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española.

vulneración de derechos fundamentales que se realizaba con la actividad policial; también las sentencias vacilaban entre su admisión sometidas a determinados límites no precisos y su no admisión; y además, la no regulación de la figura del agente encubierto planteaba para los agentes policiales numerosos problemas para afirmar su impunidad o su punibilidad por las actuaciones realizadas en dicha labor investigadora. En segundo lugar, no había una delimitación precisa de las distintas actuaciones que pueden llevar a cabo tanto los agentes policiales como los particulares en la investigación: así, se hablaba de agente provocador -pero no en el sentido de la provocación definida en el Código Penal-, de delito provocado, de confidente, de *under cover agent*, del denunciante anónimo, aunque no se distinguían éstos del ahora conocido y regulado como agente encubierto. En tercer lugar, toda la construcción jurisprudencial, y por ello también doctrinal, giraba en torno a la intervención del agente policial consistente en la provocación del delito, mejor expresado, en la inducción al delito, y olvidaba otras posibles intervenciones de estos agentes infiltrados en el entramado de una organización criminal.⁹

Con la regulación expresa, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, del agente encubierto, sobre este mecanismo de investigación y persecución criminal se ha ganado en seguridad jurídica en lo que se refiere a precisar lo que se admite y lo que no se admite, pese a que dicha regulación y su puesta en práctica no esté exenta de críticas.

No obstante, hay que advertir que la problemática que presentan las distintas técnicas de investigaciones policiales se extiende a otros campos o áreas además de las penales. Así, por ejemplo, en este ámbito hay implicaciones de política criminal en la lucha contra un determinado tipo de delincuencia como lo ha expresado cierta jurisprudencia;¹⁰ también incide en

⁹ En este sentido, OLMEDO CARDENETE, M.: "La provocación al delito y el Agente Provocador en el tráfico de drogas", en *Estudios jurídico-penales y político criminales sobre el tráfico de drogas y figuras afines*, (director Lorenzo Morillas Cuevas), Madrid, 2003, pp. 199-200, pues apunta que el agente policial se puede servir de cualquier comportamiento criminal para lograr el éxito de la investigación criminal y no solamente de la inducción. Así lo señaló también la Sentencia del Tribunal Supremo español de 8 de junio de 1984: "el agente provocador induce a otro a cometer el delito o, de otro modo eficiente, contribuye a su ejecución con actos de autoría o auxilio".

¹⁰ Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo español de 20 de mayo de 1991 "...es sin duda un problema de política criminal que, como tal, se halla íntimamente enlazado o enraizado con el sistema político general imperante en cada país, por ello, no puede recibir el mismo tratamiento en aquellos países en los que impera un régimen autoritario, en los que en el campo del Derecho Penal prima el aspecto o la actividad represiva so pretexto de la seguridad, que en aquellos países, como el nuestro, en los que se halla implantado un régimen o un Estado Social y Democrático de Derecho, del que son ingredientes esenciales del sistema el

Técnicas de investigación de la delincuencia organizada: perspectiva penal

el plano procesal respecto a interrogantes tales como la validez y los límites de las pruebas así obtenidas.

En el concreto campo penal, dicha técnica conlleva importantísimos y numerosos problemas de Derecho penal sustantivo. No hay que olvidar, como ya he mencionado, que esta medida supone, en muchas ocasiones, que el agente encubierto, o su precedente, el agente provocador, tenga que vulnerar derechos fundamentales y principios constitucionales (como la concepción de Estado de libertad, ya que no existe auténtica libertad cuando los ciudadanos no se sienten en un entorno de confianza a la hora de comunicarse con los demás -los sospechosos a través del engaño del agente encubierto entran en contacto con éste pudiendo revelar información a un policía)¹¹ y, en otras, incluso pueda llegar a cometer delitos; de ahí la necesaria autorización judicial para acordar su actuación. Desde el Derecho Penal cuanto menos se plantea si dicha actividad del policía estará o no exenta de responsabilidad criminal; en caso afirmativo, hay que fundamentar esa exención de responsabilidad criminal apoyándose en la teoría jurídica del delito y estudiar los límites de tal exención; también cabe cuestionarse si el sujeto que es investigado por un policía sin cumplir los requisitos legalmente exigidos, puede responder penalmente, esto es, si ha cometido un hecho típico, antijurídico y punible en un Estado Democrático y de Derecho.

Cabe cuestionarse también, a la vista de los pronunciamientos judiciales, si desde el Derecho penal, constitucional y procesal se puede admitir la validez y legitimidad de otras figuras admitidas por la jurisprudencia, pese a que no están reguladas por la ley (en España, por la Ley

principio de legalidad y la interdicción de la posible arbitrariedad de los poderes públicos, como expresamente se proclama en el número 3 del artículo 9 de la Constitución española y en los que, como consecuencia, se elevan a principios constitucionales los de respeto a la dignidad de la persona y a su absolutamente libre y espontánea determinación, proscribiendo toda acción coactiva sobre la voluntad así como la utilización de procedimientos ilícitos o éticamente reprochables, aunque, su finalidad fuera la de llegar a lograr una mayor efectividad en el cumplimiento de las leyes, atinente a la prevención y represión de la delincuencia, o sea, que la absoluta legalidad o licitud es exigible tanto para los fines como para los medios utilizados para lograrlos”.

¹¹ En este sentido, GASCÓN INCHAUSTI, F.: *Infiltración policial y <<agente encubierto>>*, Granada, 2001, p. 96, para quien la intervención del agente encubierto -que es en definitiva, intervención del Estado recabando información de manera oculta y engañosa como prueba de la culpabilidad de un sujeto en el proceso penal- puede vulnerar el principio de legalidad en su versión de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos que impide la utilización del engaño sobre los ciudadanos para obtener información (art. 9.3 de la Constitución española); e incluso puede chocar con la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad como fundamentos del orden público y de la paz social.

de Enjuiciamiento Criminal). Me refiero en concreto a lo que la jurisprudencia denominó en un primer momento agente provocador, y que posteriormente lo designó como “actuación del agente provocador”, para finalmente, denominarlo “delito comprobado” y evitar confusiones terminológicas. Creo que aquí es donde, en la actualidad, se puede centrar la problemática de estas técnicas de investigación criminal, tanto desde una perspectiva penal, como constitucional y procesal, debido sobre todo a que la figura del agente encubierto ya está permitida, dentro de ciertos límites y algunas figuras admitidas por la jurisprudencia no están reguladas.

Partiendo de tal premisa se puede afirmar, en mi opinión, la legitimidad constitucional de la infiltración policial, esto es, la figura del agente encubierto en los ordenamientos que así lo regulen, a pesar de que su actuación pudiera vulnerar principios constitucionales.¹² Ello siempre con dos condicionamientos: una regulación expresa de su actuación tras una ponderación legal de intereses, marcando los límites;¹³ y en segundo lugar, se permitirá tal actuación siempre que la misma esté sometida al control jurisdiccional, por poder suponer dichas actuaciones vulneración de derechos fundamentales.

En mi opinión, estas mismas consideraciones cabe trasladarlas a otras figuras de investigación que supongan también vulneración de derechos fundamentales o de principios constitucionales; tal es el caso de la figura del agente provocador o del delito comprobado -denominación actual utilizada por la jurisprudencia española- admitida por la jurisprudencia española pese a la ausencia de regulación legal. De tal manera que, a mi entender, se debería afirmar que la figura del agente provocador, policía que realiza una compra

¹² La doctrina alemana se ha cuestionado la legitimidad constitucional de la actividad de los agentes encubiertos, en la medida en que se lesiona el derecho a la autodeterminación informativa, *Recht auf informationelle Selbstbestimmung*, en este sentido, REBMANN, “Der Einsatz verdeckt ermittelnder Polizeibeamter im Bereich der Strafverfolgung”, en *NJW*, 1985, pp. 1 y ss; HASS, H. H.: “V-Leute im Ermittlungs und Hauptverfahren” en *Neue prozessuale Aspekte*, 1986, pp. 37 y ss; HASSEMER, “Thesen zu informationeller Selbstbestimmung und Strafverfahren”, en *Strafverteidiger* 6/1988, pp. 267-268; SCHIMITZ: *Rechtliche Probleme des Einsatzes Verdeckter Ermittler*, Frankfurt, 1996, pp. 29 y ss. Cfr. sobre los argumentos de la doctrina alemana a favor o en contra de la relevancia constitucional del actuar del agente encubierto, GASCÓN INCHAUSTI, F.: *Infiltración policial y <<agente encubierto>>*, Granada, 2001, pp. 92-95.

¹³ No obstante, el Tribunal Supremo español, en alguna de las pocas sentencias a las que alude al agente encubierto, admitía tal figura con anterioridad a la previsión legal que autoriza la adopción de tal medida en el ordenamiento español (de ahí se explica que se admitiera pese a que no mediara autorización judicial y que se nombrara como agentes encubiertos a Guardias Civiles y no a policías judiciales).

**Técnicas de investigación de la delincuencia organizada:
perspectiva penal**

simulada de una cantidad de droga para poner de manifiesto la conducta de posesión ilícita preordenada al tráfico, vulnera principios constitucionales y derechos fundamentales y, como no está prevista en la ley, no debe permitirse.

3. Sistemas de regulación del agente encubierto. Regulación española

Debido a la necesidad de articular nuevos mecanismos de investigación en lo que se ha denominado el fenómeno de la delincuencia organizada, los Estados han regulado, aunque no de manera homogénea, en sus ordenamientos jurídicos dicha figura. Así, se pueden detectar varias técnicas adoptadas: a) en un primer sistema, se incluyen aquellos ordenamientos en los que se aborda de manera expresa y directa por la ley procesal penal la regulación de la infiltración policial, determinándose los casos en que procede, así como los requisitos y controles a los que queda sujeta (dentro de este sistema se puede incluir los ordenamientos jurídicos de España, Dinamarca y Alemania¹⁴); b) en un segundo sistema, no se regula a título directo pero se admite de manera implícita: bien a través de normas en las que se consagran técnicas de investigación para las que se exige la participación de agentes infiltrados -las entregas controladas de drogas-, o bien, de manera más común, a través de preceptos que exoneran de responsabilidad penal a los agentes policiales por la realización de determinadas actividades delictivas durante la investigación de ciertos delitos, de las que se puede deducir que las han desarrollado de manera encubierta (Italia, Francia y Portugal); c) y, finalmente, el seguido por aquellos Estados que no regulan ni de manera directa ni implícita dichas figuras, pero son admitidas y perfiladas por la jurisprudencia (Suiza, Austria, Inglaterra, Bélgica y Países Bajos).¹⁵ En cuanto a la infiltración policial con fines de prevención del delito, carece de regulación expresa en la gran mayoría de los países de nuestro entorno, con excepción de Alemania, Austria y Portugal.

¹⁴ La legislación alemana sobre el agente encubierto constituye el antecedente de la legislación española. Así en Alemania se procede a regular en 1992, parágrafos 100 a-100e de la *Strafprozessordnung* (Ordenanza Procesal Penal, *StPO*), al agente encubierto denominado *Verdeckter Ermittler*. Cfr. sobre la regulación alemana, GUARIGLIA, F.: "El Agente encubierto ¿un nuevo protagonista en el procedimiento penal?, en *Jueces para la democracia*, vol. 3, número 23, 1994, pp. 49-60; el mismo: "El Agente encubierto ¿un nuevo protagonista en el procedimiento penal?, en *Revista de la Asociación de ciencias penales de Costa Rica*, número 12, año 8, 1996, pp. 1-22.

¹⁵ Cfr. sobre la regulación llevada a cabo por los distintos ordenamientos nacionales GASCÓN INCHAUSTI, F.: *Infiltración policial y <<agente encubierto>>*, Granada, 2001, pp. 37-82.

En España, el agente encubierto, según la regulación reciente de la LO 5/1999 que introduce el artículo 282 bis en la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, será aquel sujeto policía que para obtener información que no es de acceso general y que le es necesaria para un propósito concreto - descubrimiento de delitos a través de la infiltración en una organización criminal-, oculta su identidad real así 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 permite obtener la información deseada con el objetivo de descubrir acciones delictivas y lograr la desaparición y castigo de la banda. Dos son las notas a destacar, ocultación de la identidad y actuación con engaño y abuso de confianza.¹⁶

No obstante, en mi opinión se debe de añadir alguna nota más que caracteriza a la figura del agente encubierto y que le diferencia de otras figuras afines; esto es, dicho agente policial puede adoptar comportamientos activos en la empresa delictiva, es decir, puede cometer delitos para garantizar su seguridad personal y sobre todo para garantizar el éxito de la investigación. Imaginemos por un momento un policía haciéndose pasar por un narcotraficante infiltrado en una organización destinada al tráfico de drogas: tampoco es difícil imaginar que este sujeto tenga que cometer alguna conducta delictiva para ganarse la confianza de los miembros de la organización. Por ello, para dicha actuación es necesaria la previa autorización judicial. Ello porque el legislador es consciente de que con dichas actuaciones se puede vulnerar derechos fundamentales.

Esta figura es distinta de la que durante muchísimos años ha sido objeto de polémica tanto en la jurisprudencia como en la doctrina española, esto es, del agente provocador. En esta figura es, hasta 1999, donde se centraba exclusivamente toda la discusión sobre su admisibilidad o no, aunque en la actualidad sigue planteándose. Esta categoría dogmática hacía referencia a los supuestos en que uno o varios policías, ocultando su condición, fingen ante personas sospechosas de dedicarse al tráfico ilícito de drogas -o de otros delitos, aunque la mayoría de las sentencias jurisprudenciales se referían a esta figura delictiva- la voluntad de adquirir alguna cantidad y que, en caso de respuesta favorable del sospechoso, ponen con ello de relieve la previa comisión delictiva, normalmente la previa posesión ilícita de drogas

¹⁶ En este sentido, MORENO CATENA, V.: "Los agentes encubiertos en España", en *Otrosí*, núm. 10, 1999, 40; DELGADO MARTÍN, "El proceso penal ante la criminalidad organizada. El agente encubierto", *Actualidad Penal*, núm. 1, 2000, pp. 1-28; GASCÓN INCHAUSTI, F.: *Infiltración policial y <<agente encubierto>>*, Granada, 2001, pp. 10, 14.

**Técnicas de investigación de la delincuencia organizada:
perspectiva penal**

preordenadas al tráfico; quienes así actúan (policías pero también particulares que colaboran con ellos, confidentes o arrepentidos) reciben la denominación de agentes provocadores porque provocan con su comportamiento que el sospechoso lleve a cabo determinadas conductas, que son reveladoras de un *delito ya cometido*, delitos que suelen ser tracto sucesivo como el tráfico de drogas: conducta admisible como técnica para la investigación delictiva, pues lo que se provoca no es más que la obtención de la prueba del delito, pero no el delito como tal ¹⁷ (para designar al sujeto que comete estas conductas la jurisprudencia utiliza el término de agente provocador, pero no se identifican tales conductas con la provocación para cometer un delito definida en el Código Penal -pues falta la nota de publicidad que exige el código-, ni con la inducción -pues faltaría el doble dolo del inductor, esto es, querer la consumación del delito-). Esta figura sigue siendo admitida por nuestra jurisprudencia, aunque carece de regulación legal.

No obstante, si el policía provoca un delito precisamente con la finalidad de poder probar dicha infracción provocada, este sujeto no recibe por el TS ninguna denominación, sí el resultado "delito provocado" -aquí sí se está refiriendo a los supuestos de policía inductor ficticio de delitos, pues falta en él el doble dolo de este tipo de participación-; en tales casos, el Tribunal Supremo español rechaza la admisión de tal técnica de investigación por suponer una quiebra de los principios inspiradores del Estado Democrático y de Derecho, así como un desconocimiento de los principios de legalidad y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos: el Estado carece de legitimidad para juzgar un hecho delictivo creado por las propias autoridades, es ilícita la prueba obtenida por tal procedimiento, siendo además, impune la conducta en estos casos, tanto del provocado como del agente inductor.¹⁸ Esta solución se

¹⁷ Cfr. entre otras Sentencias del Tribunal Supremo español: de 25 de septiembre de 2003; de 13 de junio de 2003; 19 de febrero de 2003; de 3 de febrero de 1999; de 3 de marzo de 1998; de 22 de octubre de 1997; jurisprudencia que data de los años 70 (Sentencia del TS de 18 de abril de 1972 y de 20 de febrero de 1973). Cfr. un estudio sobre esta construcción jurisprudencial, MUÑOZ SÁNCHEZ, J.: *El Agente Provocador*, Valencia, 1995, pp. 84 y ss; GASCÓN INCHAUSTI, F.: *Infiltración policial y <<agente encubierto>>*, Granada, 2001, pp. 29-33; CARMONA SALGADO, C.: "La circulación y entrega vigilada de drogas y el Agente encubierto en el marco de la criminalidad organizada sobre narcotráfico", en *Estudios jurídico-penales y político-criminales sobre tráfico de drogas y figuras afines* (dir. L. MORILLAS CUEVAS), Madrid, 2003, p. 181.

¹⁸ Como acertadamente apunta RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R.: "Comentarios a la LO 5/1999, de 13 de enero: la entrega vigilada y el agente encubierto", en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 4 de marzo de 1999, p. 5, resulta incluso difícil propugnar en estos casos la impunidad del policía que induce a tal comisión delictiva; dichos procedimientos, en su opinión, parecen poco compatibles con el modelo de proceso debido, o con todas las garantías, objeto del derecho fundamental que consagra el artículo 24.2 de la Constitución española, y con la idea central del

ha fundamentado en distintos argumentos: ausencia de tipicidad de la conducta desarrollada por carácter imposible del delito -así en la STS de 1 de julio de 1994-; ausencia de lesión o peligro para el bien jurídico protegido -en la STS 5 de octubre de 1995-; ausencia de dolo -en la STS de 3 de marzo de 1998-, tanto en el provocado, pues la voluntad delictiva ha sido provocada de forma artificial por el policía, como en el inductor policía que no quiere la consumación del delito. Así, se interpreta que cuando el 282 bis de la LECrim española, donde se regula la figura del agente encubierto, prohíbe la provocación al delito, se refiere a estos últimos supuestos no admitidos por la jurisprudencia española y calificados como delitos provocados.

La diferencia fundamental, en mi opinión, se centra en que el agente encubierto es un policía que se infiltra en una organización criminal bajo identidad supuesta, con el fin de descubrir delitos ya cometidos o que se están cometiendo y obtener pruebas para perseguirlos y conseguir desmantelar una organización criminal -en esta labor se le permite cometer ciertas acciones delictivas excepto la inducción o, como denomina nuestro Código Penal, la provocación al delito-; mientras que, el agente provocador hace también referencia a agentes policiales, pero cuya actuación no consiste en infiltrarse, sino en realizar acciones de corta duración, ocultando también su identidad para descubrir delitos puntuales, específicos y concretos ya cometidos: su intervención tampoco puede consistir en inducir a la comisión de delitos para juzgar al sujeto inducido por tales infracciones. En la práctica, la figura del agente provocador se puede reconducir a la labor de los agentes policiales consistente en la compra simulada de droga para poner de manifiesto una conducta delictiva ya realizada, esto es, la posesión para el tráfico. De esta figura, se niega su ilegalidad por la jurisprudencia, pues los policías no cometen delitos ni inducen a cometer delitos sino a poner de manifiesto una previa conducta delictiva.

Volviendo a la regulación española del agente encubierto, cabe tratar en último término una cuestión penal, esto es, la naturaleza jurídica de la exención de responsabilidad penal por los actos delictivos que pudiera cometer el agente encubierto en su labor de investigación y los límites de tal exención¹⁹. Al respecto, la Ley de Enjuiciamiento Criminal española regula

Estado de Derecho, constituyendo a su vez un ataque inadmisibile contra la dignidad personal y a la interdicción de toda arbitrariedad.

¹⁹ Exención aplicable al agente encubierto y no al agente provocador, pues esta figura no está regulada y su castigo dependerá, en mi opinión, del examen de tipicidad de sus concretas conductas.

**Técnicas de investigación de la delincuencia organizada:
perspectiva penal**

simultáneamente la exención de responsabilidad penal del agente encubierto y los límites de su impunidad en el apdo. 5, parr. I del 282 bis:

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.

Sobre esta cuestión existen distintas posturas doctrinales. En primer lugar, la de aquellos que opinan que dicha exoneración puede ser una causa de atipicidad, bajo el argumento de que el policía infiltrado no comete el tipo objetivo -falta peligrosidad en la acción- o el tipo subjetivo, no actúa con dolo; por otra parte, podemos considerar, como mayoritariamente se concluye, que dicha exoneración es una causa de justificación

En mi opinión, en la mayoría de actuaciones de agentes encubiertos se puede afirmar la realización de un tipo objetivo, porque su acción pone en peligro bienes jurídicos y no puede actuar para neutralizar ese daño que comporta su acción -no olvidemos que está infiltrado en una organización criminal donde se debe ganar la confianza de los miembros y donde su vida o integridad corre peligro- y, además, también se da el tipo subjetivo, ya que en la mayoría de los casos se podrá apreciar al menos el dolo eventual. En efecto, el policía tiene otra finalidad que la de lesionar bienes jurídicos, es más, su finalidad es perseguir la lesión de bienes jurídicos y prevenirla, pero esta finalidad no es incompatible con el dolo con el que comete los delitos en su actuación como agente encubierto: éste no persigue directamente la lesión de bienes jurídicos pero sabe con certeza o con una gran probabilidad que su acción podría dar lugar a la lesión de bienes jurídicos, y no obstante, lo asume, acepta y realiza la acción.

Por tanto, las actuaciones de los agentes encubiertos pueden considerarse típicas. Mayoritariamente, se concluye que es una causa de justificación, aunque aquí también hay discrepancias doctrinales. En primer lugar, cabe citar la postura que sostiene que es una causa de justificación específica de las conductas de los agentes encubiertos que pudieran subsumirse en determinados tipos del CP,²⁰ esto es, es una norma penal sustantiva, cuya función es establecer las condiciones para que resulte

²⁰ En este sentido, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: "El agente encubierto", *La Ley*, núm. 4778, 20 de abril de 1999; GASCÓN INCHAUSTI, F.: *Infiltración policial y <<agente encubierto>>*, Granada, 2001, p. 278, aunque admite que determinadas actividades del agente encubierto pueden quedar cubiertas como una causa de justificación genérica.

admisible una quiebra al principio de legalidad (ya que a través de ella se está legitimando la comisión de delitos o la participación en ellos de sujetos funcionarios o representantes del poder). En definitiva, el 282 bis es una causa de justificación *sui generis*. En segundo lugar, hay autores que han defendido que se trata de la especificidad de una causa de justificación genérica del Código Penal español, en concreto, la recogida en el número 7 del artículo 20 “el que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”.²¹ Dentro de esta postura hay un sector que limita *a priori* la aplicación de dicha eximente a determinados supuestos: en primer lugar, señala este sector, que el legislador sólo exime cuando exista la debida proporcionalidad entre los delitos que cometa el agente y la finalidad perseguida por la investigación; en segundo lugar, en su opinión, cuando se trata de infracciones graves cometidas por el agente encubierto como atentados contra la vida, la integridad o la libertad de las personas (pese a que estos supuestos exija autorización judicial), no cabe exonerarle porque estos casos constituyen supuestos límites a la citada cláusula de exención, salvo circunstancias muy especiales que habría que valorar detenidamente en cada supuesto en particular.²²

En mi opinión, la exoneración contenida en el artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española es una causa de justificación genérica prevista en el artículo 20.7 del Código Penal, cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un cargo, pero que se concreta en cuanto a los requisitos

²¹ En este sentido, RIFÁ SOLER, J. M.: “El agente encubierto o infiltrado en la nueva regulación de la LECrim”, *Poder Judicial*, 1999, núm. 55, p. 172; REY HUIDOBRO, L. F.: *El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales*, Valencia, 1999, p. 335-336; QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: “Recientes novedades legislativas en materia de lucha contra la criminalidad organizada: Ley Orgánica 5/1999 de 14 de enero”, en *La Ley*, 1999-6, p. 1824; ZARAGOZA AGUADO, J.: “Tratamiento penal y procesal de las organizaciones criminales en el Derecho español. Especial referencia al tráfico ilegal de drogas”, en *Delitos contra la salud pública y contrabando. Cuadernos de Derecho Judicial*, 2000, p. 109; CARMONA SALGADO, C.: “La circulación y entrega vigilada de drogas y el Agente encubierto en el marco de la criminalidad organizada sobre narcotráfico”, en *Estudios jurídico-penales y político-criminales sobre tráfico de drogas y figuras afines* (dir. L. MORILLAS CUEVAS), Madrid, 2003, p. 188; DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E.M^a: “El delito de tráfico de drogas: Las causas de justificación y las circunstancias modificativas que agravan la responsabilidad penal”, *Estudios jurídico-penales y político-criminales sobre tráfico de drogas y figuras afines* (dir. L. MORILLAS CUEVAS), Madrid, 2003, p. 254.

²² En este sentido, MARTÍN PALLÍN, J. A.: “Impacto social, criminológico, político y normativo del tráfico de drogas”, en *Delitos contra la Salud Pública*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 2000, p. 167; CARMONA SALGADO, C.: “La circulación y entrega vigilada de drogas y el Agente encubierto en el marco de la criminalidad organizada sobre narcotráfico”, en *Estudios jurídico-penales y político-criminales sobre tráfico de drogas y figuras afines* (dir. L. MORILLAS CUEVAS), Madrid, 2003, p. 188.

**Técnicas de investigación de la delincuencia organizada:
perspectiva penal**

exigidos en atención a la relevancia de la materia afectada. Es decir, para aplicar esta eximente genérica debemos remitirnos a esta norma y analizar los requisitos a los que queda supeditada, tales como necesidad para investigación, proporcionalidad con la finalidad de la investigación (así desde esta perspectiva serían desproporcionados los ataques realizados por los agentes encubiertos contra la vida, la integridad y la libertad de las personas y aquéllos que resulten de mayor gravedad que las que son objeto de investigación), y que no constituyan una provocación al delito.

Conclusiones

El fenómeno delictivo de la delincuencia organizada ha sido tratado ampliamente por la doctrina tanto penalista como procesalista, quien ha puesto de manifiesto las dificultades para desarticular las redes organizadas para la prevención y persecución de los delitos que forman parte de su actividad. Dichas dificultades se agravan en la actualidad debido al fenómeno de la globalización -actuación en distintos Estados-, al entramado de dichas organizaciones, al material altamente sofisticado y a su actuación en la clandestinidad.

De ahí que hay unanimidad en afirmar la necesidad de articular nuevos mecanismos de investigación criminal que combata a este tipo de delincuencia, tales como el agente encubierto, agentes provocadores, entrega vigilada de drogas tóxicas y estupefacientes... Lo que ocurre, como ha puesto de manifiesto la práctica, es que determinadas actuaciones de los sujetos que actúan para descubrir delitos, como la del agente encubierto, pueden conllevar a la vulneración de principios constitucionales y de derechos fundamentales.

Por todo ello, afirmo la necesidad de una regulación expresa y precisa de la actuación del agente encubierto de cara a respetar tanto los principios de legalidad -su actuación debe quedar perfilada por la ley- como el de seguridad jurídica. Ello principalmente porque la infiltración policial supone, como ya he mencionado, en algunas ocasiones, vulneración de derechos fundamentales y la comisión de delitos: para conseguir el fin perseguido por el agente encubierto y por el Estado, la persecución de los delitos, parece que la ley tiene que articular dichos mecanismos permitiendo la vulneración de esos derechos fundamentales y evitando a su vez que dichos sujetos sean castigados por tal vulneración. Toda esta regulación debe estar inspirada por el principio de proporcionalidad y por un control judicial de la actuación del agente encubierto. También ello es válido para cualquier otra actuación, por ejemplo la de los agentes provocadores, que pudieran suponer vulneración de

derechos fundamentales y de principios constitucionales. Para admitirlas deben estar reguladas por la ley y sometidas al control jurisdiccional.

Esta actividad del agente encubierto interesa desde la perspectiva penal o de la dogmática penal en la medida en que se le exonera de responsabilidad penal por acciones que, en principio, pudieran ir en contra de principios constitucionales y de principios como el de legalidad penal (no olvidemos que pueden cometer delitos). Parece que casi nadie duda que un infiltrado policial tenga que vulnerar alguno de los derechos fundamentales de los individuos investigados e incluso llegue a realizar tipos penales; de ello dependerá en muchos casos el éxito de la investigación, pues es necesario para ganarse la confianza de los miembros de la organización. Pero es que incluso dicha actividad podría suponer vulneración de principios constitucionales derivados del apoyo estatal con el que actúan los agentes encubiertos. De ahí la necesidad de regulación expresa que delimite su actuación.

Bibliografía

- ANARTE BORRALLA, E., "Conjeturas sobre la criminalidad organizada", en *Delincuencia organizada: aspectos penales, procesales y penológicos*, Universidad de Huelva, 1999.
- CARMONA SALGADO, C., "La circulación y entrega vigilada de drogas y el Agente encubierto en el marco de la criminalidad organizada sobre narcotráfico", en *Estudios jurídico-penales y político-criminales sobre tráfico de drogas y figuras afines* (dir. L. MORILLAS CUEVAS), Madrid, 2003.
- DELGADO MARTÍN, J., "El proceso penal ante la criminalidad organizada. El agente encubierto", en *Bases de datos Actualidad Penal*, 2000.
- DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E. M^a., "El delito de tráfico de drogas: Las causas de justificación y las circunstancias modificativas que agravan la responsabilidad penal", *Estudios jurídico-penales y político-criminales sobre tráfico de drogas y figuras afines* (dir. L. MORILLAS CUEVAS), Madrid, 2003.
- GASCÓN INCHAUSTI, F., *Infiltración policial y <<agente encubierto>>*, Granada, 2001.
- GUARIGLIA, F., "El Agente encubierto ¿un nuevo protagonista en el procedimiento penal?", en *Jueces para la democracia*, vol. 3, número 23, 1994.
- _____ "El Agente encubierto ¿un nuevo protagonista en el procedimiento penal?", en *Revista de la Asociación de ciencias penales de Costa Rica*, número 12, año 8, 1996.
- HASS, H. H., "V-Leute im mErmittlungs und Hauptverfahren" en *Neue prozessuale Aspekte*, 1986.
- HASSEMER, "Thesen zu informationeller Selbstbestimmung und Strafverfahren", en *Strafverteidiger* 6/1988.
- LÜDERSSSEN: *Verbrechensprophylaxe durch Verbrechensprovokation*, Tübingen, 1974.
- MARTÍN PALLÍN, J. A., "Impacto social, criminológico, político y normativo del tráfico de drogas", en *Delitos contra la Salud Pública*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 2000.
- MORENO CATENA, V., "Los agentes encubiertos en España", en *Otrosí*, núm. 10, 1999.
- MUÑOZ SÁNCHEZ, J., *El Agente Provocador*, Valencia, 1995.
- OLMEDO CARDENETE, M., "La provocación al delito y el Agente Provocador en el tráfico de drogas", en *Estudios jurídico-penales y político criminales sobre el tráfico de drogas y figuras afines*, (director Lorenzo Morillas Cuevas), Madrid, 2003.

- OTTO, H., "Problèmes dogmatiques de Droit Pénal dans la lutte contre le crime organisé", *Informe General del Coloquio Preparatorio sobre Los sistemas penales frente a la criminalidad organizada*. Sección I-Derecho Penal General, celebrado en Naples los días 18 a 20 de septiembre de 1997, *Revue Internationale de Droit Pénale Nouvelles Etudes Pénalles*, números 3º y 4º trimestre de 1997.
- QUERALT JIMÉNEZ, J. J., "Recientes novedades legislativas en materia de lucha contra la criminalidad organizada: Ley Orgánica 5/1999 de 14 de enero", en *La Ley*, 1999-6.
- REBMANN, "Der Einsatz verdeckt ermittelnder Polizeibeamter im Bereich der Strafverfolgung", en *NJW*, 1985.
- REY HUIDOBRO, L. F., *El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales*, Valencia, 1999.
- RIFÁ SOLER, J. M^a., "El agente encubierto o infiltrado en la nueva regulación de la LECrim", en *Revista del Poder Judicial*, núm. 55, 1999.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R., "Comentarios a la LO 5/1999, de 13 de enero: la entrega vigilada y el agente encubierto", en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 4 de marzo de 1999.
- RUIZ ANTÓN, L. F., *El Agente Provocador en el Derecho Penal*, Madrid, 1982.
- SCHIMITZ: *Rechtliche Probleme des Einsatzes Verdeckter Ermittler*, Frankfurt, 1996.
- SCHNEIDER, J. J., "Recientes investigaciones criminológicas sobre la criminalidad organizada", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, UNED, núm. 3, 1993.
- SCHÜNEMANN: "Die polizeiliche Lockspitzel. Kontroverse ohne Ende?", en *StrVert.* 1985.
- ZARAGOZA AGUADO, J., "Tratamiento penal y procesal de las organizaciones criminales en el Derecho español. Especial referencia al tráfico ilegal de drogas", en *Delitos contra la salud pública y contrabando. Cuadernos de Derecho Judicial*, 2000.