

Entrega vigilada, agente encubierto y agente provocador. Análisis de los medios de investigación en materia de tráfico de drogas (1)

MIGUEL ÁNGEL NÚÑEZ PAZ

Profesor Titular de Derecho Penal. Universidad de Huelva

GERMÁN GUILLÉN LÓPEZ

Doctor en Derecho. Universidad de Guanajuato (México)

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

Hoy en día, los procedimientos tradicionales de investigación policial y de instrucción judicial se muestran ineficaces para enfrentar con

(1) Si algo puede detener al sujeto que está resuelto a ejecutar un acto de narcotráfico es, en la mayoría de los casos, la persuasión de que no habrá impunidad en sus actos ilícitos y que será alcanzado por las penas que señala la Ley por tales acciones. La normativa penal en materia de estupefacientes pasaría a ser un esfuerzo legislativo estéril si los culpables de dichas infracciones no fuesen sancionados con las penas que en ella se advierten. Para que estos comportamientos no queden impunes no basta la mera amenaza de la pena, sino que es indispensable que las autoridades encargadas de la indagación de estos ilícitos cuenten con medios necesarios que permitan, conforme a Derecho, demostrar la culpabilidad de las personas que han cometido algún delito de tráfico de drogas. Sólo así se puede cumplir con la amenaza de pena que hay para aquel que realice cualquier acto de narcotráfico. Por otra parte, si se pretende conseguir la validez de tales instrumentos de averiguación dentro de una causa penal —es decir que estos tengan trascendencia dentro de un juicio— es imprescindible su armonía con los principios que han presidido a la organización del proceso criminal: primero, el interés de la sociedad y la necesidad de castigar a todo culpable; segundo, la obligada salvaguarda de las libertades individuales y civiles, que podrían verse peligrosamente amenazadas en este tipo de procesos; y, tercero, como corolario de lo anterior, la necesidad de bajo ningún precepto condenar a un inocente. Razón por la cual, independientemente de la dificultad que se observa en la investigación de

éxito el grave problema social que representa la moderna criminalidad (2), especialmente cuando se trata de la delincuencia organizada (3). La capacidad de actuación que tienen estos grupos delictivos,

estos delitos, el creador de la norma no podrá dotar de instrumentos de persecución penal que sean contrarios a las premisas que han inspirado al proceso penal. Para mayor conocimiento de los medios de investigación *Vid.* Exposición de motivos de la LO 5/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves. También: RUIZ ANTÓN, Luis Felipe, *Agente provocador en el Derecho penal*, EDERSA, Madrid, 1982, pp. 5 ss.; GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, *Infiltración policial y agente encubierto*, Comares, Granada, 2001, pp. 1 ss.; MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan, *La moderna problemática jurídico penal del agente provocador*, Tirant lo blanch, Valencia, 1995, pp. 21 ss.; CARMONA SALGADO, Concepción, «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*, Lorenzo Morillas Cuevas (Coord.), Dykinson, Madrid, 2003, pp. 165 ss.; GRANADOS PÉREZ, Carlos, «Instrumentos procesales en la lucha contra el crimen organizado. Agente encubierto. Entrega vigilada. El arrenditido. Protección de testigos. Posición de la jurisprudencia», en *La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*, CGPJ, Madrid, 2001, pp. 73 ss.; CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, *La organización criminal. Tratamiento penal y procesal*, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 5 ss.; DELGADO MARTÍN, Joaquín, «La Criminalidad organizada. Comentarios a la LO 5/1999, de 23 de febrero, de modificación de la Ley en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico de drogas y otras actividades ilícitas graves», J. M. Bosch, 2001, pp. 21 ss. ALONSO PÉREZ, Francisco, *Medios de investigación en el proceso penal. Legislación, Comentarios, Jurisprudencia y formularios*, 2.^a ed., Dykinson, 2003, pp. 25 ss. GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, Marta, *Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación* Colex, 2004, pp. 29 ss.

(2) La sociedad española no se encuentra exenta de la citada problemática, como otras sociedades de su entorno, se ha convertido –desde hace tiempo– en «un semillero de fertilidad» en el que se expande la ejecución de conductas especialmente graves: narcotráfico, terrorismo, prostitución forzada, explotación sexual infantil, etc.; y, como ocurre en otros países, los métodos tradicionales de indagación empleados por sus cuerpos de policía se tornan obsoletos de cara al descubrimiento de estos delitos, ya que se ven rebasados por las formas de operar de este tipo de delincuencia. Cfr. CARMONA SALGADO, Concepción, «La circulación y entrega vigilada de drogas y el agente encubierto en el marco de la criminalidad organizada sobre narcotráfico», cit., p. 180.

(3) Para mejor conocimiento de la temática se recomienda: FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos (Coord.), *Delincuencia Organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Huelva, España, 1999; ZARAGOZA AGUADO, Javier, «Tratamiento penal y procesal de las organizaciones criminales en el Derecho penal español. Especial referencia al tráfico ilegal de drogas», en: *Delitos contra la salud pública y contrabando*, CGPJ, Madrid, 2000, pp. 49 ss.; BLANCO CORDERO, Isidoro, «Criminalidad organizada y mercados ilegales», en: *Eguzkilore*, núm. 11, 1997, pp. 213 ss.; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, y RUIDIAZ GARCÍA, Carmen (coord.), *Problemas criminológicos en las sociedades complejas*, Universidad pública de Navarra, Pamplona, 1999, pp. 9 ss.; *Criminalidad Organizada. Reunión de la sección nacional española preparatoria del XVI congreso de la AIDP en Budapest*, Universidad Castilla-La Mancha, Almagro, 1999. pp. 5 ss.;

su sólida estructura (compuesta por un entramado de instrumentos personales, materiales y patrimoniales), su ilimitada fuente de recursos y medios (principalmente de comunicación y de alta tecnología) y, sobre todo, el que tales clanes criminales maniobren con sofisticadas técnicas de ingeniería financiera, fiscal y contable (generalmente usadas para reciclar los capitales ilícitos producto de sus operaciones delictivas) (4), provoca que las habituales medidas de investigación penal resulten obsoletas y, por tanto, fácilmente vencidas (5).

GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, Faustino, y VALCÁRCE LÓPEZ, Marta (Directores), *La criminalidad organizada ante la justicia*, Universidad de Sevilla/Universidad Internacional Menéndez Pelayo, Sevilla, 1996, p. 13. También, véase la Declaración Política y el Plan de Acción Mundial de Nápoles contra la Delincuencia Transnacional Organizada que adoptó la Conferencia Ministerial Mundial sobre la Delincuencia Transnacional Organizada, celebrada en Nápoles (Italia) del 21 al 23 de noviembre de 1994.

En la actualidad, la criminalidad organizada dedicada al tráfico de drogas se ha convertido en una de las mayores preocupaciones de la comunidad internacional. Esto, debido a la intensidad de crecimiento y peligrosidad que ha demostrado tener en las sociedades posmodernas. Esta circunstancia, ha provocado una importante expansión de tipos penales que sancionan cualquier conducta relacionada con el tráfico de drogas. De hecho, el Derecho penal se ha convertido en el instrumento al que más recurren los gobiernos –de todo el orbe– para hacer frente a esta modalidad delictiva; y esto, a pesar de la ineficacia que ha demostrado en su incumplida e inconclusa tarea de reducir esta nebulosa manifestación criminógena. En torno a esta idea, continúa en boga una importante divergencia de algunos sectores de la doctrina con respecto a que si el Derecho penal instituye o no el medio más eficaz en el combate contra esta nueva amenaza mundial. Para autores como GIMBERNART ORDEIG, Enrique, *Estudios de derecho penal*, 3.^a ed., Tecnos, Madrid, 1990, pp. 47 ss., el Derecho penal es un medio –probablemente– poco eficaz para hacer frente a la problemática de la droga: «a pesar de que en los últimos años muchos países han tratado de contener el fenómeno con una política represiva de endurecimiento...», esta situación –apunta el citado autor–, ha demostrado un fracaso estrepitoso y no ha impedido el incremento del consumo de drogas ilícitas.

(4) Vid. BLANCO CORDERO, Isidoro, *Criminalidad organizada y mercados ilegales*, cit., pp. 219 ss.

(5) Ya no se aprecia como una novedad hacer alusión al carácter «desfasado» y «obsoleto» de la LECrim al momento de regular la fase de investigación, por lo menos en lo tocante a las diligencias y actividades susceptibles de llevarse a cabo para investigar la moderna delincuencia. Las diligencias de investigación señaladas por la LECrim –que mayormente provienen del siglo XIX y fueron creadas para dar seguimiento y combate a otro tipo de delincuencia (de etiología y tipología diversa)– pueden resultar insuficientes cuando se desea llevar a cabo una represión eficaz a las actuales formas de criminalidad organizada. Vid. GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, *Infiltración policial y agente encubierto*, cit., pp. 1-3; CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, *La organización criminal. Tratamiento penal y procesal*, cit., p. 57; BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio Francisco, *El colaborador con la justicia. Aspectos sustantivos, procesales y penitenciarios derivados de la conducta del arrepentido*, Dykinson S. L., Madrid, 2004, pp. 13 y 14. Además, recuérdese que una parte importante del crimen organizado presenta ahora una dimensión internacional que dificulta aún más su persecución eficaz. BLANCO CORDERO, Isidoro, «Principales instrumentos

Indudablemente las estructuras criminales organizadas, dadas sus propias características cualitativas así como por el escenario de violencia (6) y corrupción en el que operan (7), han contribuido en el incremento sustancial de los índices de delincuencia a nivel mundial (8). Las actividades ilícitas ejecutadas por delincuentes organizados son, por sí mismas, un problema de consecuencias y dimensiones apenas cuantificables que se dispersa peligrosamente por cualquier ámbito de la realidad, con una intensidad y peligrosidad sin parangón en la historia.

La complejidad y proliferación universal de esta fenomenología ha provocado dentro del ámbito interno de las naciones y la comunidad internacional, la adopción de novedosos medios investigativos que aspiran a lograr una lucha eficaz contra este tipo de manifestación criminal (9), destacando dentro de ellas las pertene-

internacionales (de Naciones Unidas y la Unión Europea) relativos al crimen organizado: la definición de la participación en una organización criminal y los problemas de aplicación de la Ley Penal en el espacio», en *Criminalidad Organizada. Reunión de la sección nacional española preparatoria del XVI congreso de la AIDP en Budapest*, Almagro, mayo, 1999, p. 19.

(6) La violencia es, desde una perspectiva muy general, uno de los principales efectos negativos que se le imputan a la criminalidad organizada. ANARTE BORRALLO, Enrique, «Conjeturas sobre la criminalidad organizada», en: *Delincuencia Organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, cit., pp. 45 y 46.

(7) Vid. Entre otros: CASTRESANA FERNÁNDEZ, Carlos, «Corrupción, globalización y delincuencia organizada», en: *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*, Eduardo A. Fabián Caparrós y Nicolás García Rodríguez (coord.), Ratio Legis, Salamanca, 2004, pp. 214 ss.; VIRGOLINI, Julio E. S., «Crímenes excelentes. Delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción», Editores del Puerto S. L. R., Buenos Aires, 2004, pp. 239 ss.; NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel, «La corrupción en el ámbito de las transacciones internacionales», en: *El sistema penal frente a los retos de la nueva sociedad*, COLEX, Madrid, 2003, pp. 189-207.

(8) IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel, «La criminalidad organizada y la delincuencia económica. Aproximación a su incidencia mundial», en: *Criminalidad organizada y delincuencia económica*, Hoover Wadith Ruíz Rengifo (coord.), Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Medellín, 2002, pp. 15 ss.

(9) La admisibilidad de determinados métodos de investigación en algunos ordenamientos jurídicos no ha sido una cuestión pacífica, en ocasiones, desde su propuesta han sido el germen de importantes debates –no sólo jurídicos sino también políticos y sociales–, por cuanto vienen a representar una significativa transformación en la forma de operar de los poderes públicos en relación con el ciudadano: obligan al ciudadano a aceptar como posible la presencia oculta del poder público en ámbitos que pueden considerarse como privados. Cfr. GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, «Infiltración policial y agente encubierto», cit., p. 6.

Los gobiernos del mundo han buscado que sus instituciones –policiales y judiciales– cuenten con recursos que les permitan adaptarse a las actuales tendencias delictivas a efecto de que éstas dispongan de mecanismos que faciliten el descubrimiento de la moderna actividad criminal y su comprobación. Vid. ZARAGOZA AGUADO, Javier, «Tratamiento penal y procesal de las organizaciones criminales en el Derecho penal

cientes al ámbito sustantivo penal, procesal (10), orgánico (11), de cooperación judicial (12) y colaboración policial entre los paí-

español...», cit., pp. 58-61. *Vid.* también, GRANADOS PÉREZ, Carlos, «Instrumentos procesales en la lucha contra el crimen organizado...», cit., pp. 74.

Hay que señalar que la incursión de este tipo de medidas hace más notoria una nueva tendencia que afecta a la fase preliminar del proceso penal: la excesiva «policialización» de la instrucción y el proceso penal. Cfr. GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, «Infiltración policial y agente encubierto», cit., p. 7.

(10) Cuando se trata de casos de delincuencia organizada, parece que –en las últimas décadas– el procedimiento penal torna como prioritaria su eficacia en la comprobación de las conductas delictivas llevadas a cabo por organizaciones criminales, mientras que el procedimiento en sí mismo y su evaluación desde una óptica distinta del criterio funcional, incluyendo la dimensión del Estado de derecho, cada vez más va pasando a segundo término. *Vid.* en este mismo sentido a HANS-JÖRG, Albrecht, «Criminalidad transnacional, comercio de narcóticos y lavado de dinero», Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del derecho, pp. 26 ss.

(11) En este sentido, se han creado órganos judiciales con competencia en los diversos territorios nacionales, Fiscalías Especiales, convenios de cooperación policial y asesoramiento para dar seguimiento a la delincuencia organizada especializada en el tráfico de drogas ilícitas (*vid.* CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, «La organización criminal. Tratamiento penal y procesal», cit., p. 77 y SÁNCHEZ TÓMAS, José Miguel, «Derecho de las drogas y las drogodependencias», pp. 235 ss.). En este sentido, y de forma progresiva, la legislación española se ha ido adecuando a estas nuevas necesidades organizativas. *Vid.* LOPJ [art. 65.1.d) y e) y 88]; artículo 11 de la LO 9/1984, de 26 de diciembre; Ley 5/1988, de 24 de marzo; el RD 495/1994, de 17 de marzo; RD 364/1997.

(12) Respecto a este rubro, con carácter general, es importante destacar que el elemento que determina la competencia judicial de cada estado en materia penal es el de la territorialidad. Así, el artículo 23. 1 de la LOPJ (Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial) señala que corresponderá a la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos en territorio español o cometidos a bordo de buques o aeronaves españolas. Así las cosas, para cualquier delito de tráfico de drogas perpetuado en territorio español, serán competentes los órganos judiciales españoles. No obstante, este principio general de territorialidad no es el único elemento de incumbencia sino que de forma suplementaria se instituye una competencia judicial extra territorial en determinados ilícitos cometidos por españoles en el extranjero –principio de nacionalidad o personalidad (art. 23.2 LOPJ)– y en ciertos delitos, con independencia de la nacionalidad del responsable –principio de justicia universal (art. 23.3 y 4 LOPJ)–. Entre los ilícitos a los que España junto con otros países otorga una competencia judicial universal, en el sentido de que es indiferente el país donde se hayan cometido o la nacionalidad de los responsables, se encuentra el de tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas [art. 23.4.f) LOPJ]. El principio de competencia judicial universal está dispuesto en el derecho comparado y en los tratados internacionales con el por el propósito de combatir la impunidad de conductas criminales consideradas de extrema gravedad. El concurra esta competencia judicial no significa que necesariamente gobierno español deba juzgar a los supuestos responsables que estén en sujetos a una investigación criminal por la comisión de estos delitos, pues puede optar también, ante previa solicitud de algún país a extraditarlo. La decisión de juzgarlo en los tribunales nacionales o

ses inmersos en la problemática (13). Con tales medidas se pretende incidir con mayor efectividad sobre los actuales modelos de

extraditarlo debe atender primordialmente al lugar donde estén establecidos los elementos de investigación que con mayor garantía favorezcan el enjuiciamiento. El órgano competente en el territorio nacional para el enjuiciamiento de los delitos de tráfico de drogas cometidos en el extranjero es la Audiencia Nacional. *Vid.* SÁNCHEZ LEGIDO, Ángel, «Jurisdicción universal penal y de derecho internacional», Tirant lo blanch, Valencia, 2004, p. 233; HÖPFEL, Frank, «Nuevas formas de cooperación internacional en materia penal», CGPJ, *CDJ* VII, Madrid, 2001, pp. 227 ss.; LÓPEZ BARAJA DE QUIROGA, Jacobo, «Posición de la Unión europea sobre el crimen organizado», en *La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*, cit., pp. 115 ss.

(13) Desde hace tiempo, es obligada la especialización policial a efecto de hacer un mejor frente a este tipo de criminalidad. El perfeccionamiento en las conductas de narcotráfico reclama mayor especialidad de los agentes policiales (*vid.* MARCHAL ESCALONA, Antonio Nicolás, «Drogas. Actuación policial. Problemas de investigación», en *Drogodependencia y Derecho*, CGPJ, *CDJ* núm. VIII, Madrid, 2003, pp. 214 ss.).

La comunidad internacional, consciente de tal situación, ha presentado iniciativas que buscan delinear un marco jurídico supranacional que garantice una respuesta legal homogénea de todos los países frente tal fenómeno criminal y ha pugnado por el fortalecimiento de los mecanismos de cooperación policial y judicial, así como por el desarrollo de nuevos medios de investigación criminal. Estas iniciativas se han producido principalmente en contexto de ONU y la Unión Europea. En el marco de la primera, destacan por su relevancia La Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas (Viena 1988) y la Conferencia Ministerial Mundial contra la Delincuencia Transnacional Organizada (Nápoles 1994). Dentro de Europa las aportaciones realizadas los Consejos Europeos de Roma (diciembre de 1990), Edimburgo (diciembre de 1992), Cannes (junio de 1995) y Madrid (diciembre de 1995). En términos generales, la normativa citada, da las pautas a seguir en cooperación policial y judicial, la que deberá realizarse a través de las organizaciones internacionales o regionales competentes, para prestar asistencia y apoyo a los Estados de tránsito y, particularmente, a las naciones en desarrollo que necesiten de tales refuerzos, por medio de programas de cooperación técnica para impedir la entrada y el tránsito ilícito y otras actividades conexas. Además, la normativa internacional faculta a los países para acordar, directamente o por vía de las instituciones encargadas de realizar estas tareas, la creación de mecanismos que faciliten el suministro recursos económicos a los Estados de tránsito con el propósito de dilatar y robustecer su infraestructura para el combate eficaz del Narcotráfico. También, la norma internacional permite la firma convenios bilaterales o multilaterales para aumentar la eficacia de la cooperación internacional contra el tráfico de drogas. En este sentido, véase entre otros. BLANCO CORDERO, Isidoro, «Principales instrumentos internacionales (de Naciones Unidas y la Unión Europea) relativos al crimen organizado: la definición de la participación en una organización criminal y problemas de aplicación de la Ley Penal en el espacio», en: *Criminalidad Organizada. Reunión de la sección nacional española preparatoria del XVI congreso de la AIDP en Budapest*, cit., pp. 17 ss., CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, «La organización criminal. Tratamiento penal y procesal», cit., p. 58; DELGADO MARTÍN, Joaquín, «La criminalidad organizada...», cit., pp 36 y 37; BLANCO CORDERO, Isidoro y Otros, «Análisis del pluralismo penal. Tendencias mundiales de la justicia criminal» en *Problemas criminológicos en las sociedades complejas*, Universidad pública de Nava-

crimen organizado, particularmente, el especializado en el tráfico de drogas (14).

Dentro de la realidad descrita, en donde los criminales organizados ignoran la amenaza de la pena –cada vez mayor e insuficiente–, uno de los mayores problemas que se presenta para los órganos de persecución penal es la comprobación de la autoría y participación de éstos en la comisión de actividades vinculadas con el narcotráfico u otro delito de delincuencia organizada, fundamentalmente, por la distancia y espacio temporal entre órganos de ejecución directa y el centro de decisiones (15). Con frecuencia, los órganos de persecución penal se tropiezan con problemas para obtener pruebas que les permi-

rra, Pamplona, 1999, pp. 9 ss.; DE MIGUEL BARTOLOMÉ, Ángel, «Actuaciones policiales en la lucha contra la criminalidad organizada», en *La criminalidad organizada ante la justicia*, cit., pp. 135 ss. También, *vid.* el tratado de Maastrich de 7 de febrero de 1992 crea una oficina europea de Policía y Convenio con *Europol* de 26 de julio de 1995, ratificado por España el 17 de 17 de 1998 (*BOE*, 28 de septiembre de 1998).

(14) Ya nadie pone en tela de juicio que la criminalidad organizada, entre ellas las del tráfico de drogas, desgasta la soberanía nacional y menoscaba nuestra concepción sistemática del derecho. Al igual que su combate incita a una especie de extensión de la competencia penal nacional y a la obligada cooperación entre sistemas penales materiales y procesales. *Vid.* BERNARDI, Alessandro, «El Derecho penal entre globalización y multiculturalismo», en *Derecho penal contemporáneo* (Revista penal) núm. 4, Legis, Bogotá, julio-septiembre de 2003, pp. 5 ss. Tampoco, el peligro de que su represión afecte a derechos fundamentales, primarios en un estado democrático y en la sociedad internacional. VERVAELE, J. A. E., «El embargo y la confiscación como consecuencia de los hechos punibles en el Derecho de los Estados Unidos», *AP*, núm. 14, 1999, pp. 291 ss.

(15) Los grupos de criminales organizados presentan a la justicia el problema de determinar la autoría y participación en los hechos concretos que ejecutan (*vid.* FELLINI, Zulita, «Perspectivas dogmáticas frente a la criminalidad organizada», en: *Dogmática y Ley Penal*, libro homenaje a Enrique Bacigalupo, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 256 ss.). Desde la perspectiva penal buscar soluciones concertadas respecto a criterios de autoría y participación en materia de delincuencia organizada no es una tarea sencilla. Es un hecho conocido que las categorías jurídicas no fueron pensadas para resolver este tipo de planteamientos. Mientras tanto, en la práctica la solución se discurre por influencia de intereses políticos relevantes o por interpretaciones de tratados internacionales. Lamentablemente, es común la presencia de configuraciones penales que, inspiradas en criterios de eficacia, rompen con las reglas generales que rigen nuestra materia. En los delitos de tráfico de drogas es fácil comprobar que bajo el argumento de que es necesaria –e inevitable– la intervención represiva, el ultraje a categorías penales esenciales para la teoría del delito (diferencia entre autoría y complicidad, entre complicidad y conducta irrelevante, entre tentativa y consumación, imposibilidad de tentativa en delitos de simple actividad). Cfr., QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *A donde va el Derecho Penal. Reflexiones sobre los legisladores y penalistas españoles*, Thomson Civitas, Madrid, 2004, p. 86.

tan llegar hasta ese centro de poder, hasta el «hombre de atrás» (16). Frente a tales circunstancias, el legislador español ha dispuesto medios de investigación (17) que posibilitan el acceso a la estructura organizativa de estos clanes criminales y la obtención de evidencia para su desarticulación y captura (18); es decir, la técnica de investigación criminal relativa a la entrega vigilada y el agente encubierto.

(16) Cfr., CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, «La organización criminal. Tratamiento penal y procesal», cit., p. 57. Parece que resultaría equivocado pensar que se puede enfrentar a la moderna narcocriminalidad (caracterizada por su alto nivel organizativo) utilizándose –para su investigación– las mismas técnicas policiales y de instrucción que se emplean para los delitos comunes (hurto, amenazas, etc.). Esta manifestación criminógena, hace necesaria la implementación de otro tipo de tácticas para poder descubrir y perseguir a este tipo de criminalidad. Es decir, para combatir con eficacia a delincuencia organizada se requiere privilegiar la utilización de controvertidas técnicas de investigación policial que garanticen el éxito en la persecución de éste tipo de delitos. La política criminal que ampara la entrega vigilada, el agente encubierto, el arrepentido, el agente provocador y de más técnicas de investigación, lo que realmente pretende, es que sus dispositivos permitan investigar eficazmente a las organizaciones de delincuencia organizada (*vid.* EDWARDS, Carlos Enrique, «El Arrepentido, en Agente Encubierto y la Entrega Vigilada. Modificación a la Ley de Estupefacientes. Análisis de la ley 24.424», Edit. Ad-hoc, S. L. R., Buenos Aires, 1996, pp. 15 ss.). Aunque con ello se pueda rozar los límites de constitucionalidad, RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo, «El agente encubierto y la entrega vigilada», en *Criminalidad Organizada. Reunión de la Sección Nacional Española preparatoria del XVI Congreso de la AIDP en Budapest*, Almagro, mayo de 1999, pp. 107 ss.

(17) Cuando nos referimos a medios de investigación, aludimos a aquellas actuaciones que se llevan a cabo tanto en la fase preprocesal o de investigación de los delitos como en la fase sumarial –por el Juez de instrucción, el Ministerio Fiscal o la Policía Judicial–, encaminadas al esclarecimiento de hechos presuntamente delictivos, así como al descubrimiento de los presuntos responsables de la comisión de estos ilícitos. Técnicas de averiguación que dentro del ámbito del proceso penal deben ser diferenciadas de los actos de prueba, los que generalmente tienen lugar en la fase del plenario o juicio oral. Cfr., ALONSO PÉREZ, Francisco, «Medios de investigación en el proceso penal...», cit., p. 25.

(18) Junto con estas técnicas de investigación podemos añadir otras de nuevo cuño que también merecen una valoración especial, pero que en esta ocasión únicamente nos limitaremos a señalarlas: *a)* La observación policial prolongada de la actividad de las personas sospechosas de integrar alguna organización delictiva (la *Auss.chreibung zur polizeilichen Beobachtung* del §163e de la *Strafprozeßordnung* alemana (StPO) es un ejemplo de regulación legal de esta actividad); *b)* La utilización de las diferentes técnicas del tratamiento automatizado de datos, especialmente el cruce y la comparación de informaciones recogidas en diversos bancos de datos (se trata de la *Rasterfahndung* de los § 98a y 98b de la StPO alemana, y del *Datenabgleich* del § 98c del mismo texto legal); *c)* El empleo de diversas técnicas de captación y reproducción de la imagen y el sonido, que permitan acceder al contenido de actividades y conversaciones de sujetos sospechosos de integrar una organización delictiva que se desarrollan incluso en ámbitos privados (conocido como *Lauschangriff* por la doctrina y por la opinión pública alemanas, y regulado en los § 100c a 100f de la StPO– regulación que exigió, a su vez, la reforma del art. 13 de

2. LA CIRCULACIÓN Y ENTREGA VIGILADA EN MATERIA DE DROGAS, ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS PROHIBIDAS

A) Regulación jurídica y concepto

La circulación y entrega vigilada es una práctica que desde hace tiempo ha sido regulada en varios países como una herramienta más en la lucha contra la criminalidad asociativa (19). Su incursión en el

la Constitución Federal–). Cfr., GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, «Infiltración policial y agente encubierto», cit., p. 5.

(19) Este medio excepcional de investigación, que se apoya en criterios de oportunidad, lo encontramos regulado en la legislación de otros países del entorno: En Italia, el 9 de octubre de 1990, se publica dentro de la legislación llamada de emergencia, el decreto *del presidente della repubblica* núm. 309, *Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relati stati di toss.ico dipendenza*. Su artículo 98 dispone que: «1. La autoridad judicial puede, con decreto fundamentado, retrasar la emisión o disponer que sea retrasada la ejecución preventiva de captura (CPP 285), arresto (CPP 380) o secuestro (CPP 253, 316 y 321) cuando sea necesario adquirir relevantes elementos probatorios o bien por la individualización o la aprehensión de los responsables de los crímenes, artículos 73 y 74. En Francia, el artículo 67 bis del *Code des Douanes* (decreto núm. 48/1985 de 8 de diciembre, dispone en su primer párrafo que: «A fin de constatar las infracciones aduaneras de importación, exportación o detentación de sustancias o plantas, clasificadas como estupefacentes, de identificar a los autores y cómplices de estas infracciones, así como a los que han participado en ellas como interesados, en el sentido del artículo 399 y efectuar las intervenciones previstas en el presente Código, los agentes de aduanas habilitados por el ministro encargado de las aduanas, en las condiciones fijadas por decreto, pueden, después de haber informado al procurador de la república y bajo su control, proceder a la vigilancia del «encaminamiento» de estas sustancias o plantas». La regulación del recurso de entrega vigilada de drogas, se completa en el derecho francés con el artículo 627.7 del *Code de la Santé publique*, estableciendo una preceptiva previsor, que satisface las previsiones de los acuerdos internacionales relacionados con la figura. En Portugal, de igual forma han admitido la institución, como se desprende del contenido del artículo 61 del decreto ley 15/1993, de 22 de enero: «1. podrán ser autorizadas, caso por caso, por el Ministerio Público las actuaciones de la policía judicial sobre los portadores de sustancias estupefacentes o psicotrópicas en tránsito por Portugal, con la finalidad de proporcionar en colaboración con el país o países destinatarios u otros eventuales países de tránsito, la identificación e incriminación del mayor número de participantes en operaciones de tráfico y distribución, sin perjuicio del ejercicio de la acción penal por los hechos respecto de los que la legislación portuguesa es aplicable». Aunque hoy en día, países como Bélgica o Suiza no la tengan contemplada en su normativa interna, por no haberla codificado de manera concreta, la permiten sin mucha dificultad por el recurso expedito de su apego a la legislación internacional. Cfr. SEQUEROS SAZARTORNIL, «El Tráfico de Drogas ante el Ordenamiento Jurídico», cit., pp. 695 ss. *Vid.* Memoria de la Fiscalía Especial para la prevención y represión del tráfico ilegal de drogas, año 1991, pp. 75 ss.; REY HUIDOBRO, Luis Fernando, «La entrega vigilada de drogas. El artículo 263 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal», cit., p. 190

ordenamiento español se hizo mediante LO 8/92, de 23 de diciembre (20), a través de su inserción en el artículo 263 bis de la LECrim (21), sin otro propósito que el de hacer frente a los delitos de tráfico de drogas (22). En un segundo momento, mediante LO 5/1999

(20) Con la introducción de citada Ley, se vino a rellenar uno de los vacíos legales que existía en el combate contra tráfico ilícito de sustancias prohibidas, ya que era –desde ese entonces– una práctica común de las autoridades nacionales pero no contaba con regulación jurídica. Cfr., ALONSO PÉREZ, FRANCISCO, «Medios de investigación en el proceso penal...», cit., p. 534. Véase comentarios al respecto de QUERALT JIMÉNEZ, JOAN JOSEPH, «La reforma penal y procesal en materia de tráfico de drogas (notas a la LO 8/1992, de 23 de diciembre [RCL 1992, 2753])», *AJA*, núm. 96, 8 de abril de 1993, pp. 1 ss.; FABIÁN CAPARRÓS, EDUARDO A. «Consideraciones de urgencia sobre la Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciembre, de modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de tráfico de drogas», en: *ADPCP*, tomo 46, fasc/mes 2, 1993, pp. 597 ss.

(21) El legislador español se ha preocupado por elaborar detalladamente los tipos penales que cubran todas las modalidades delictivas que puedan incurrir en el tráfico de drogas, esa dedicación, con mayor o menor fortuna, la ha dispuesto también para diseñar –dentro del ordenamiento procesal– dispositivos (entrega vigilada, agente encubierto, arrepentido, protección de testigos y peritos) que faciliten el éxito en las investigaciones de criminalidad organizada, particularmente, la orientada al narcotráfico. No es suficiente con tipificar un comportamiento como ilícito, sino que también es menester que el sistema penal esté en condiciones de descubrir y castigar. *Vid.* CARMONA SALGADO, CONCEPCIÓN, «La circulación y entrega vigilada de drogas y el agente encubierto», cit., p. 166.

En otro sentido, algunos autores opinan que la ubicación sistemática de la figura –de la circulación y entrega vigilada– dentro del ordenamiento jurídico no es la adecuada, que lo mejor hubiera sido unirla al artículo 579 LECrim, concerniente a la intervención postal, ya que su única relación con la denuncia se concentra en incorporar una específica exención de la obligación de denunciar los delitos que corresponde a los órganos encargados de la persecución penal (art. 262 LECrim), mientras que el artículo 408 CP sanciona, en particular, a la autoridad o funcionario que faltando a la obligación de su encargo dejare intencionalmente de promover la persecución de los mismos. *Vid.* GIMENO SENDRA, VICENTE, «Aspectos procesales y constitucionales más relevantes en los delitos relativos a drogas tóxicas y estupefacientes», en: *Delitos contra la salud pública y contrabando*, cit., pp. 175-201.

(22) El primer antecedente vinculante de la circulación y entrega vigilada con norma española lo encontramos en el Convenio de Schengen de 14 junio 1985, que en su artículo 73 dispone:

«1. De conformidad con su constitución y su ordenamiento jurídico nacional, las Partes contratantes se comprometen a tomar medidas que permitan las entregas vigiladas en el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas. 2. La decisión de recurrir a entregas vigiladas se adoptará en cada caso basándose en una autorización previa de cada Parte Contratante afectada. 3. Cada Parte Contratante conservará la dirección y el control de las actuaciones en su territorio y está autorizada a intervenir». No obstante, la figura es incluida en la legislación nacional atendiendo al compromiso asumido por el gobierno español al signar la Convención de Viena contra el tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas (1988), en la que junto con los demás países firmantes se obliga a incluir dentro de su legislación

de 13 de enero, se realizan una serie de adaptaciones técnicas a la figura para que pueda ser utilizada también contra otras actividades criminales además de las vinculadas con la difusión ilícita de estupefacientes y sustancias psicotrópicas (23). Seguramente, la extensión en el manejo de esta técnica de investigación obedeció a que el Estado pretendía aprovechar las bondades que –aparentemente– se le atribuyen a la medida (24).

La práctica de investigación policial de circulación y entrega vigilada, aplicada en materia de estupefacientes, consiste en permitir que remesas ilícitas o sospechosas de estupefacientes, sustancias psicotrópicas, precursores o en su defecto sustancias que hayan sido sustituida por éstas, circulen fuera del territorio de uno o más países, los atraviesen o entren en él con autorización y vigilancia de las autoridades competentes con el propósito de identificar a los sujetos involucrados en la comisión de dicho tráfico ilícito (25). Su manejo presupone un

interna este medio de investigación. Cfr. SEQUEROS SAZARTORNIL, *El tráfico de drogas ante el Ordenamiento Jurídico*, editorial la Ley, S. A., Madrid, España, 2000, p. 692. Vid. También: GRANADOS PÉREZ, Carlos, «Instrumentos procesales en la lucha contra el crimen organizado...», cit., pp. 73 ss.; CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, «La organización criminal. Tratamiento penal y procesal», cit., p. 58; DELGADO MARTÍN, Joaquín, «La criminalidad organizada...», cit., pp. 135-136; REY HUIDOBRO, Luis Fernando, «El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales», cit., pp. 343-347.

(23) En su Exposición de Motivos la LO 5/1999 reconoce como necesario actualizar las técnicas de investigación policial para hacer un mejor combate a la criminalidad organizada ante la evidencia de la insuficiencia de los medios tradicionales frente al *modus operandi* de las modernas organizaciones criminales. La esencia de esta norma en sí, es intentar aminorar –rozando incluso los límites de la constitucionalidad– la insuficiencia demostrada por parte de los medios de investigación tradicionales en combate contra la delincuencia organizada (esencialmente, pero no de forma exclusiva, en el ámbito del tráfico ilegal de sustancias estupefacientes). Vid. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo, «La entrega vigilada y el agente encubierto», *AJA*, núm. 380, Marzo 1999, pp. 1-6.

(24) Es reducido el espacio de operación al que se puede extender este tipo de técnica, es decir, no se pueden ampliar de forma indiscriminada los ámbitos de actuación de éste medio de investigación –que se supone excepcional–, ya que por sus propias características es una contravención a los principios de proporcionalidad y subsidiariedad en que se fundamentan este tipo de mecanismos de investigación (la gravedad del delito y la imposibilidad de utilizar otros medios de investigación), principios que son plenamente reconocidos bajo los términos «importancia del delito» y «necesidad a los fines de investigación» a los que se refiere el párrafo primero del artículo 263 bis. Vid. ZARAGOZA AGUADO, Javier, «Tratamiento penal y procesal de las organizaciones criminales...», cit., p. 101.

(25) Cfr. artículo 11 de la Convención de Viena contra el tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas (1988). Vid. Igualmente, entre otros a Joaquín, «La criminalidad organizada...», cit., p. 139; EDWARDS, Carlos Enrique, «El arrepentido, el agente encubierto y la entrega vigilada...», cit., pp. 107 ss.; CHOCLÁN

hecho delictivo previo de tráfico ilícito que ha concurrido, o que se está llevando a cabo, en otro territorio o país susceptible de ser perseguido y enjuiciado por la jurisdicción española y del que las autoridades encargadas tienen conocimiento, pero éstas, lejos de interrumpir su ejecución, permiten el desplazamiento de tales mercancías prohibidas bajo su vigilancia y control hasta el Estado de destino, con el fin de identificar, descubrir y detener a los sujetos que, en concierto con los encargados de su envío, están comprometidos para su recepción y ulterior colocación en el mercado (26). Es decir, mediante esta técnica excepcional de investigación el ilícito es conocido pero no impedido, con el propósito de obtener pruebas de la participación en el mismo de determinados integrantes de la organización criminal (27).

La puesta en marcha de este mecanismo de investigación no tiene como función la averiguación de un delito –ya que el delito constituye su presupuesto– sino la pesquisa de pruebas para imputar a sus partícipes (28). Por tal motivo, la circulación y entrega controlada difiere sustancialmente de las actividades policiales de seguimiento simple, orientadas sólo a la constatación de las sospechas de un delito y a la detención, en su caso, de los responsables (29).

MONTALVO, José Antonio, «La organización criminal. Tratamiento penal y procesal», cit., p. 57 ss.; MONTOYA, Mario Daniel, «Informantes y técnicas de investigación encubiertas. Análisis Constitucional y Procesal Penal», *ad. hoc.* Buenos Aires, 1998, p. 237.

(26) Aquí cabe señalar que los destinatarios y, en su caso los remitentes, de los citados paquetes suelen ser de tres tipos: falsos por ser inexistentes, bien miembros de baja jerarquía dentro de la organización criminal, bien personas desvinculadas que, a cambio de una compensación económica, aceptan pasar destinatarios-remitentes, e incluso ir a recoger la remesa. Por lo que es difícil que mediante esta técnica se pueda detener –por lo menos en un primer momento– a los jefes de la organización criminal que trafica con las sustancias que contienen tales envíos. Junto con lo anterior, hay que tomar en cuenta que el sólo hecho de que una persona aparezca como destinataria de una remesa o acuda a recoger el paquete, no siempre constituye prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, ya que puede alegar –en determinado momento– que desconocía el contenido del envío, por lo que su probable culpabilidad quedaría sometida a la prueba de indicios. *Vid.* VEGA TORRÉS, Jaime, «Detención y apertura de paquetes postales. Especial consideración de la apertura de paquetes en el marco de la entrega vigilada», en *TJ*, núm. 8-9, agosto-septiembre, 1997, pp. 860 y 861.

(27) *Vid.* DELGADO MARTÍN, Joaquín, «La criminalidad organizada...», cit., p. 140; MONTOYA, Mario Daniel, «Informantes y técnicas de investigación encubiertas. Análisis Constitucional y Procesal Penal», cit., p. 238.

(28) GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, Marta, «Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación», cit., p. 286.

(29) La circulación vigilada no incide sobre un envío ilícitamente sospechoso, sino que necesita de la confirmación absoluta de la naturaleza ilícita de la sustancia oculta en su interior. Es decir, la transformación de las sospechas racionales en certe-

B) Órganos legitimados para autorizar la medida

A partir de lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (art. 263 bis apartado 1), el Juez de Instrucción competente, el Ministerio Fiscal y los Jefes de Unidades Orgánicas (centrales o provinciales), incluyendo sus mandos superiores, son los entes competentes para acordar la circulación y entrega vigilada (30). El mencionado precepto indica quiénes están facultados para acordar la entrega vigilada (31), mas no aclara cuando debe efectuarse dentro de una instrucción judicial o en el seno de una investigación del ministerio fiscal, o bien dentro de una investigación preliminar de la policía judicial; tampoco especifica en cuales casos deben otorgar su autorización cada una de esas autoridades (32).

zas conforma un elemento integrador, a la par que el punto de partida en el avance material de las operaciones de circulación y entrega vigilada. Cfr., GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, Marta, «Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación», cit., p. 286.

(30) Vid. CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, «La organización criminal. Tratamiento penal y procesal», cit., pp. 58 ss.

(31) El apartado 1 del artículo 263 bis LECrim, mediante una simple enumeración, dicta en principio una triple e indistinta competencia para autorizar una entrega vigilada. Este esquema competencial tripartito de la Ley Procesal Penal coincide, plenamente, con la legislación portuguesa su artículo 61.3 del Decreto Ley 15/1993, de 22 de enero (vid. *Régimen jurídico estupefacientes e substancias psicotrópicas*). Asimismo, localizamos una simetría parcial entre la regulación española respecto de la italiana y francesa. Respecto de la primera, el artículo 98 del Decreto del Presidente de la República 309/1990, de 9 de octubre, en sus apartados 1 y 2, otorga competencias para disponer una circulación controlada al Órgano Judicial y a las Unidades Especiales Antidroga de la Policía Judicial (vid. *Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relative stati di tossicodipendenza*). Por lo que toca a Francia, se requiere autorización del Procurador de la República o de la Autoridad Judicial, requisito que erige, dentro de su normativa, en el artículo 627.7 del Código de Salud Pública, tras la modificación operada por la Ley 91/1264, de 19 de diciembre y artículo 706/80 de la reciente Ley núm. 204-2004, de 9 de marzo (vid. *Loi du 19 décembre 1991 sur la surveillance de l'acheminement des substances ou plantes casées comme stupéfiants et sur les livraisons contrôles des mêmes substances*, así como *Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*). Legislaciones como la Argentina reservan a favor de los órganos jurisdiccionales la competencia exclusiva para acordar operaciones de circulación y entrega vigilada, requisito que, dentro de su ordenamiento jurídico, lo encontramos el artículo 11 de la Ley 24.072 de 1992. (Ley de modificación de la Ley 23.737 de estupefacientes). Cfr., GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, Marta, «Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación», cit., p. 312.

(32) Para solventar estas dudas –como indica DELGADO MARTÍN, Joaquín, «La criminalidad organizada...», cit., p. 155– debemos remitirnos a las normas generales reguladoras de la instrucción, identificando y diferenciando los casos en los que existe un proceso judicial abierto frente aquellos otros en los que no lo hay. Comprendemos, por una parte, que cuando exista procedimiento judicial abierto el único auto-

Por otro lado, destaca el hecho de que se faculte a órganos ajenos al poder judicial –absolutamente independientes entre sí y que frecuentemente demuestran distintos criterios frente a una misma cuestión– para autorizar dicha prevención. Esta circunstancia ha generado fuertes críticas al interpretarse que únicamente el Juzgador debería estar facultado para acoger la institución (33). Respecto a este punto, consideramos equivocado que se permita a los Jefes de Unidades Orgánicas (centrales o provinciales) o a sus mandos superiores a autorizar este tipo de operaciones ya que al tratarse de una delicada manipulación del control judicial, en ciertos casos, podría propiciar alguna conducta ilícita por parte de tales autoridades (34).

rizado para otorgar la medida será el Juez de Instrucción competente en todos aquellos asuntos que sean competencia de la Audiencia Nacional (65 LOPJ). Por otra, que si la norma jurídica –art. 5 del Estatuto Orgánico del Poder Judicial y art. 773.2 de la LECrim– autoriza al Ministerio Fiscal –dentro de sus investigaciones y antes de iniciar un proceso– para que actúe en el esclarecimiento de hechos que aparezcan expuestos en una denuncia o en un atestado policial y a su vez para que éste –en determinado momento– pueda ordenar a la Policía Judicial que ejecute diligencias que considere pertinentes para la clarificación de tales hechos, v. g., actuaciones de circulación y entrega vigilada; amén de que la nueva redacción del artículo 263 bis apartado 1 LECrim ya le conceda explícitamente tal atribución. Por último, sólo queda por especificar que, sólo en casos excepcionales –que por razones de urgencia impidan recabar la autorización del Juez o Ministerio Fiscal– la autoridad policial debería autorizar la medida (*vid.* comentarios en este sentido de REY HUIDOBRO, Luis Fernando, «La entrega vigilada de drogas. El artículo 263 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal», en *Revista del Ministerio Fiscal*, núm. 2, julio-diciembre 1995, p. 196).

(33) Véase entre otros: CARMONA SALGADO, Concepción, «La circulación y entrega vigilada de drogas y el agente encubierto», *cit.*, p. 171; GINARTE CABADA, Gumersindo, «La circulación o entrega vigilada de drogas», *CPC*, núm. 55, 1995, pp. 13 ss.; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo, «El agente encubierto y la entrega vigilada», en *Criminalidad Organizada. Reunión de la Sección Nacional Española...*, *cit.*, p. 120; PAZ RUBIO, José María y otros, «La prueba en el proceso penal: su práctica ante los tribunales», *Colex*, Madrid, 1999, pp. 321 y 322. Ahora bien, dicha posibilidad –de que los mandos policiales autoricen la entrega vigilada– debe interpretarse en relación con los restantes preceptos reguladores de la actividad de la Policía Judicial dentro de la instrucción, esto es: los jefes de policía solamente podrán autorizar la *entrega vigilada* en aquellos supuestos en que la demora –en el procedimiento de autorización judicial– supondría el éxito de la operación; en otro caso, deberá de informar al Juez competente. Cfr. DELGADO MARTÍN, Joaquín, «La criminalidad organizada...», *cit.*, p. 157. Como afirma REY HUIDOBRO, Luis Fernando, «La entrega vigilada de drogas. El artículo 263 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal», *cit.*, p. 198. La autorización por parte de la Autoridad Administrativa Policial en estos casos debería haber quedado reducida a aquellos excepcionales supuestos en los que hubiesen descendido los márgenes de seguridad sensiblemente, se presentase un cambio imprevisto de itinerario, o cualquier otra circunstancia excepcional que complicase –en gran medida– la aprehensión de las sustancias y la captura de los responsables sino se verificase con prontitud la intervención.

(34) Con relación a lo señalado, se puede mencionar un problema de tipo práctico pero con delicadas importantes repercusiones, esto es, ni el artículo 263 bis LECrim

A pesar de existir en la LO 5/1999 el requisito legal que obliga tanto a los Jefes de Unidades Orgánicas (centrales o provinciales) como a sus mandos superiores a enterar de forma inmediata al Ministerio Fiscal o al Juez de Instrucción competente (en los casos en que existiese procedimiento judicial abierto, art. 263 bis.3) acerca de aquellas autorizaciones que hubiesen otorgado. La cláusula en cuestión no impide que se pueda emitir una autorización que carezca de algún requisito formal previsto en la Ley independientemente de que con posterioridad fuese notificada al órgano judicial o ministerial competente, eventualidad, que provocaría la nulidad de medida (35). El no establecer un procedimiento a seguir para este tipo de incidentes para algún autor es, según Carmona Salgado (36), el más grave error legislativo en el que se incurrió cuando se elaboró la nueva redacción del artículo 263 bis LECrim (37).

Llama igualmente la atención en este artículo el hecho que sólo al Juez se obligue a llevar un registro especial de las resoluciones que autoricen una entrega vigilada, registro que custodiará el Juez Decano

ni ningún otro artículo de la norma procesal regulan de donde saldría la sustancia objeto de entrega, ni la existencia de un registro o un sistema de control, por lo que se crean enormes peligros de comisión de irregularidades por parte de una policía que puede no estar sometida a la efectiva autorización de la autoridad judicial. DELGADO MARTÍN, Joaquín, «La criminalidad organizada...», cit., pp. 142 y 143 y QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep, «Recientes novedades legislativas en materia de lucha contra la delincuencia organizada: LO 5/1999 de 14 de enero» en: *Criminalidad Organizada. Reunión de la Sección Nacional Española preparatoria del XVI Congreso de la AIDP en Budapest*, Almagro, mayo de 1999, p. 133; PAZ RUBIO José María y otros, «La prueba en el proceso penal: su práctica ante los tribunales», cit., pp. 321 y 322.

(35) Como indica QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep, «Recientes novedades legislativas en materia de lucha contra la delincuencia organizada: LO 5/1999 de 14 de enero» cit. pp. 131 y 132, el operar con este tipo de mecanismos puede entenderse como una simple «operación administrativa al margen de la legalidad procesal» pues deja de lado la obligación que prevé la norma de comunicación inmediata al Juez o Ministerio Fiscal de las diligencias que hubiera practicado (art. 295 LECrim). Ello constituye –como señala indica CARMONA SALGADO, Concepción, «La circulación y entrega vigilada de drogas y el agente encubierto...», cit. p. 171– una manipulación ajena al control judicial. Por otro lado, sin que sirva para resolver el problema planteado, la obligación que marca la norma (art. 263 bis, 3 II) de que los Jefes de las Unidades Orgánicas de la Policía Judicial informen de inmediato al Ministerio Fiscal respecto de la adopción de la medida, ya que el citado órgano como parte acusadora, es al mismo tiempo parte procesal, y no es garante originario de ningún derecho.

(36) CARMONA SALGADO, Concepción, «La circulación y entrega vigilada de drogas y el agente encubierto...», cit. p. 172.

(37) Hay criterios que estiman que el precepto que regula la circulación y entrega vigilada es discutible a la vista de las reglas que configuran el derecho a la presunción de inocencia. Por permitir –o considerar– válida la apertura realizada por autorización, no del Juez o del Fiscal, sino del Jefe de una Unidad Orgánica de la Policía Judicial. Cfr. STS de 23 de mayo de 1996, Pn. José Augusto de Vega Ruiz (RJ 4556).

del partido judicial correspondiente. Lo anterior, por el contrario, no es exigido a las autoridades orgánicas de la Policía Judicial, a sus superiores administrativos, ni al Ministerio Fiscal. Es decir, sus resoluciones no constan en registro alguno, excepto –como cabe suponer– en sus propias actuaciones. Como bien ha señalado Queralt: «esta distinción de régimen de control de la decisión estableciendo mayores cautelas sobre el controlador que sobre los controladores y operativos no deja de ser sorprendente» (38).

No obstante, el precepto que reglamenta la figura de la entrega vigilada no resuelve el conflicto –que puede presentarse en la práctica– sobre quien es el Juez de instrucción que debe de instruir la causa, si debe ser quien primero tiene conocimiento del tráfico ilícito de las sustancias tóxicas y que ya ha iniciado las respectivas diligencias penales, o el quien está domiciliado en el partido judicial donde se hará la apertura del paquete y la recepción de los detenidos. Con respecto a esta cuestión, algunos interpretan que la Ley de Enjuiciamiento criminal (art. 18.2) determina que será competente para actuar en este tipo de causas criminales quien realizó la primera actuación. Sin embargo hay quienes opinan que debería ser el juez que ejerce jurisdicción dentro del partido en donde se abrió el envío postal (39). Para resolver este asunto de competencia, valdría la pena considerar lo previsto en el artículo 14.2 LECrim, el cual dispone que será competente «para la instrucción de las causas, el Juez de Instrucción del Partido en el que el delito se hubiere cometido y el Juez Central de Instrucción respecto de los delitos que la Ley determine».

Una vez descrito de forma general el ámbito competencial de las tres autoridades facultadas por la norma jurídica para disponer la práctica de una circulación y entrega vigilada, queda por precisar algunos aspectos relativos a las funciones que se les confieren en la esfera de las circulaciones controladas transfronterizas, es decir, dentro de aquellas en las que intervienen dos o más Estados (40). En este sentido, la norma procesal

(38) QUERALT JIMÉNEZ, Josep, «Recientes novedades legislativas en materia de lucha contra la delincuencia organizada: LO 5/1999 de 14 de enero», en *Criminalidad Organizada. Reunión de la sección nacional...*, cit., pp. 127-133.

(39) DELGADO MARTÍN, Joaquín, «La criminalidad organizada...», cit., p. 168. Recuérdese que cuando la norma procesal establece los criterios para adscribir territorialmente en conocimiento de un proceso a un órgano judicial determinado entre los varios objetiva y funcionalmente, utiliza de forma preferente y exclusiva el lugar donde su hubiera realizado la acción penal. MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés, «Competencia: competencia funcional», en *Jurisdicción y competencia penal, CDJ, CGPJ*, Madrid, 1996, p. 199.

(40) La entrega vigilada internacional se da cuando en la operación aparecen involucrados los poderes punitivos de dos o más Estados. La figura cada vez aparece con más frecuencia debido al fenómeno de la internacionalización de la delincuencia organizada, favorecida por el proceso de liberación del comercio a nivel mundial y por el vertiginoso desarrollo de las comunicaciones. JIMÉNEZ VILLAREJO, Carlos,

–art. 263 bis 3 LECrim– prescribe que ésta se adecuará a lo dispuesto en los Tratados Internacionales (41). En condescendencia con el Convenio de Schengen (art. 73 apartado 2 y 3) y el Convenio de Asistencia Judicial en Materia Penal (art. 12), para que sea posible una circulación controlada a nivel internacional (42) es necesaria la previa autorización de las Autoridades del Estado de procedencia de la sustancia ilícita interceptada, del Estado a donde llegará el envío que la contiene (43) y del Estado –o grupo de Estados– por el que ha de circular (44).

«Transnacionalización de la delincuencia y persecución penal», en *Crisis del sistema político, criminalización de la vida pública e independencia judicial*, Perfecto Andrés Ibáñez (dir.), *EDJ, CGPJ*, Madrid, 1998, pp. 66 ss.

(41) El marco de operación de la circulación y entrega vigilada a este nivel es diferente, aquí se circunscribe básicamente a los envíos de paquetes postales previamente abiertos en el Estado de origen o tránsito, tanto en los supuestos de paquetes con etiqueta verde –para los que la normativa internacional en materia postal admite la apertura de oficio por las autoridades de correos sin que sea necesaria la intervención del destinatario– como para el resto de los envíos postales. Por otra parte, cabe señalar que la apertura de los paquetes portales cuando se realice en el extranjero deberá ajustarse al régimen jurídico del país en que se abrió de forma que no se considerará quebrantado el secreto de las comunicaciones –y por ende no podrá declararse la ilicitud de la prueba– cuando la Autoridad del país que consintió la apertura y el tránsito vigilado del paquete se encuentre legitimada por su propia Ley para tomar tales medidas (*vid.* ZARAGOZA AGUADO, Javier, «Tratamiento penal y procesal de las organizaciones criminales...», cit., comentario al pie [37], p. 102.). También, por otra parte, que en los supuestos de circulación y entrega vigilada internacional la finalidad puede ser doble: primera, en relación con una investigación que esté llevando a cabo la policía española para poner al descubierto –o identificar– a las personas implicadas en la ejecución de un ilícito vinculado con las drogas –sustancias, equipos, materiales, bienes y ganancias– objeto de vigilancia; segunda, que se esté prestando auxilio a la policía de otro Estado que esté realizando alguna investigación relacionada con las sustancias vigiladas. Cfr. ALONSO PÉREZ, Francisco, «Medios de investigación en el proceso penal...», cit., pp. 538 y 539.

(42) Existen dos tipos de entregas vigiladas internacionales: la directa y la de tránsito, en la primera, sólo hay dos Estados envueltos en la operación de transferencia del estupefaciente, uno el del lugar de partida, el otro el del punto de destino final de la droga; la segunda está determinada por la intervención de al menos tres Estados, de los cuales uno se encuentra interesado sólo en el tránsito de la sustancia ilícita sobre su propio territorio. Cfr. MONTROYA, Mario Daniel, «Informantes y técnicas de investigación encubiertas. Análisis Constitucional y Procesal Penal», cit., p. 239.

(43) La legislación española no es la que debe tenerse en para valorar cómo se aprehende una sustancia estupefaciente en un Estado extranjero. Son las normas internas de este país extranjero, procesales o administrativas, las que estipulan qué autoridades o funcionarios han de participar en esa clase de operaciones y cuál ha de ser el procedimiento a seguir. Esto como una consecuencia más del principio de territorialidad que rige en cuanto a la determinación de las competencias internas entre los diferentes órganos de un Estado y en cuanto a los procedimientos a seguir. *Vid.* STS de abril de 2003, Pn. Joaquín Delgado García (RJ 3852).

(44) MORENO CATENA, Víctor; CASTILLEJO MANZANARES, Raquel *La persecución de los delitos en el convenio de Schengen*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999, pp. 115 ss.

Cuando la autorización proviene de las Autoridades españolas a efecto del lugar que desempeñen en la operación, han de tomarse en cuenta las reglas de atribución y distribución de la competencia entre el Juez de Instrucción, el Ministerio Fiscal y los mandos policiales, quienes en casos de circulaciones vigiladas transfronterizas, limitan su competencia a actividades comunicación formal con las fuerzas policiales extranjeras y de ejecución material de la diligencia. Ultimada la diligencia de entrega vigilada, y por tratarse de comportamientos ilícitos incluidos dentro de los delitos de peligro abstracto, cada uno de los Estados en los que ha sobrevenido alguna de las acciones que componen la operación asume jurisdicción, esto en orden al enjuiciamiento de los acontecimientos materia de investigación. Debido a lo anterior, la persona detenida en el territorio de un país queda sometida a su poder punitivo (art. 23 LOPJ) sin que en ningún supuesto –en virtud del *non bis in idem*– pueda volver a ser procesada por los Tribunales de ese Estado o extraditada a otro país por los mismos sucesos delictivos.

Antes de cerrar este aspecto, cabe resaltar que más allá de los órganos autorizantes y ejecutores de la medida (Juez, Ministerio Fiscal y cuerpos policiales), el artículo 263 bis LECrim no hace mención alguna sobre la posición pasiva de la operación de circulación y entrega vigilada, es decir, quiénes son las personas sobre las que puede recaer esta medida. Pero se deduce que serán aquellas sobre quienes ya existan indicios de culpabilidad por comportamientos relacionados al tráfico ilegal con determinados objetos, quienes serán identificadas en todo momento, con la finalidad de no hacer de este medio excepcional de investigación una búsqueda inquisitorial contra la delincuencia asociativa (45).

C) Objeto sobre el que recae la medida

Como lo prevé la Ley de Enjuiciamiento criminal (art. 263 bis), el objeto de esta resolución lo constituye la vigilancia de «drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas» (46), así como los agregados por la LO 5/1999: a) precursores químicos (contemplados en los cuadros I y II del Anexo de la Convención de Viena de 1988, y

(45) GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, Marta, «Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación», cit., p. 311.

(46) Las características que definen lo que son drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas serán precisadas en el apartado en que se hace el análisis del objeto material en el delito de tráfico de drogas.

previstos por LO 3/96, de 10 de enero, sobre medidas de control de las sustancias químicas catalogadas susceptibles de desvío para la fabricación ilícita de drogas y Real Decreto 865/97, de 6 de junio), equipos y materiales descritos en el artículo 371 CP (47); *b*) bienes y ganancias referidos en el artículo 301 CP (los arts. 1-q de la Convención de Viena [1988] y 1-b del Convenio de Estrasburgo [1990] acerca del blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso) (48); *c*) otras sustancias u objetos prohibidos cuya tenencia o circulación constituya un delito (49).

En cuanto a la determinación del concepto «drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas» al que hace alusión el precepto, no es otro que el objeto material del delito previsto en el artículo 368 CP. Es decir, tal y como lo señala el Tribunal Supremo (50), se refiere a las sustancias recogidas en los litados internacionales que provienen del Convenio Único de Estupefacientes de las Naciones Unidas (1961), el Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas de Viena (1971) y el Protocolo de Ginebra (1972), tomando en cuenta aquellas que por cuestiones de actualización han sido incluidas posteriormente según lo establecido en dichos Convenios y en la legislación nacional (51).

(47) Para revisar el tratamiento jurídico penal que se ha dado a los precursores químicos véase: FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A., «Consideraciones de urgencia sobre la Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciembre...», cit., p. 594.

(48) *Vid.* FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A., «Consideraciones de urgencia sobre la Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciembre...», cit., nota anterior, p. 603.

(49) Como afirma GIMENO SENDRA, Vicente, «Los procesos penales. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal», t. III, Bosch, Barcelona, 2000, p. 14, por sustancias prohibidas hay que entender todas las *res extra commercium*, cuya tenencia o circulación constituyen ilícito penal. Estos objetos o sustancias cuya circulación y posesión es ilícita no están relacionados –por lo menos directamente– con los delitos de tráfico de drogas: moneda falsa arts. 386 y 387); especies o subespecies de flora amenazada o de sus propágulos (art. 332 CP) y especies o subespecies de fauna silvestre amenazada (art. 334 CP); armas, municiones y sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes, o sus componentes (arts. 566 y 568 CP) y otras sustancias prohibidas que aunque no se especifican ni relacionan con tipos penales concretos, pero por exclusión, estas sustancias no pueden ser otras mas que productos alimentarios (arts. 363 y 364 CP); materiales nucleares o elementos radiactivos (art. 345 CP), y algunos géneros prohibidos (LO 12/95 que prevé las acciones consideradas como contrabando).

(50) STS de 31 de enero de 1995, Pn. José Augusto de Vega Ruiz (RJ 574).

(51) Para conocer con mayor precisión los diversos pronunciamientos que existen sobre la determinación del objeto material del artículo 368 CP véase: ARROYO ZAPATERO, Luis, «El objeto material en el artículo 368 CP: planteamientos doctrinales y estudios de los aspectos más relevantes de la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *Delitos contra la salud pública y contrabando*, cit., pp. 319 ss.; BLANCO CORDERO, Isidoro, «Principales instrumentos internacionales (de Naciones Unidas y la Unión Europea) relativos al crimen organizados...», cit., pp. 113 ss.

Atendiendo a lo previsto en el artículo 371 CP el objeto material de la resolución, en estos casos, lo constituyen los «equipos, materiales o sustancias psicotrópicas enumeradas en el cuadro I y cuadro II de la Convención de Naciones Unidas, hecha en Viena el 2 de diciembre de 1988 y cualesquiera otros productos adicionados al mismo Convenio o que se incluyan en futuros Convenios de la misma naturaleza ratificados por España» (52). Mientras que las sustancias constituyen en sí la razón primaria de la punición de la conducta al recaer sobre precursores propiamente dichos, los equipos y materiales, que de igual forma lo conforman, hacen referencia a las herramientas con las cuales se pueden producir o elaborar drogas tóxicas o sustancias estupefacientes (53).

Por lo que toca a los bienes y ganancias del artículo 301 CP, éstos se entienden como aquellos patrimonios y beneficios procedentes de delito grave, mismos que constituyen el objeto material del delito «blanqueo de capitales» previsto y sancionado en este artículo (54). El terreno de protección del 301 CP se extiende, por un lado, a los bienes que provengan de los delitos de tráfico ilegal de drogas y precursores, y por otro, a los procedentes de cualquier ilícito considerado como grave (v. g. tráfico de órganos, armas, prostitución de menores, etcétera) (55). Dentro de este tipo penal se castiga –según se desprende de sus apartados 1 y 2– al que «adquiera, convierta o transmita bienes sabiendo que éstos tienen su origen en un delito grave, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos...» (56), así como

(52) Al incluir estas sustancias químicas dentro del objeto de la circulación y entrega vigilada se pretende asegurar que ningún químico legalmente manufacturado o comercializado, producido o manejado por firmas farmacéuticas sea desviado por narcotraficantes para la producción de drogas.

(53) Cfr. SEQUEROS SAZARTORNIL, «El Tráfico de Drogas ante el Ordenamiento Jurídico», cit., p. 285.

(54) Vid. FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A., «Consideraciones de urgencia sobre la Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciembre...», p. 617; DELGADO MARTÍN, Joaquín, «La criminalidad organizada...», cit., p. 75.

(55) PAZ RUBIO, José María y otros «La prueba en el proceso penal: su práctica ante los tribunales», cit., p. 320.

(56) Como lo señala FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A., «El delito de blanqueo de capitales», Colex, Madrid, 1998, pp. 360 y 361, si interpretamos el contenido del precepto, distinguimos en él la presencia de dos modalidades típicas fundamentales según sea el fin perseguido por el autor de la infracción: a) adquirir, convertir, transmitir o realizar cualquier otro acto sobre bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en un delito grave, para ocultar o encubrir su origen ilícito; b) adquirir, convertir, transmitir o realizar cualquier otro acto sobre bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en un delito grave, para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos.

«la ocultación o encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre los bienes o propiedad de los mismos, a sabiendas de que proceden de alguno de los delitos expresados en el apartado anterior o de un acto de participación en ellos» (57). Al autorizar la implementación de la circulación y entrega vigilada en este campo, lo que se persigue en sí es instaurar otro mecanismo que coadyuve en el combate a operaciones destinadas a financiar el funcionamiento de organizaciones delictivas –como mafias y grupos criminales dedicados al tráfico ilegal de drogas–, al igual que se procura evitar que se promuevan flujos de capitales provenientes de actividades ilícitas realizadas por éstas (58).

D) Contenido de la medida

En el contenido de una autorización de entrega vigilada han de quedar toda una serie de aspectos detallados, ya sea por orden expresa de la legalidad ordinaria o por mandato inherente a los criterios de medición de la proporcionalidad (59). De esta manera, la resolución que permite su puesta en marcha debe especificar, dentro de lo asequible, el tipo y cantidad de la sustancia o elemento sometido a entrega vigilada (apartado 1); es decir, ha de contener los indicios objetivos de punibilidad –más bien certezas– que podrán venir referidos ya sea a un hecho delictivo recogido en el listado del artículo 263 bis, bajo la cobertura de la cláusula general, o bien venir constreñidos a otro tipo de delitos calificables como graves (60).

Igualmente, habrán de especificarse como presupuesto constitucional de la motivación fáctica y de la proporcionalidad estricta, los indicios subjetivos de punibilidad entendidos como aquellas señas o

(57) Son varios los comportamientos delictivos que se prevén en esta norma, lo que puede suscitar algunas dudas al respecto, amen de ello, hay que tener en cuenta que esta forma de legislar obedece a la complejidad de la propia dinámica de la criminalidad organizada, donde hay ocasiones en las que los comportamientos no quedan visiblemente delimitados. *Vid.* QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep, «La reforma penal y procesal en materia de tráfico de drogas. (Notas a la LO 8/1992, de 23 de diciembre)», cit., p. 3.

(58) *Vid.* CARMONA SALGADO, Concepción, «La circulación y entrega vigilada de drogas y el agente encubierto...», cit. p. 172.

(59) *Cfr.* GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, Marta, «Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación», cit., p. 341.

(60) No en todos los casos resulta posible especificar con total precisión las características de las sustancias ocultas, *v. g.*, cuando en el interior de un paquete postal los funcionarios policiales detectan en su interior cocaína a través de una punción, en estos casos podrá acreditarse el tipo, pero no la cantidad de droga.

datos externos, que evaluados acorde a la recta razón consienten vislumbrar con la estabilidad de la razonabilidad y la lógica de las reglas de experiencia, la responsabilidad del sujeto en relación con el hecho investigado (61). En la autorización habrá también de acordarse respecto a las personas que figuren en los envíos como remitentes o destinatarios de las sustancias o elementos ilegales –los titulares, por tanto, de los derechos fundamentales afectados– aun cuando, tras las primeras confirmaciones, las autoridades adviertan que se trata de identidades claramente usurpadas o falseadas a terceros de buena fe, meros instrumentos del delito –menores de edad, personas fallecidas e inventadas, personas jurídicas o un mero apartado de correos–, terceros ajenos que no tienen responsabilidad alguna en el delito de tráfico. Sin embargo, es preciso contar con este dato ya que, entre otras cosas, puede ayudar al descubrimiento de los auténticos artífices del delito (62).

E) Formalidades que debe contener la resolución que la conceda

Previo a la solicitud y adopción de la circulación y entrega vigilada, la policía ha de cerciorarse de la existencia de sustancias prohibidas en el interior del paquete postal. Más allá de lo que vendría a ser una intervención administrativa, la abertura de un paquete postal es equiparable a la apertura de una carta, acto que representa una franca vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) (63). De esta forma, únicamente en casos en los que la autoridad –policial– tiene conocimiento cierto o fuertes indicios sobre el contenido ilícito del envío podrá acudir al Órgano Judicial para solicitar la medida en cuestión (64).

(61) Cfr. GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, Marta, «Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación», cit., p. 341.

(62) Cfr. GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, Marta, «Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación», cit., p. 342.

(63) Vid. GIMENO SENDRA, Vicente, «Aspectos procesales y constitucionales...», cit. p. 178

(64) Conviene señalar que el artículo 263 bis LECrim no faculta a la Policía Judicial para la apertura del paquete postal, insistiendo el apartado 4 que tendrán que acatarse todas las premisas establecidas en los artículos 579 y siguientes de la LECrim relativos a la detención, examen y apertura de correspondencia, con la sola excepción de lo ordenado en el artículo 584 del mismo ordenamiento jurídico. Vid. ALONSO PÉREZ, Francisco, «Medios de investigación en el proceso penal...», cit., p. 550; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo, «El agente encubierto y la entrega vigilada», en *Criminalidad Organizada. Reunión de la Sección Nacional Española...*, cit., p. 123.

Una vez presentada la solicitud de circulación y entrega vigilada, la resolución que la autorice deberá ser individualizada, necesaria y, sobre todo, fundada, en la cual se determine explícitamente –en cuanto sea posible– (65) el objeto de la autorización o entrega vigilada, así como el tipo y cantidad de sustancia de que se trate (art. 263 bis 1) (66). En todos los casos, para otorgar estas medidas se tendrá en cuenta su necesidad a los fines de investigación en correlación con la importancia –o trascendencia– del ilícito y con la posibilidades de vigilancia (67). Con ello la legislación contempla el principio de la proporcionalidad, convirtiéndose la circulación y entrega vigilada en un medio de investigación excepcional al que habrá de acudir sólo cuando no sea posible descubrir el delito y sus responsables por otros medios menos lesivos (68).

El primer requisito a que hacemos mención, éste es, que la resolución debe de ser individualizada, determina que el recurso de la entrega vigilada únicamente puede ser otorgado caso por caso (art. 263 bis 1) (69), por lo que no podrán condescenderse entregas vigiladas genéricas o indiscriminadas. En la autorización habrá de señalarse, por tanto, la identificación o al menos la determinación de los autores de la entrega (70).

Cuando aludimos a que la resolución debe ser necesaria (71), nos referimos a que para otorgar este recurso se tendrá en consideración

(65) En la autorización de una operación de entrega vigilada han de quedar especificados –dentro del margen posible– toda una serie de matices o rasgos, bien por orden expresa de la legalidad ordinaria, bien por mandato inherente a los criterios de medición de proporcionalidad. Cfr. GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, Marta, «Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación», cit., p. 341. Se sobreentiende que la resolución que autorice la medida, hasta donde sea factible, deberá de indicar el tipo o cantidad de sustancia o elemento sometido a la entrega vigilada.

(66) ZARAGOZA AGUADO, Javier, «Tratamiento penal y procesal de las organizaciones criminales...», cit., pp. 101

(67) CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, «La organización criminal. Tratamiento penal y procesal», cit., p. 59; GINARTE CABADA, Gumersindo, «La circulación o entrega vigilada de drogas», cit., p. 17.

(68) PAZ RUBIO, José María y otros, «La prueba en el proceso penal: su práctica ante los tribunales», cit., p. 324. Como dice: MARCHAL ESCALONA, Antonio Nicolás, «El atestado (Inicio del proceso penal)», 3.^a ed., Madrid, 2001, p. 279, los criterios a tener en consideración a la hora de apreciar la importancia del delito serán: el grado de nocividad para la salud de las drogas, la cuantía de las sustancias objeto de tráfico y la existencia e importancia de la organización dedicada al tráfico ilícito de estupefacientes.

(69) *Vid.* GINARTE CABADA, Gumersindo, «La circulación o entrega vigilada de drogas», cit., p. 11.

(70) Cfr. GIMENO SENDRA, Vicente, «Aspectos procesales y constitucionales...», cit. p. 179.

(71) GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, Marta, «Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación», cit., p. 348.

«su necesidad a los fines de investigación en relación con la importancia del delito» y con la finalidad de «descubrir o identificar personas involucradas en la comisión de algún delito relativo a dichas drogas...» o, en su caso, para «prestar auxilio a autoridades extranjeras en esos mismos fines». Haciendo una interpretación textual de esta parte del precepto, queda claro que el acogimiento de esta medida no se justifica para hacer frente a actividades de menudeo de estupefacientes, tampoco para supuestos en los cuales todos los traficantes han sido plenamente identificados, sino para investigar, descubrir y dismantelar organizaciones de criminales dedicados a la difusión ilícita de drogas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas (72).

Por otro lado, la exigencia legal de que la resolución tendrá que estar fundada o motivada –requisito que ha sido incorporado con la LO 5/1999– (73) se erige, en primera exigencia formal, del principio de proporcionalidad como deber constitucional de motivación de las resoluciones judiciales limitativas de derechos fundamentales (deber del órgano judicial/derecho del justificable), a cuyos efectos el juzgador tendrá que llevar a cabo un juicio de ponderación entre los derechos fundamentales de los afectados y los intereses que pretenda salvaguardar mediante tal afectación. De ahí que las resoluciones judiciales no motivadas atenten –por sí mismas– los mencionados derechos (74). Hay que tener en cuenta que la restricción del ejercicio de un derecho fundamental precisa encontrar una causa específica, y el hecho o la razón que la justifique debe expresarse para hacer cognos-

(72) *Ob. ult. cit.*

(73) La obligación de una resolución motivada constituye una de las novedades introducidas por esta norma con el propósito de verificar las indicaciones de la legislación internacional que exigen tal requisito, concretamente, el artículo 11.2 de la Convención de Viena y el artículo 72.3 del Acuerdo de Schengen.

(74) *Vid.* CARMONA SALGADO, Concepción, «La circulación y entrega vigilada de drogas y el agente encubierto...», cit. p. 179; GIMENO SENDRA, Vicente, «Aspectos procesales y constitucionales...», cit. p. 179 y ZARAGOZA AGUADO, Javier, «Tratamiento penal y procesal de las organizaciones criminales...», cit., pp. 101 ss.; ALONSO PÉREZ, Francisco, «Medios de investigación en el proceso penal...», cit., p. 547.

Por su parte, BOIX REIG, Javier «Consideraciones sobre los delitos relativos al tráfico de drogas», en *Delitos contra la salud pública y contrabando*, cit., pp. 392 y 393, nos comenta que: «el principio de proporcionalidad informa igualmente la normativa penal, constituyendo un límite necesario al *ius punendi* del Estado, tanto en lo referente a la propia regulación, en este caso de tráfico de drogas, como a su aplicación, que debe serlo siempre atendiendo al interés jurídico protegido y a la necesidad de evitar todo exceso que sacrifique otros intereses que puedan confluir en la conducta, rechazando sancionar conductas que aunque aparezcan literalmente como punibles».

cibles los motivos por los cuales el derecho se sacrificó (75). Por tal razón, la motivación del acto limitativo, en el doble sentido de expresión del fundamento de Derecho en el que se apoya la decisión judicial y el razonamiento empleado para llegar a la misma, es un requisito indispensable del acto de limitación del derecho (76).

En la adopción de la circulación y entrega vigilada es fundamental la necesidad de valorar *a priori* las probabilidades de éxito de la puesta en marcha del operativo frente al peligro que supondría perder el control judicial del mismo frustrándose la operación iniciada (77), en cuyo caso las consecuencias serían nefastas: la droga escaparía de la vigilancia judicial y entraría sin control alguno en el circuito ilegal de los estupefacientes (78).

F) Principios constitucionales y derechos fundamentales afectados con su adopción

Como es sabido, el artículo 18.3 CE garantiza el secreto en las comunicaciones, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas salvo resolución judicial. Partiendo de este supuesto, no se alcanza a comprender como el artículo 263 bis del LECrim puede delegar –o por lo menos, autorizar– a funcionarios policiales (sean jefes de las Unidades Orgánicas de la Policía Judicial, sean sus mandos superio-

(75) Cfr. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo, «El agente encubierto y la entrega vigilada», en *Criminalidad Organizada. Reunión de la Sección Nacional Española...*, cit., p. 109.

(76) *Ob. ult. cit.*

(77) En cuanto a las posibilidades de vigilancia, MARCHAL ESCALONA, Antonio Nicolás, «El atestado (Inicio del proceso penal)», cit., p. 279, considera que ello involucra un doble razonamiento por parte del llamado a requerir tal medida: sobre los recursos materiales y humanos disponibles para verificarla y sobre el riesgo que supondría la pérdida control sobre drogas o efectos sometidos a vigilancia, y su ulterior circulación y distribución ilícita. Según la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1993, p. 814, en relación ha esta prevención, señala que se podrá practicar la entrega vigilada cuando, entre otras cosas, «las posibilidades de vigilancia sean tales que queden prácticamente excluidos los riesgos de pérdida, extravío o desaparición de la droga».

(78) Cfr. CARMONA SALGADO, Concepción, «La circulación y entrega vigilada de drogas y el agente encubierto...», cit. p. 179.

Como lo señala GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, «Infiltración policial y agente encubierto», p. 16, éste es: «un instrumento al servicio de una técnica de investigación propia de la fase de instrucción del proceso penal, la infiltración policial. La regulación legal del instrumento conlleva, en con secuencia, el reconocimiento simultáneo de la admisibilidad de la técnica en el proceso penal español, siempre dentro de los límites establecidos en el texto legal. De hecho, el artículo 282 bis LECrim regula simultáneamente tanto la técnica como el instrumento».

res) la circulación y entrega vigilada (79), ya que, literalmente entendido el precepto –que regula la figura–, puede llegar incluso a declararse estas autorizaciones como inconstitucionales; pues como ya se ha comentado, respecto al derecho a la intimidad se rige como regla general la exigencia constitucional del monopolio jurisdiccional (80).

El 18.3 CE consagra la libertad de las comunicaciones y, de modo expreso, su secreto, instaurando, en este último sentido, la prohibición de la interceptación o del conocimiento antijurídico de las comunicaciones ajenas (81). De tal forma, el bien –constitucionalmente tutelado– mediante la imposición de secreto, es el derecho a que ningún tercero ajeno (público o privado) pueda intervenir en el proceso de la comunicación (82). La presencia, entonces, de un elemento extraño a aquellos entre quienes media la comunicación (83) resulta inconstitucional, a menos que –como ya se expuso– medie una resolución judicial que así lo autorice (84).

(79) FERNÁNDEZ, Ricardo, «El agente encubierto y la entrega vigilada», en *Criminalidad Organizada. Reunión de la Sección Nacional Española...*, cit., p. 120.

(80) Siempre bajo la reserva excepcional que admite que en determinados supuestos –auspicados por criterios de eficacia– pueda facultarse a la Policía Judicial a que realice ciertas prácticas que con lleven una ingerencia mínima –o leve– en la intimidad de las personas.

(81) ALONSO PÉREZ, Francisco, «Medios de investigación en el proceso penal...», cit., p. 288.

(82) En cierta manera, toda comunicación deviene para la Constitución secreta, aunque sólo determinadas comunicaciones sean íntimas el contenido de la comunicación carece de relevancia pues *jure et de jure* todo lo comunicado es secreto. Desde este nivel de afección del derecho fundamental, las entregas vigiladas tienen una clara injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones, cuando no de la intimidad. Por otra parte, habida cuenta de que el concepto de secreto del artículo 18.3 CE, cubre además del contenido de la comunicación, otros aspectos de la misma v.g., la identidad subjetiva de los corresponsales determinados comportamientos investigadores dirigidos a recabar información sobre datos personales de remitentes o destinatarios, también de esta forma incurre en el derecho fundamental. GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, Marta, «Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación», cit., p. 289.

(83) Cfr. MONTERO AROCA, Juan, *Detención y apertura de la correspondencia y de los paquetes postales en el proceso penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 289; MORENO CATENA, Víctor. *Lecciones de Derecho procesal*, Colex, Madrid, 2.ª ed., 2003, p. 1386.

(84) Por ello llama la atención que la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal en su artículo 263 bis autorice a funcionarios policiales para la toma de esta medida. También atrae la atención que a pesar de que se pueda estar ante un presunto delito –pues de no existir indicios, no se pondrían en marcha tales dispositivos– este tipo de acciones «no han de ser forzosamente ni ordenadas por el Juez ni comunicadas a éste». Actuaciones que, en cierto momento, podrían ser razonablemente calificadas de operaciones administrativas al margen de la legalidad en el sentido procesal, ya que obvian

En otro sentido, desde una perspectiva general se puede afirmar que la técnica de la circulación y entrega vigilada no sólo menoscaba la salvaguarda del secreto de las comunicaciones (85) sino que además con su puesta en marcha se pueden lesionar otros derechos, libertades o bienes constitucionalmente protegidos, tales como el derecho a la intimidad personal y familiar (86). Tal derecho, identificado en el artículo 18.1 CE, en cuanto proyección de la dignidad de la persona reconocida en el artículo 10.1 CE, comprende de conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción, conocimiento e intervención de otras personas y de los poderes públicos, necesario según las pautas de nuestra cultura para mantener una calidad mínima de la vida humana (87). El derecho a la intimidad, en líneas generales, puede ser conceptualizado como un «derecho a la reserva», es el poder de control sobre las informaciones relevantes de cada sujeto (88). Un importante consenso ha determinado que bajo la protección al derecho a la intimidad se encuentran no sólo las cartas sino todo género de correspondencia postal (89), debido a que son portadores de mensajes personales de índole confidencial (90). De ahí la afirmación que apunta

la obligación de comunicación inmediata al Órgano Judicial de los hechos delictivos (art. 295 LECrim). Cfr. QUERALT JIMÉNEZ, Josep, «Recientes novedades legislativas en materia de lucha contra la delincuencia organizada...», cit., pp. 131 y 132.

(85) La circulación y entrega vigilada no es un medio a través del cual se pueda tutelar el secreto de las comunicaciones, sino una técnica de investigación rodeada de ciertas cautelas por el riesgo que obviamente comporta, por lo que adopción dependerá de lo que en cada supuesto se estime lo más conveniente para la investigación del delito. GRANADOS PÉREZ, Carlos, «Instrumentos procesales en la lucha contra el crimen organizado...», cit., pp. 80 y 81.

(86) Cfr. GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, Marta, «Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación», cit., p. 295.

(87) *Ob. ult. cit.*, p. 296.

(88) *Ob. ult. cit.*

(89) Si se tiene en consideración que el fundamento de la protección constitucional del secreto de las comunicaciones habita en la necesidad de proteger –y garantizar– el respeto del ámbito privado, los paquetes postales sólo deberían quedar excluidos de protección, en tanto en cuanto, pudiera aseverarse, sin riesgo a equivocación, que tales paquetes solamente pueden contener mercancías. Pero tal cualidad eventual no resulta posible, pues cabe remitir por correo en tal clase de envíos, elementos con datos relativos a la intimidad personal. *Vid.* STS de 15 de marzo de 1995, Pn. Joaquín Delgado García (RJ 1995/1884).

(90) *Vid.* Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del TS de 4 de abril de 1995 y Acuerdo de 16 de enero de 1996. Por otra parte, es bueno matizar que todos aquellos envíos, cuya condición –o cualidad– resulta inapropiada para las comunicaciones personales, no gozan de protección a los efectos del artículo 18.3 CE. Por lo tanto, los envíos de mercancías por los servicios ordinarios de transportes, no quedan amparados por la garantía del secreto de las comunicaciones, tampoco las maletas, bolsas de viaje,

a que el mecanismo previsto en el artículo 263 bis LECrim es, en determinado momento, una práctica que podría resultar lesiva del Derecho a la intimidad.

Junto a lo anterior, vale la pena destacar que dentro del marco de la entrega vigilada las autoridades públicas toleran la circulación de géneros prohibidos y difieren la represión del delito de tráfico ilegal conocido, dichas operaciones, desvirtúan las reglas del Estado de Derecho (91), de tal manera que resultan contrarias a los principios de interdicción de la arbitrariedad y sometimiento de los poderes públicos al ordenamiento jurídico recogidos en los artículo 9 (aps. 1 y 3) y 103.1 de la Carta Magna (92).

3. AGENTE ENCUBIERTO

A) Concepto y regulación jurídica

La figura del agente encubierto es un medio extraordinario de investigación en el cual se apoyan Cuerpos de Policía de diversos países con el propósito de lograr mejores resultados en el combate contra la criminalidad organizada (93). Dentro del ordenamiento español, esta técnica

mochilas, neceseres, y en general el equipaje de los viajeros puede ser sometidos al control policial en sus funciones de prevención y averiguación de delitos en el marco de los medios de transporte (trenes, autobuses, aviones) sin ser exigible resolución judicial a efectos del citado precepto Constitucional. Es decir, su registro por agentes de la autoridad en el desarrollo de una investigación de conductas presuntamente delictivas, para descubrir y, en su caso, recoger los efectos o instrumentos de un delito, no precisa de resolución judicial, como sucede con la correspondencia. *Vid.* SS.TS 17 de mayo de 2003. Pn. Enrique Bacigalupo Zapater (RJ 2003/5771), 3 de octubre de 2002, Pn. Miguel Colmenero Menéndez de Luarda (RJ 2002/8863), 9 de junio de 1997, Pn. Carlos Granados Pérez (RJ 1997/4669).

(91) La circulación y entrega vigilada parte de la convivencia del Estado de una actuación delictiva plenamente acreditada, por ello este mecanismo procesal ha de apreciarse como medio extraordinario de investigación. Su particularidad no radica en la afeción de los derechos fundamentales de los individuos sujetos a investigación –lo cual también acontece con las infiltraciones policiales, en las diligencias de intervención telefónica, entrada y registro domiciliario, etc.– sino en la licencia –o consentimiento– estatal de la continuación de un acontecimiento ilícito certeramente conocido, durante un espacio de tiempo, con el propósito de combatir de manera más eficaz el crimen organizado.

(92) Cfr. GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, Marta, «Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación», cit., p. 287.

(93) Un análisis del derecho comparado nos muestra cómo la figura ha venido siendo admitida habitualmente como medio de investigación en sistemas como el angloamericano (*Common Law*), en países de América Latina (*vid.* ZAFFARONI, Euge-

nio Raúl, «Impunidad del agente encubierto y del delator: una tendencia legislativa latinoamericana», *Revue Internationale de Droit pénal*, vol. 67, núms. 3-4, 1996, p. 728) y en el derecho continental por las necesidades de articular mecanismos adecuados en la contención del criminalidad organizada. En Alemania, por ejemplo: La «Ley para el combate del tráfico ilícito de estupefacientes y otras formas de aparición de la criminalidad organizada» del 15 de julio de 1992 (*Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgift Handels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität-OrKG*) y las correspondientes modificaciones que ella ha producido en la *StPO* ha introducido la figura del agente encubierto (*Verdeckter Ermittler*), y, por primera vez, ha regulado expresamente los presupuestos de su utilización y los límites a los que su actividad se halla sujeta. De este modo, una práctica policial habitual, convalidada jurisprudencialmente, aunque sin fundamento consistente, encuentra ahora apoyo normativo explícito (*vid.* GUARIGLIA, Fabricio, «El agente encubierto ¿un nuevo protagonista en el procedimiento penal?» *Jueces para la democracia*, núm. 23, marzo, 1994, pp. 49 ss.). En el *StPO* su intromisión está prevista en los artículos 110.a) a 110.d) del Código de Procedimiento Penal de 22 de septiembre de 1992 (*StPO*), delegándose exclusivamente a funcionarios policiales.

En el artículo 110.a) se establecen las circunstancias de su infiltración y su campo de acción al determinar que: «(1) Es posible recurrir a agentes encubiertos para el esclarecimiento de hechos punibles siempre y cuando se tengan suficientes indicios reales que indiquen que se ha cometido un delito de importancia considerable. 1. En el sector de los estupefacientes prohibidos, tráfico de armas, falsificación de dinero o de timbres oficiales. 2. En el ámbito de la protección de la seguridad del Estado. 3. Por motivos de lucro o de delincuencia habitual. 4. Por un miembro de una banda de delincuentes o de otro tipo de organización delictiva. También podrá recurrirse a agentes encubiertos para esclarecer delitos si existen indicios concretos de una posible reincidencia. Únicamente se permitirá la acción de agentes encubiertos si la investigación del caso por otros medios es inútil (...) Además, podrá recurrirse a agentes encubiertos para esclarecer delitos si así lo justifica la importancia especial del hecho y si otras medidas de investigación serían inútiles.

(2) Los agentes encubiertos son funcionarios del cuerpo de policía, encargados de llevar a cabo las indagaciones con una falsa identidad duradera. Los agentes encubiertos podrán realizar actos jurídicos utilizando su falsa identidad.

(3) Será posible confeccionar; modificar y utilizar la documentación correspondiente si es necesario para la creación o mantenimiento de la falsa identidad».

En el artículo 110.b) se instituye que el Fiscal es el facultado para autorizar su actuación, salvo en los supuestos en que la investigación se lleva a cabo en contra una persona en particular o comporte una invasión a domicilio privado, en los que se hace necesaria la anuencia judicial; así como los condicionamientos en el uso de la identidad supuesta.

«(1) Únicamente podrá recurrirse a agentes encubiertos con la aprobación de la Fiscalía. Si hay peligro de demora y si no es posible conseguir a tiempo la aprobación del Fiscal, deberá obrarse de inmediato con e/fin de conseguirla. Si la Fiscalía no da su aprobación en un plazo de tres días, deberá interrumpirse de inmediato la acción. La aprobación deberá darse por escrito y deberá contener un plazo. Es posible conceder una prórroga, siempre y cuando continúen vigentes las condiciones que justifican la acción.

(2) Las acciones: 1. Que estén dirigidas en contra de un inculpado determinado. 2. Que impliquen que el agente encubierto entre en una morada que no es de acceso público, deberán contar con la aprobación del Juez. En caso de peligro por demora es

de infiltración policial es relativamente reciente (94) y se encuentra contemplada en el artículo 282 bis LECrim. La institución –al entrar en práctica– permite la penetración o infiltración del Estado, por medio de un agente de policía, que oculta su verdadera identidad (95), a un grupo

suficiente la aprobación del Fiscal. Si no es posible conseguirla a tiempo la aprobación del Fiscal, deberá obrarse inmediato con el fin de conseguirla. Si el Juez no da su aprobación en un plazo de tres días, deberá interrumpirse de inmediato la acción. Se aplicará de manera análoga los párrafos 1, 3 y 4.

(3) La identidad del agente encubierto podrá mantenerse en secreto, incluso al término de la acción. El Fiscal y el Juez responsables de la decisión que aprobó la acción, pueden exigir que se descubra ante ellos la identidad. Por lo demás, según lo establecido en el artículo 96, es permisible que la identidad se mantenga en secreto durante el procedimiento penal, especialmente si existe motivo para creer que, de lo contrario, corre peligro la vida o la libertad del agente encubierto o de otra persona, o también si se supone peligro para una nueva acción del agente».

En el artículo 110.c), se clarifican los límites de la protección domiciliar en lo concerniente a su invasión por parte del agente encubierto, señalando que «Los agentes encubiertos haciendo uso de su falsa identidad pueden entrar en una vivienda con la aprobación del titular. Esta aprobación no deberá conseguirse mediante una simulación de un derecho de acceso además de aquel que conceda el uso de la falsa identidad. Por lo demás, los derechos del agente encubierto están sujetos a la presente Ley y a las demás prescripciones legales».

En el artículo 110.d) de la misma manera se instituye el requisito de dar conocimiento de la acción al titular de la vivienda visitada por el agente, aunque condicionándolo a otros de preferente cumplimiento: «Deberá notificarse a las personas cuyas viviendas de acceso no público han sido visitadas por un agente encubierto. Dicha información sobre la acción deberá efectuarse tan pronto ello sea posible sin poner en peligro la finalidad de la investigación, la seguridad pública, la integridad física o la vida de una persona o la continuación de la labor del agente encubierto». Finalizando la normativa con dos apartados dedicados a la custodia y archivo de las actuaciones realizadas por el agente encubierto, así como a la forma de usar las informaciones obtenidas con su actuación en otros procedimientos que estarán restringidos a la investigación de los ilícitos incluidos en el apartado 1) del artículo 110.a) anteriormente revisado. Cfr. SEQUEROS SAZARTORNIL, «El Trafico de Drogas ante el Ordenamiento Jurídico», pp. 743-745.

(94) Es contemplada por primera vez en la LO 5/1999, de 14 de enero, que se denomina de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico de drogas y otras actividades ilícitas graves. *Vid.* QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep, «Recientes novedades legislativas en materia de lucha contra la delincuencia organizada: LO 5/1999, de 14 de enero», cit., pp. 125 ss.

(95) Cuando estamos ante casos es los que la infiltración no se realizó mediante agente de policía, sino –exclusivamente– a través de recursos técnicos o por particulares o detectives privados no nos encontremos ante técnica de infiltración regulada en el 282 bis LECrim. Por otra parte, cuando un funcionario público oculta su condición de policía, con el fin de poder entablar una relación de cordialidad con miembros de ambientes delictivos, y de este modo tener entrada a estructuras criminales, se puede hablar de infiltración pública, y ello por dos razones esenciales: «primero, porque el sujeto activo de la infiltración es un funcionario público, que en

de delincuencia organizada a fin de obtener información sobre sus miembros (96), estructura, *modus operandi*, campos de operación, así como para adquirir pruebas sobre la ejecución de hechos criminales, para que sus integrantes puedan ser sentenciados en una causa penal por los ilícitos que hubiesen cometido (97).

Hay que diferenciar la figura del agente encubierto frente a otras técnicas de infiltración como son el denunciante anónimo (98), el

virtud de su relación laboral recibe el encargo de los poderes públicos, últimos interesados en la información procurada; y segundo, porque la finalidad perseguida con lo averiguado obedece a un interés público de carácter represivo, preventivo, o político». Vid. GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, Marta, «Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación», cit., p. 126; PÉREZ ARROYO, Miguel Rafael, «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», *La Ley*, núm. 4987, 8 de febrero de 2000, p. 2.

(96) DELGADO GARCÍA, M.^a Dolores, «El agente encubierto», en *La criminalidad organizada ante la justicia*, cit. p. 70, ALONSO PÉREZ, Francisco, «Medios de investigación en el proceso penal...», cit., pp. 554 ss.; DELGADO MARTÍN, Joaquín, «La criminalidad organizada...», cit., p. 59.

(97) En relación a los elementos que definen la figura del agente encubierto encontramos que CARMONA SALGADO, Concepción, «La circulación y entrega vigilada de drogas y el agente encubierto...», cit. p. 182, advierte que es una técnica de investigación mediante la cual: «un agente policial con identidad supuesta, o sea, falsa, se integra en la estructura de una organización delictiva para recabar desde dentro pruebas suficientes que permitan fundamentar la condena penal de sus miembros integrantes, desarticulando finalmente, si ello fuera posible, la citada organización». Por su parte, GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, «Infiltración policial y agente encubierto», cit., p. 10, comenta de modo genérico que infiltración es: «la acción de aquél 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 bien a través de un tercero, entre 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 la información deseada»; y, SEQUEROS SAZARTORNIL, «El Tráfico de Drogas ante el Ordenamiento Jurídico», cit., pp. 752 y 753, define al agente encubierto como: «al miembro de la Policía Judicial, que oportunamente autorizado por el Juez de Instrucción o Ministerio Fiscal y a los fines generales y específicos previstos en la Ley, opera en el seno de estructuras criminales organizadas con identidad supuesta, en la investigación de determinadas infracciones delictivas, verificando, además de los inherentes a su cometido, actos de adquisición y transporte de los objetos, efectos e instrumentos del delito, con facultades, en su caso, para diferir su incautación». En todo momento la figura del agente encubierto hay que diferenciarla con la del funcionario policial que de manera ocasional, ante un comportamiento delictivo determinado oculta su condición de policía para descubrir un delito que ya fue realizado. Cfr. ZARAGOZA AGUADO, Javier, «Tratamiento penal y procesal de las organizaciones criminales...», cit., pp. 102, 103.

(98) Generalmente, es un particular que informa a la autoridad la comisión de hechos delictivos y que, comúnmente, guía a ésta hacia algún elemento probatorio, pero

confidente o colaborador policial (99), el arrepentido (100), *under cover agent* (101), el agente secreto (102) y el agente provocador (103), pues hay particularidades entre cada una de ellas (104). A diferencia de lo que ocurre con agente encubierto, el denunciante anónimo, el confidente o colaborador policial y el arrepentido, no deten-

cuya identidad se conserva oculta en el proceso penal, ya sea porque es desconocida por todos aquellos que en él intervienen, o porque quien la conoce no la desvela, albergándose –con o sin fundamento– en alguna modalidad de secreto profesional. *Vid.*, entre otros, ALONSO PÉREZ, FRANCISCO, *ob. ult. cit.*, pp. 553 ss.

(99) Se denomina así a aquella persona, no funcionario policial, que confidencialmente brinda material informativo acerca de ilícitos. Casi siempre, son individuos que están inmersos en el hábitat delictivo, o que tienen alguna vinculación con él, a los que las autoridades de persecución suelen acudir con el propósito de obtener información, la que facilitan a cambio retribuciones económicas o la concesión de ciertas ventajas. *Vid.* DELGADO MARTÍN, JOAQUÍN, «La criminalidad organizada...», *cit.*, p. 45; ALONSO PÉREZ, FRANCISCO, «Medios de investigación en el proceso penal...», *cit.*, pp. 554; ZURITA BAYONA, JUAN, «Informadores, confidentes y secreto profesional» *CPol.* núm. 13, 1992. pp. 74 ss.

(100) Es un individuo que, siendo miembro en origen a la organización delictiva, a partir de un cierto momento –habitualmente a cambio de ciertos beneficios y de protección– colabora con la policía, proveyéndole datos relevantes que sirven para condenar a los demás miembros en especial, a los jefes del clan criminal y/o declarando como testigo de cargo. En otras palabras, estos sujetos, son presuntos delincuentes que a cambio de beneficios procesales ofrecen información que ayuda combatir a la organización criminal de la que era miembro (*infra*). *Vid.* QUINTANAR DÍEZ, MANUEL, «Justicia penal y los denominados arrepentidos», *cit.*, pp. 282 ss.; BENÍTEZ ORTÚZAR, IGNACIO FRANCISCO, «El colaborador con la justicia...», *cit.*, pp. 72 ss.

(101) *The under cover agent* proviene de los modelos policiales angloamericanos: es un policía como el agente encubierto, que se infiltra en esferas y organizaciones delictivas, sin que su tarea esté subordinada desde su inicio a una investigación criminal en particular concreta.

(102) Es un espía, un miembro de los servicios de inteligencia de algún Estado que si bien utiliza la técnica de infiltración para obtener información que no tiene vinculación con las funciones del proceso penal.

(103) La expresión para referirse a los supuestos en que el agente induce a otro a cometer un delito, o contribuye a su ejecución con actos de autoría o de auxilio, lo que lleva a cabo sin intención dolosa de causar daño o poner en peligro el bien jurídico afectado ni lograr saciar algún interés personal, sino para conseguir que el provocado pueda ser sancionado por su comportamiento ilícito. En la mayoría de los casos, se trata de supuestos en que uno o varios policías, escondiendo su posición de funcionario policial, simulan ante presuntos traficantes de drogas su deseo de adquirir alguna cantidad sustancias tóxicas y que, en caso de respuesta positiva del sospechoso, ponen a la vista la comisión criminal. *Vid.* RUIZ ANTÓN, LUIS FELIPE, «Agente provocador en el Derecho penal», *cit.*, pp. 7 ss.; PÉREZ ARROYO, MIGUEL RAFAEL, «La provocación de la prueba, el agente provocador y el agente encubierto...», pp. 1 ss.; MONTÓN GARCÍA, MARÍA LIDÓN, «Agente provocador y agente encubierto: ordenemos conceptos», *La Ley*, núm. 4826, 25 de junio de 1999, pp. 1 ss.

(104) *Vid.* RIFÁ SOLER, JOSÉ M., «El agente encubierto o infiltrado en la nueva LECrim», *PJ*, núm. 55, p. 164.

tan la condición de funcionario de la Policía Judicial, ni su infiltración es regulada por la LECrim, carecen de autorización y control judicial. Por lo que toca al *under cover agent*, su labor no obedece en principio a una investigación delictiva específica, como ocurre con el agente encubierto, por lo que es una especie de equivalente policial del colaborador o confidente. Además, su admisibilidad resultaría dudosa dentro del ordenamiento español en lo correspondiente a la persecución de ilícitos ya perpetuados, circunstancia que le hace encaje dentro de las previsiones del artículo 282 bis LECrim. En lo relativo al *agente secreto*, éste se encuentra en lugar distinto al del agente encubierto dentro del organigrama administrativo y sus infiltraciones van orientadas a proteger otros intereses (v. g. Seguridad Nacional) que no están vinculados directamente con el proceso penal. Por último, el agente provocador (*infla*), protagoniza una infiltración de menor duración, menos exhaustiva y fundada que la del agente encubierto (105).

El legislador subraya que para conceder a un funcionario perteneciente al Cuerpo de la Policía Judicial la condición de agente encubierto (106), el Juez de Instrucción competente o el Ministerio Fiscal—dando cuenta inmediata a éste—deberán recibir previamente la iniciativa por parte de la Policía Judicial, y que es a esta última a la que le corresponde el trazado de las actuaciones que se lleven a cabo dentro de la investigación (107). Sin embargo, establece un significativo control

(105) Vid. GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, «Infiltración policial y agente encubierto», cit., pp. 20 ss.; GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, Marta, «Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación», cit., pp. 125 ss.; ALONSO PÉREZ, Francisco, «Medios de investigación en el proceso penal...», cit., pp. 554 ss.; GRANADOS PÉREZ, Carlos, «Instrumentos procesales en la lucha contra el crimen organizado...», cit., pp. 73 ss.

(106) En el panorama penal y procesal español la figura del agente encubierto se identifica con la figura del funcionario-policía (vid. PÉREZ ARROYO, Miguel Rafael, «La provocación de la prueba, el agente provocador y el agente encubierto...», cit., p. 2.). Más específicamente queda claro que este instrumento de investigación sólo puede ser otorgada a funcionarios de la Policía Judicial, quedando descartada dentro del ordenamiento jurídico la intervención de particulares o de sujetos que tengan con el poder oficial algún tipo de vinculación diferente (ap. art. 1 282 bis LECrim). Generalmente, se le denomina infiltración policial, pero también puede hablarse de infiltración judicial (vid. GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, «Infiltración policial y agente encubierto», pp. 114 y 15), toda vez que la investigación la realiza un policía judicial a las órdenes de un órgano jurisdiccional al que obedece (en el mismo sentido: GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, Marta, «Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación», cit., p. 131).

(107) Que la iniciativa sea policial es algo que interpretamos, pues la norma no establece de manera expresa tal circunstancia. No cabe duda que ése es el sentido en que se decanta el artículo 1 del 282 bis, ya que si la infiltración policial supone el estudio y diseño de una estrategia investigadora ante unos indicios de delincuencia

del Juez de instrucción –también del Ministerio Fiscal–, no sólo en lo referente a la autorización sino también en el transcurso de la infiltración, de cuyo progreso deberá estar puntualmente informado (108).

La infiltración policial, tal y como se desprende de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es una técnica prorrogable en el tiempo, pues la autorización de una identidad supuesta a un funcionario policial –en su condición de agente encubierto– puede ser por un término de seis meses o diferirse indefinidamente según las necesidades de la investigación (109). Durante todo este tiempo el agente encubierto estará legítimamente habilitado para llevar a cabo acciones en todo lo relacionado con la investigación concreta, así como a participar en el tráfico jurídico y social bajo su identidad supuesta (110). El facultado para otorgar la prórroga es el Juez de Instrucción, independientemente de la interpretación de la norma en la cual pueda derivarse que corresponde al Ministerio del Interior, de no ser así, esto supondría desjudicializar la medida.

organizada, tales tareas previas –entre las que se incluye la selección y adiestramiento del agente– siempre corresponden a la labor policial. Ni el órgano judicial, ni Fiscal están capacitados o poseen los conocimientos técnicos y prácticos para arreglar por sí solos una operación de tal magnitud. Por eso, ha de entenderse que la iniciativa para proceder a una infiltración es propiamente policial: es la Policía Judicial quien está más habilitada para valorar la factibilidad de una infiltración. *Vid.* MARCHAL ESCALONA, Antonio Nicolás, «Drogas. Actuación policial. Problemas en la investigación», en *Drogodependencia y Derecho*, CDJ, CGPJ, núm. VIII, 2003, p. 257 ss.

(108) *Vid.* GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, «Infiltración policial y agente encubierto», p. 18; CARMONA SALGADO, Concepción, «La circulación y entrega vigilada de drogas y el agente encubierto...», cit. p. 183 y DELGADO MARTÍN, Joaquín, «El proceso penal ante la criminalidad organizada. El agente encubierto», *AP*, núm. 1, 3 al 9 de enero de 2000, p. 17.

(109) *Vid.* PAZ RUBIO, José María y otros, «La prueba en el proceso penal. Su práctica ante los Tribunales», cit., pp. 394 ss.

(110) Ampliando sobre este punto, consideramos, que si bien, del propio artículo 282 bis LECrim se desprende que indirectamente es el Ministerio del Interior quien es el que otorga plazo de duración de la identidad supuesta facilitada al agente encubierto –previa autorización judicial de la medida–, es el órgano judicial quien realmente impone su duración y las eventuales prórrogas puedan requerirse, ya que el agente encubierto siempre actúa al servicio de una investigación procesal penal que puede incurrir en diligencias restrictivas de derechos fundamentales, de no ser así, se incumpliría el control judicial que la Constitución exige para medidas que puedan vulnerar los citados derecho. Por ello, interpretamos que, el creador de la norma lo que busca al dar esas facultades al Ministerio del Interior de establecer límites temporales –a parte de para tener conocimiento de los actos de tráfico jurídico y social que realice el agente encubierto bajo su identidad supuesta–, es contar con un mecanismo que restrinja la discrecionalidad del Juez para determinar la duración de la medida. *Vid.* PAZ RUBIO, José María y otros, «La prueba en el proceso penal. Su práctica ante los Tribunales», cit., pp. 400 ss.

Para que un agente encubierto realice su función –como se ha comentado con anterioridad– deberá cumplir con una serie de formalidades y requisitos (111), sobre todo, cuando con sus actuaciones puedan afectar a derechos fundamentales (v. g., registros domiciliarios, interceptación de comunicaciones). De necesitarse lo anterior, el agente deberá solicitar al Juez de Instrucción competente las autorizaciones que al respecto implante la Constitución y la Ley, así como cumplir las demás previsiones legales aplicables (112). Si el infiltrado omitiera este procedimiento no quedaría exento de responsabilidad criminal por sus actuaciones tanto por aquellas que ignoren esta tutela judicial (113), aquellas que no sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación que se le ha encomendado, como de las que no guarden la correspondiente proporcionalidad con el objetivo de la misma (114) o de las que instituyan una provocación al delito (115). Supuestos que de ocurrir, obligarían al Juez competente a solicitar informe relativo de quien autorizó la identidad supuesta y valorar los acontecimientos para resolver lo que a su juicio proceda (116).

Como regla general, cabe advertir que la actuación del agente encubierto, en cuanto se apegue a lo previsto en el artículo 282 bis.1 LECrim, gozará *ex lege* del amparo de la causa de justificación dispuesta por el apartado 7.º del CP (cumplimiento del deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo) (117). De esta forma, si sus actos de investigación se han desarrollado conforme a lo dispuesto por la norma procesal no se considerarán como típicos, puesto que al mediar una autorización legal –por parte del Juez de Instrucción o Ministerio Fiscal– y la habili-

(111) El agente encubierto, aparte de respetar las formalidades que le impone el ordenamiento, deberá contar con un grado de formación y preparación que le permita llevar a cabo con éxito su actuación (que se da por supuesta dentro de la causa penal); sin no cumple con las cualidades acabadas de mencionar, difícilmente se podrá considerar como viable su investigación durante el proceso penal. *Vid.* MARCHAL ESCALONA, Antonio Nicolás, «Drogas. Actuación policial. Problemas en la investigación», cit., pp. 270 y 271.

(112) QUERALT JIMÉNEZ, Josep, «Recientes novedades legislativas en materia de lucha contra la delincuencia organizada...», cit., pp. 127 ss.

(113) *Ob. ult. cit.*

(114) *Vid.* CARMONA SALGADO, Concepción, «La circulación y entrega vigilada de drogas y el agente encubierto...», cit. p. 189 y MONTÓN GARCÍA, María Lidón, «Agente provocador y agente encubierto: ordenemos conceptos», cit., p. 2.

(115) La provocación para delinquir provocaría impunidad y la consiguiente pérdida de la eficacia en los resultados obtenidos. *Vid.* MONTÓN GARCÍA, María Lidón, «Agente provocador y agente encubierto: ordenemos conceptos», cit., p. 2.

(116) *Vid.* ALONSO PÉREZ, Francisco, «Medios de investigación en el proceso penal...», cit., pp. 573 ss.;

(117) Cfr. ZARAGOZA AGUADO, Javier, «Tratamiento penal y procesal de las organizaciones criminales...», cit., p. 109.

tación expresa para llevarlos acabo, su comportamiento estará socorrido por causa de exclusión *ope legis* de la antijuricidad formal (118).

B) **Autoridades facultadas para conceder la medida y contenido de la misma**

Es discrepancia con lo acontecido en la entrega vigilada, únicamente están autorizados para otorgar la condición de agente encubierto –a funcionario de la Policía Judicial– el Juez de Instrucción competente o el Ministerio Fiscal –este último, informará seguidamente al primero–, quedando excluidos de este tipo de autorizaciones los Jefes de las Unidades Orgánicas de la Policía Judicial y sus mandos superiores. Exigencia formal que resulta lógica, ya que en concierto con la Constitución las medidas limitativas de derechos fundamentales deben ser acogidas por un órgano judicial (119); por tanto, el beneplácito legal que da la norma al Ministerio Fiscal para que autorice esta medida debe ser interpretado de forma restringida: solo aplicará en los casos en que por motivos de urgencia, estimados de acuerdo a criterios de racionalidad, hagan imposible requerir la autorización directa del Juez de Instrucción, además, al tener conocimiento de la existencia de la medida, el Juez deberá dictar una resolución motivada que recoja el juicio de proporcionalidad (120) y todos los requisitos legalmente exigidos. De esta manera, queda subsanada su inicial falta de intervención sin que ello sea obstáculo para una eventual revocación de la autorización si considera que éstos no han estado presentes (121).

La solicitud de la medida tiene que someterse a la discrecionalidad del Juez Instrucción o del Ministerio Fiscal quienes, en todos los supuestos, subordinarán su autorización de acuerdo a «su necesidad a los fines de la investigación» (122). De igual forma, la norma legal (art. 282 bis)

(118) *Ob. ult. cit.*

(119) De hecho, la propia LO 5/1999, de 13 de enero, que es la ingresa la medida a la LECrim, deja ver en su exposición de motivos que, si bien lo que se busca es perfeccionar la acción investigadora en relación con la los delitos de tráfico de drogas, esa indagación de la verdad no debe de estar por encima de la necesidad de salvaguardar las garantías constitucionales, fundamento del sistema democrático español.

(120) Como comenta CARMONA SALGADO, Concepción, «La circulación y entrega vigilada de drogas y el agente encubierto...», cit. p. 184, está técnica –como en la de la entrega vigilada–, susceptible de restringir derechos fundamentales, tiene que ser sometida estrictamente al «tamiz de proporcionalidad» señalado en varios preceptos constitucionales.

(121) Cfr. CARMONA SALGADO, Concepción, «La circulación y entrega vigilada de drogas y el agente encubierto...», cit. p. 184.

(122) *Vid.* PAZ RUBIO, José María y otros, «La prueba en el proceso penal. Su práctica ante los Tribunales», cit. p. 399.

exige a las autoridades con atribuciones para habilitar la institución, la obligación de justificar su decisión «mediante resolución fundada» (123). Por lo que igualmente convergen en su anuencia el principio de legalidad frente al de oportunidad (124). Si bien es cierto que nos encontramos con el hecho de que estos principios son contradictorios entre sí en la medida en que legalidades primero suele anteponerse al segundo, no menos cierto es que esa oposición se diluye en el momento en que el Juez –o Fiscal– ejercen la discrecionalidad que la Ley les permite para autorizar la medida (125).

Para autorizar a un funcionario de la policía la condición de agente encubierto, se requiere presencia previa de acontecimientos que tengan apariencia criminal –sin ser suficientes las fundamentaciones basadas en perfiles o rasgos poco seguros como los que emanan de estereotipos–, ya que si no se considera con extremo cuidado estas precisiones, no sólo la medida será nula (126) sino que con facilidad se podría caer en la creación de un delito provocado (127).

En la resolución judicial deberá aparecer tanto el nombre verdadero de quien adquiere la condición de agente encubierto como la identidad secreta con la que empezará a actuar en sus labores de infiltración e investigación (128). Por motivos obvios, tal como se acostumbra en estos casos, junto con la resolución judicial se abrirá un expediente aparte y secreto que deberá ser salvaguardado bajo estrictas medidas de seguridad (129).

(123) Cuando el ordenamiento procesal hace –de forma expresa– mención de que la resolución debe ser fundada da la impresión que alude a la exigencia de un auto motivado de autoridad judicial, pero si al mismo tiempo tiene contemplada la intervención del Ministerio Fiscal no debe quitar que el acuerdo que se tome debe de estar igualmente fundado, pues se debe evitar –en todo momento– la arbitrariedad por parte de los órganos del Estado. Vid. MARTÍN PALLÍN, José Antonio, «Impacto social, criminológico, político y normativo del tráfico de drogas», en *Delitos contra la salud pública y contrabando*, CDJ, CGPJ, Madrid, 2000, p. 164.

(124) Vid. SEQUEROS SAZARTORNIL, «El Tráfico de Drogas ante el Ordenamiento Jurídico», p. 769.

(125) *Ob. ult. cit.*

(126) Vid. MONTÓN GARCÍA, María Lidón, «Agente provocador y agente encubierto: ordenemos conceptos», cit., p. 2.

(127) Vid. MARTÍN PALLÍN, José Antonio, «Impacto social, criminológico, político...», cit., p. 164.

(128) Vid. ALONSO PÉREZ, Francisco, «Medios de investigación en el proceso penal...», cit., pp. 571-573.

(129) Los agentes encubiertos tendrán que poner a disposición del órgano que les autorizó la infiltración, en su integridad, toda la información que vayan obteniendo de sus averiguaciones, al objeto de que éste acuerde las resoluciones correspondientes, según convenga a las necesidades de la instrucción, por lo que le esta vedado para el infiltrado seleccionar a su libre arbitrio la información que le presentará la Juez de

Queda entendido que la autorización judicial permite la infiltración legítima de las acciones de investigación del agente encubierto que, aunque afecten a los derechos fundamentales, reposen únicamente en el engaño en el que se recurre para la infiltración (130). En cambio, las actuaciones del agente encubierto que rebasen la esfera del engaño en que se funda la infiltración no quedan cubiertas dentro de la autorización judicial recibiendo su debida sanción en dado caso de que ocurriese (131).

C) Control judicial

La intervención judicial es indispensable para otorgar el debido valor probatorio a las actuaciones llevadas a cabo por el agente encu-

Instrucción. PAZ RUBIO, José María, y otros, «La prueba en el proceso penal. Su práctica ante los Tribunales», cit. pp. 399 y 400.

(130) De seguirse este criterio, se justifica «la entrada en domicilios ajenos, la «inspección» de los lugares en que se ha entrado, la aportación de los objetos entregados, la aportación de objetos entregados al agente encubierto de forma voluntaria, así como de las fotografías y grabaciones efectuadas en aquellos lugares, la promoción y participación en conversaciones de contenido incriminatorio con imputados y testigos, así como grabaciones cuando el agente encubierto las protagonice». Cfr. GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, «Infiltración policial y agente encubierto», cit., p. 244.

(131) En la práctica pueden darse actuaciones del agente encubierto que laceren derechos fundamentales en las que se excede del ámbito del mero engaño en que, como decíamos, se funda la infiltración. En dichos supuestos, no estarán amparadas por la autorización inicial: la observación e intervención de las comunicaciones telefónicas que no respeten las previsiones del artículo 579 LECrim; la intervención de la correspondencia o de las comunicaciones postales, que no respeten el precepto precitado y lo previsto por el artículo 584 LECrim; los supuestos en los que se lleven acabo registros y no se respete lo previsto en los artículos 573 ss. LECrim (tanto en éste caso, como en el de la intervención de comunicaciones postales en las que hay que tener en cuenta la necesidad de que esté presente el imputado en el momento de proceder a la apertura previa citación, en estos supuestos, se plantea igualmente la dificultad de dar cumplimiento a las previsiones legales sin poner en conocimiento a los imputados de que existe una investigación procesal en su contra, por tendrían que guardarse para la etapa final de la investigación); la grabación de conversaciones ajenas de forma oculta, siempre, claro está, que esas conversaciones no se estén desarrollando en lugares públicos o en los que sea habitual la presencia de terceros. En este último caso, cabe preguntarse, además sí: ¿Basta con la presencia de una autorización judicial expresa, o tal autorización es insuficiente, ante la carencia de previsión legal específica? A favor de su permisividad, puede recurrirse al artículo 18.3 CE, que garantiza en general el secreto de las comunicaciones, «salvo resolución judicial». En contra de ella, puede señalarse que la previsión 18.3 constitucional es demasiado escueta para constituir una verdadera habilitación, así como que el artículo 579 LECrim no regula la intervención de cualquier comunicación: únicamente aquella que es por correspondencia y la telefónica. *Vid.* GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, «Infiltración policial y agente encubierto», pp. 246 ss.; MARTÍN GARCÍA, Pedro, «La nulidad de actuaciones judiciales y la prueba ilícita», en *La prueba en el proceso penal*, Revista General de Derecho, Valencia, 2000, pp. 52 ss.

bierto (132), particularmente cuando las acciones de éste afecten derechos procesales objeto de protección Constitucional (133). Si en este tipo de supuestos no media la autorización y control judicial, las probanzas obtenidas por el agente durante su labor de investigación no podrán surtir efectos dentro del enjuiciamiento criminal (134).

La norma procesal reclama que la información que el agente encubierto vaya recopilando —en el marco de su investigación— sea aportada al proceso en su integridad (135), añadiendo que la misma deberá valorarse por el órgano judicial competente (136). Igualmente, la norma adjetiva obliga a una tutela judicial constante y sigilosa, por lo que el Juez que ha autorizado esta clase de indagación tiene que ser persistente en el seguimiento de la misma y evitar dejar actuar con total libertad al agente encubierto, al que deberá comunicar instrucciones y orientar en la investigación, siempre y cuando no ponga en peligro su identidad encubierta o supuesta (137).

Por otra parte, la indicación que se desprende del artículo 282 bis LECrim, relativa a que la información que recabada por el agente encubierto se podría poner en conocimiento del Ministerio Fiscal en dado caso de que éste haya autorizado la identidad supuesta, resulta sin duda ambigua, debido a que el propio precepto establece que su

(132) *Vid.* DELGADO MARTÍN, Joaquín, «La criminalidad organizada...», cit., pp. 93 y 94; CARMONA SALGADO, Concepción, «La circulación y entrega vigilada de drogas y el agente encubierto...», cit. p. 187.

(133) GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, Marta, «Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación», cit., p. 137.

(134) MARTÍN GARCÍA, Pedro, «La nulidad de actuaciones judiciales y la prueba ilícita», en *La prueba en el proceso penal*, cit., p. 53 ss.

(135) *Vid.* SEQUEROS SAZARTORNIL, «El Tráfico de Drogas ante el Ordenamiento Jurídico», cit., p. 772.

(136) *Vid.* GOMÉZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, Marta, «Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación», cit., p. 132.

(137) Cfr. MARTÍN PALLÍN, José Antonio, «Impacto social, criminológico, político...», cit., p. 166.

Algunos autores opinan que, el control judicial de la investigación desarrollada por el agente encubierto debe desarrollarse en tres esferas: la primera de ellas que concierne al instante en que se dicta la resolución que autoriza la medida, es decir, el auto motivado, asentado en el juicio de proporcionalidad, a través del cual el citado control se ejercerá mediante el debido cumplimiento de los requerimientos que marca la Ley; una segunda esfera de control que coordinará el período de tiempo en el que el agente encubierto desarrolle su actividad investigadora y en el éste tiene el deber de informar debidamente órgano judicial de los avances de su investigación, y una tercera esfera de control que se vincula con la intervención del órgano judicial sentenciador cuando haya acabado la actividad del agente, a cuyos efectos tendrá en cuenta las posibilidades, dificultades y demás circunstancias que hayan concurrido en su actuación. Cfr. CARMONA SALGADO, Concepción, «La circulación y entrega vigilada de drogas y el agente encubierto...», cit. p. 186.

intervención será de carácter breve dando «cuenta inmediata» al Juez de su autorización, así como lo prueba el hecho de que será este último el facultado para dirigir la investigación criminal (138).

La necesidad de control, en cualquier caso, debe centrarse en la protección y tutela de los derechos del investigado porque al desconocer éste la ejecución de la actividad autorizada no puede impugnarla ni autodefenderse, por lo que en garantía de sus derechos deben el Juez y el Fiscal ser especialmente rigurosos (139). Asimismo, los órganos facultados para otorgar la medida deberán cuidar que la información que se les presenta sea íntegra y cabal, auténtica y no conducida a determinados fines (incriminatorios o exculpatorios), es decir, que resulte una información cierta (140), tal y como concierne a la declaración de quien en su momento concurrirá como testigo de cargo en la causa penal de otro; por consecuencia, el agente encubierto está obligado a decir la verdad conforme al juramento prestado en virtud de lo dispuesto en los artículos 433 y 715 LECrim (141). Hay que recordar, que a pesar de su especial estatus y de lo peculiar de sus funciones, el infiltrado sigue siendo un funcionario de la Policía Judicial y continúa comprometido con los deberes propios de las autoridades de persecución penal (142).

Por otro lado, si en el desempeño de su investigación el agente encubierto tiene conocimiento de que el grupo en el que se ha infiltrado comete otros delitos, además de aquéllos para los que se otorgó la autorización inicial y, por tal motivo, considera útil y necesario para la obtención de pruebas ampliar el ámbito material de su averiguación, deberá solicitar una extensión de la autorización al órgano judicial (143). La autorización podrá ser concedida siempre y cuando los nuevos ilícitos de los que tiene indicios el infiltrado estén dentro de los contemplados por el artículo 282 bis 4 LECrim (144).

(138) Comparte este punto de vista MARTÍN PALLÍN, José Antonio, «Impacto social, criminológico, político...», cit., p. 165.

(139) MONTÓN GARCÍA, María Lindón, «Agente provocador y agente encubierto: ordenemos conceptos», cit., pp. 2 ss.

(140) Vid. QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep, «Recientes novedades legislativas en materia de lucha contra la delincuencia organizada: LO 5/1999 de 14 de enero», cit., 124 y 125.

(141) Cfr. SEQUEROS SAZARTORNIL, «El Trafico de Drogas ante el Ordenamiento Jurídico», cit., p. 772.

(142) Vid. GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, «Infiltración policial y agente encubierto», pp. 232 y 233.

(143) Vid. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo, «El agente encubierto y la entrega vigilada», cit., 101.

(144) En los supuestos en que nuevos ilícitos verificados por el agente encubierto no dentro de los previstos por el apartado 4 del artículo 282 bis LECrim, puede,

Si el agente encubierto dentro del desarrollo de su averiguación llega a la conclusión de que no se está perpetrando ni se ha ejecutado ninguno de los delitos reseñados en la norma (apartado 4 del art. 282 bis LECrim), deberá poner fin a sus indagaciones. Del mismo modo, el Juez convendrá ordenarlo si así lo indujera de las informaciones consignadas por el agente encubierto (145).

Finalmente, la autorización para proceder a la infiltración se extinguirá –y quedará la diligencia sin validez– cuando se den uno de los siguientes casos: *a)* concertada por el Ministerio Fiscal al no dar información inmediata de ella al Juez de Instrucción; o, a pesar de lo anterior, éste la revoca; *b)* Terminado el primer plazo, o de alguna de las prórrogas, la Policía –o el Ministerio Fiscal– no requieren de nuevo la prórroga –v. g., supuestos en los se estima que el infiltrado no ha tenido éxito ya sea porque ha perdido su sentido dentro de la averiguación que ejecuta, por haber conseguido sus resultados o bien, por resultar más que improbable que los alcance (146); *c)* solicitada la prórroga, una vez llegada la finalización del periodo autorizado, el Juez de Instrucción no la concede porque, tanto de la información que le ha proporcionado el infiltrado –o de su ausencia–, así como de la que se derive de la solicitud de prórroga, deduce, entre otros posibles extremos, que la infiltración no ha tenido ningún resultado revelador, ni parezca lógico esperar que vaya a conseguirlo (147); *d)* antes de que llegue el momento de solicitar la prórroga, el mismo Juez de Instrucción también podrá cancelar de oficio y expresamente la autorización en cuanto, de la información que le suministre el agente encubierto, constata alguno de los extremos del inciso anterior; *e)* cuando el propio agente encubierto o los mandos policiales que supervisan su labor constaten que la medida no está aportando los fru-

a nuestro juicio, sin que medie una autorización judicial expresa, obtener válidamente pruebas sobre los mismos, siempre que se trate de delitos relacionados con contemplados por el ordenamiento jurídico, v. g. la tenencia ilícita de armas o el de la falsedad documental, ilícitos necesarios en muchos casos para la comisión de aquéllos que sí están expresamente contemplados por la norma.

(145) *Vid.* DELGADO MARTÍN, Joaquín, «La criminalidad organizada...», cit., pp. 93 y 94; PAZ RUBIO, José María y otros, «La prueba en el proceso penal. Su práctica ante los Tribunales», cit. pp. 400 y 401.

(146) En estos casos no será necesario que el órgano judicial dicte resolución que deje sin efecto formal la autorización.

(147) Conservar la medida en tales supuestos sería contrario al principio de proporcionalidad, pues ha desaparecido la apariencia delictiva en que se fundó su autorización; también en aquellos en los que la única información que se ha constatado se refiere a delitos que no se cometen por una organización, o que no encajan dentro del listado del artículo 282 bis 4 LECrim. Si se omitiera tal indicación la actuación del infiltrado no se estaría efectuando dentro de los márgenes previstos por la Ley.

tos deseados o que ha devenido imposible la propia infiltración dentro de la organización en cuestión; f) cuando exista peligro para el agente encubierto, en este caso, podrá él mismo desertar de sus tareas de investigación o podrán solicitarle sus superiores policiales que así lo haga –con ello no se infringe ningún deber respecto del órgano judicial ya que la autorización para investigar de forma encubierta, en sí, no supone una orden o mandato judicial de hacerlo– (148).

D) **El agente encubierto y diligencias de investigación restrictivas de derechos fundamentales**

Dentro del apartado 3.º del artículo 282 LECrim se reconoce la posibilidad de que las actuaciones llevadas a cabo por parte del agente encubierto en el marco de su investigación criminal, podrían afectar a derechos fundamentales (149), circunstancia que es probable en varios casos en los que el infiltrado deberá solicitar del Juez competente las autorizaciones que al respecto establezca la Constitución y la Ley (150) e igualmente cumplir las demás previsiones legales aplicables (151). Lo que no precisa la norma es a partir de que momento o instante de la infiltración se podría dar tal circunstancia.

Toda infiltración policial se desarrolla en dos etapas: la primera de ubicación y toma de contacto del infiltrado con el medio delictuoso que se intenta indagar, momento en que las operaciones de éste se orientarán principalmente, por medio del engaño, en crear relaciones de confianza con los individuos investigados, las cuales les permitirán el progreso de su averiguación criminal; y, la segunda, en la que el agente encubierto podrá más oportunamente llevar a cabo las tareas

(148) Cfr. GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, «Infiltración policial y agente encubierto», cit., pp. 224 y 225. En síntesis, se percibe en todas las causas que extinguen la autorización para proceder a la infiltración –y que dejan a la diligencia sin validez–, un coherente respeto a las exigencias del principio de proporcionalidad.

(149) ZARAGOZA AGUADO, Javier, «Tratamiento penal y procesal de las organizaciones criminales...», cit., pp. 108 ss.

(150) *Vid.* RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo, «El agente encubierto y la entrega vigilada», cit., 105 y 106.

(151) En este ámbito, las operaciones de un infiltrado pueden también afectar a las previsiones de los arts. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. No obstante, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al interpretar al citado artículo 8 ha declarado que la intrusión del Estado en la vida privada de las personas se puede justificar siempre y cuando asistan estos requisitos: que dicha intrusión este prevista por la ley (legalidad), que su finalidad sea legítima (legitimidad del fin), y que sea necesaria en una sociedad democrática para la consecución de dicho fin (necesidad). Cfr. CARMONA SALGADO, Concepción, «La circulación y entrega vigilada de drogas y el agente encubierto...», cit. p. 187.

de pesquisa de información e indicios de actividad ilícita que se le han encomendado (152).

Se tiene la duda acerca de si las lesiones a los derechos fundamentales inician desde la «primera etapa» en la que se lleva acabo una actuación estrictamente policial (no procesal), o es hasta la «segunda etapa», donde realiza labores propias de investigación (v. g., la entrada en domicilios privados o lugares que no son de acceso público). Parece que con respecto a esta disyuntiva, el ordenamiento jurídico español está definido, ya que al exigir la autorización expresa del Juez o Fiscal para poder proceder a la infiltración es porque considera que desde la primera etapa se comienza a lesionar derechos fundamentales de los ciudadanos (v. g., cuando el infiltrado, para lograr la confianza de los miembros de la organización, se ve obligado a cometer o participar en determinados ilícitos o a observarlos sin revelarlos a las autoridades) (153).

En opinión de algunos (154), el que se exija la previa autorización judicial para poner en práctica la medida es lo adecuado, al considerar que desde el momento en que el agente encubierto intenta crear vínculos de confianza fundándose en su identidad supuesta, está quebrantando el derecho de los demás –imputados potenciales o actuales– al libre desarrollo de la personalidad y al derecho fundamental de la intimidad (155).

Otros, en cambio, estiman que en el actual artículo 282 bis LECrim se determina como fruto de una técnica legislativa «excesivamente minuciosa tanto en los presupuestos necesarios para la autorización judicial de la medida como en los restantes elementos relativos a su ejercicio» (156). Es decir, que el combate contra el crimen organizado justifica, y en cierta forma, legitima, la intromisión del Estado en

(152) Vid. DELGADO GARCÍA, M.^a Dolores, «El agente encubierto», en *La criminalidad organizada ante la justicia*, cit., p. 70.

(153) A diferencia de lo que sucede en Alemania, que sólo exige la autorización judicial –y, por ende, sólo considera que esta medida restringe derechos fundamentales– desde que la tarea del infiltrado va dirigida en contra de un determinado imputado o desde que resulta necesaria la entrada en domicilios privados o lugares que no son de acceso público (§ 110b (2) StPO).

(154) GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, «Infiltración policial y agente encubierto», cit., p. 229.

(155) Vid. DELGADO MARTÍN, Joaquín, «La criminalidad organizada...», cit., p. 65; ALONSO PÉREZ, FRANCISCO, «Medios de investigación en el proceso penal...», cit., p. 578; SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio José, «Policía Judicial y derecho a la intimidad en el seno de la investigación criminal», *Eguzkilore*, núm. Extraordinario 10, San Sebastián, octubre, 1997, pp. 121 ss.

(156) CARMONA SALGADO, Concepción, «La circulación y entrega vigilada de drogas y el agente encubierto...», cit. p. 187.

determinadas atmósferas protegidas por la norma fundamental; siempre y cuando tal injerencia respete la seguridad, los derechos y las libertades públicas, y obedezca a una elevada necesidad social y resulte proporcional al fin legítimamente perseguido (157).

Sin embargo, no debe olvidarse que del engaño en el que se respalda toda infiltración emerge, paralelamente, una afectación a determinados derechos fundamentales de los ciudadanos y a ciertos principios básicos de convivencia previstos en la Constitución:

1.º «La autodeterminación informativa» y «derecho al libre desarrollo de la personalidad». Mayoritariamente, la doctrina procesal penal y constitucional alemana repara en que la infiltración arremete y limita lo que se podría designar como «derecho fundamental a la autodeterminación informativa» (158), el cual está constituido por el derecho de saber quién, qué, cuándo y de qué forma, dispone de información concerniente a uno mismo; por extensión, salvaguarda con ello un conjunto de cualidades necesarias e imprescindibles de la comunicación humana: «la libre decisión de elegir a los destinatarios de las conversaciones y a los testigos de ciertas facetas de la vida privada a través de las cuales se manifiesta la personalidad de cada uno» (159). Si buscamos trasladar tal concepto al Derecho positivo

(157) *Ob. ult. cit.*

(158) En este sentido, REBMANN, «*Der Einsatz verdeckt ermittelnder Polizeihemer im Bereich der Strafverfolgung*», NJW, 1985, pp. 1 ss., esp. 4: HASs.EMER, «*Thesen zu informationeller Selbstbestimmung und Strafverfahren*», *Strafverejdiger* 6/1988, pp. 267-268, p. 268 y otros. Discrepan, minoritariamente, KREY, «*Rechtsprobleme des strafprozess.ualen Einsatzes Verdeckter Ermiuler einschlieBlich des «Lauschangriffs» zu seiner Sicherung und als Instrument der Verbrechensaufklärung*, BKA-Forschungsreihe, Wiesbaden, 1993, núms. margs. 102-124 y 147-171. Cit. al pie (15) por: GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, «Infiltración policial y agente encubierto», cit., p. 93.

(159) GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, «Infiltración policial y agente encubierto», p. 94, quien nos comenta además qué, la parte central de dicho derecho equidista en la elección libre del destinatario de la comunicación y se concluye una vez éste la haya recibido; en otros términos, no existe un derecho a que el receptor de la comunicación no divulgue a su vez lo recibido (p. 95). En similar orientación encontramos la STS de 20 de mayo de 1997, Pn. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez (RJ 4263) resuelve entre otras cosas que, las conversaciones que un ciudadano no perteneciente al Poder pueda tener con otro, pueden grabarse por aquél sin precisar autorización judicial, así como que, no hay vulneración del derecho a la intimidad cuando el propio recurrente es el que ha exteriorizado sus pensamientos sin coacción de ninguna especie. Tal exteriorización indica que el titular del derecho no desea que su intimidad permanezca fuera del alcance del conocimiento de los demás. Proyectar que el derecho a la intimidad alcanza inclusive al interés de que ciertos actos, que el sujeto ha comunicado a otros, sean mantenidos en secreto por quien ha sido destinatario de tal comunicación, importa una exagerada extensión del efecto horizontal que se pudiera otorgar al derecho fundamental a la intimidad.

español, cabe señalar que el ordenamiento constitucional nacional no contempla de manera expresa un derecho de contenido y eficacia análogos al «derecho a la autodeterminación informativa», pero la forma en que puede ser intuido es la siguiente: la Constitución, por una parte, establece límites a la función del Estado; y por otra, que el Estado, para legitimarse como tal, reconoce a todos los ciudadanos como emanación directa de la dignidad inherente al ser humano (160).

Asimismo, prevé para los ciudadanos una convivencia social en el que la comunicación y el establecimiento de relaciones de confianza entre los individuos esté libre de la presencia oculta del Estado recabando información que pueda ser usada como prueba de cargo en un proceso penal (161). Si esta circunstancia se toma de base, el Estado inicialmente observaría que la infiltración policial es una técnica que le estaría prohibida, a excepción de ciertos espacios y dentro de unos límites determinados en los que busque la protección de otros derechos fundamentales o de valores constitucionales (162).

(160) Atendiendo a lo previsto en el texto constitucional, pensamos, que la prohibición genérica de que el Estado se dirija de forma encubierta hacia sus ciudadanos en busca de información se localiza en el artículo 1 CE al prever dicho precepto que el Estado de Derecho propugna la libertad como un valor superior: no existe Estado de Derecho, ni auténtica libertad, cuando los ciudadanos no se sienten en un entorno de confianza a la hora de comunicarse con los demás. Por otro, vinculado con esto, la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, contemplada en el artículo 9.3 CE que impide al Estado, de alguna manera, a engañar a los ciudadanos para obtener información sobre ellos, así como ejercer sus funciones de manera oculta.

Por otro lado, hay que recordar que la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad como prevé el artículo 10 CE, son derechos fundamentales en los que se basa el orden político y de la paz social. Es cierto que, si reparamos en su localización sistemática, el libre desarrollo de la personalidad no parece tener el rango de un derecho fundamental. Ahora bien, pensamos que, no es necesario que el libre desarrollo de la personalidad esté expresamente localizado entre los artículos 15 y 29 CE para interpretar que sus fases esenciales posean ese rango. De hecho, consideramos que de alguna forma la mayoría de ellas se encuentran contempladas en el artículo 15 y los siguientes. CE: y es que con la coronación de todos estos derechos fundamentales se reconoce a los ciudadanos el derecho a que el Estado en que se organiza la sociedad donde viven les facilite medios y condiciones para que puedan desplegar sus potenciales como seres humanos.

Si lo anterior no fuera posible, que la opción o posibilidad de que el libre desarrollo de la personalidad se encuentre dentro del derecho a la intimidad previsto artículo 18.1 CE, claro está, interpretado, manera amplia. *Vid.* LÓPEZ ORTEGA, «La intimidad como bien jurídico protegido», en *Estudios sobre el Código Penal de 1995 (Parte Especial)*, CGPJ, 1996, pp. 287 ss.

(161) *Vid.* DELGADO GARCÍA, M.^a Dolores, «El agente encubierto», en *La criminalidad organizada ante la justicia*, cit. p. 71.

(162) *Vid.* GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, Marta, «Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación», cit., p. 134.

2.º El Derecho a la intimidad, secreto de las comunicaciones e inviolabilidad del domicilio. Como derechos fundamentales se encuentran contemplados en el artículo 18 CE; estos, igualmente, pueden verse dañados por las operaciones llevadas a cabo por un agente encubierto dentro de una investigación criminal: por una parte, el engaño de que se sirve el Estado a través de su agente encubierto, le permite acceder a determinadas facetas de la intimidad personal de los sujetos que aparecen como encausados o sospechosos dentro de la investigación que realizan y de algunos ciudadanos que no tienen nada que ver con ella (18.1 CE) (163); por otra parte, también puede ayudarle tal infiltración policial a lograr una entrada a determinados lugares que tienen la deferencia de domicilio que de otro modo únicamente podría ingresar a ellos previa orden judicial (18.2 CE); de igual forma, se tienen las condiciones para enterarse del tema o asunto que entrañan algunas comunicaciones ajenas (164).

3.º El especial derecho de todo ciudadano a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable si se considera pasivo en la actividad jurisdiccional penal (24.1 CE). Éste es otro derecho que puede verse vulnerado por las operaciones ejecutadas por el infiltrado durante su investigación criminal. No debemos dejar de lado que es requerimiento esencial para el ejercicio de este derecho que el ciudadano tenga pleno conocimiento de que se está dirigiendo contra él un interrogatorio por parte de una autoridad judicial, cuyo fin es favorecer a precisar, como ciertos o inciertos, unos acontecimientos dentro del

(163) La intimidad es el modo de ser de la persona y en los casos en que se obstaculice el libre desarrollo de la personalidad, esta ha de obtener la protección prevista en el artículo 18.1 CE. *Vid.* HERRERO-TEJEDOR, Fernando, «la intimidad como Derecho fundamental», Colex, Madrid, 1998, pp. 19 ss.

(164) En varias ocasiones, las operaciones del infiltrado, están relacionadas con ciertos aspectos del derecho a la intimidad, como ocurre con las entradas y registros domiciliarios, al igual que con las intervenciones telefónicas. Si el agente encubierto considera que sus operaciones pueden afectar alguna fase de éste derecho fundamental, como ya hemos comentado, tendrá que cumplir con la obligación legal de solicitar al órgano judicial la oportuna autorización, que se reflejará en una nueva resolución suficientemente fundada. Debemos de tener presente que en algunos casos no será posible verificar cabalmente todas las estipulaciones legales existentes al respecto ante el riesgo de que pueda venirse abajo la operación en su integridad, siendo suficiente, por ejemplo, la habilitación judicial en los casos en que se autoricen entradas y registros en domicilios privados, si bien cuestión distinta será el peso probatorio que pueda dársele a los objetos encontrados; al igual que una intervención telefónica únicamente será válida como diligencia de investigación si acopia algún indicio necesario para la continuidad y buena marcha de la misma, aunque adquirirán valor probatorio, solamente, cuando el contenido de las conversaciones pueda confirmarse con la traída a colación de oportunos contrastes. *Cfr.* CARMONA SALGADO, Concepción, «La circulación y entrega vigilada de drogas y el agente encubierto...», cit. p. 187.

ámbito de un proceso penal (165). Por ello, se estima que la técnica policial de infiltración es capaz de comprometer el derecho a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable, sobre todo, cuando por medio de ella se consigue que el imputado realice manifestaciones incriminatorias que pueden tener cabida en un juicio oral y coadyuven en el fundamento de una sentencia condenatoria (166).

Por lo anteriormente expuesto, es necesario establecer con claridad los límites que deben regir la actividad del agente encubierto, para que durante la realización de sus operaciones lesione lo menos posible –o no invada de forma desproporcionada– las atmósferas protegidas por los derechos fundamentales a los que hemos hecho referencia (167). De cualquier manera, se tiene claro que la infiltración siga siendo lesiva por sí misma (168), ya que si no fuera así no se exigiría la autorización de órgano judicial competente –o el Ministerio Fiscal– para proceder a ella. También lo demuestra el hecho de que tal autorización no impide que dentro de las actuaciones el agente encubierto se pueda lesionar otras normas del Estado de Derecho (169).

(165) Por tal motivo, el ejercicio del citado derecho se ve lesionado, y el fin que persigue el ordenamiento constitucional al establecerlo totalmente desfasado, en supuestos de que las preguntas que, dentro de un juicio ordinario, tendrían que hacerse de manera abierta, en presencia de un abogado, se las haga mediante engaño un agente encubierto. Cfr. GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, «Infiltración policial y agente encubierto», pp. 107 y 108.

En otro sentido, la jurisprudencia, por el contrario, ha admitido que –bajo ciertas condiciones– los agentes de la policía no están obligados a revelar su carácter de tales a quienes ya han decidido la comisión del delito, sin perjuicio naturalmente de los límites que a este respecto cabe deducir del principio «*nemo tenetur se ipsum accusare*», recogido en el artículo 24.2 CE. Vid. STS de 20 de octubre, Pn. Enrique Bacigalupo Zapater (RJ 7244).

(166) GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, «Infiltración policial y agente encubierto», p. 109.

(167) No cabe duda que sino se respetan tales indicaciones la técnica del agente encubierto y su carácter subrepticio seguirá siendo asociada con un proceso penal autoritario, inquisitivo e inconstitucional. Cfr. STEFAN BRAUM, J. M., «La investigación encubierta como característica del proceso penal autoritario», en: *La insostenible situación del Derecho penal*, Comares, Granada, 1999, p. 7.

(168) Vid. GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, Marta, «Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación», cit., p. 133 ss.

(169) Al referirnos a la lesividad de la infiltración policial, lo hacemos, enfocándonos a una perspectiva material, es decir, a que damos por hecho que durante la infiltración se tendrá, en ocasiones, que lesionar algún derecho fundamental. En otras palabras, independientemente de que formalmente la infiltración cuente con una cobertura normativa y esté aceptada dentro de la legalidad, ello no le despoja que materialmente, por su propia naturaleza, continúe siendo lesiva para determinados derechos fundamentales. Recuérdese que dos notas determinan que este medio de investigación incurra en principios y derechos reconocidos en la Constitución: El

E) Responsabilidad penal del agente encubierto: Conductas justificadas y conductas punibles

En principio, las conductas ilícitas que en cumplimiento de su misión ejecute un funcionario policial que actúa como agente encubierto –dentro de una organización de criminalidad organizada– podrían, según lo dispuesto en el artículo 20, apartado 7.º, CP, interpretarse especialmente justificadas y, por tal motivo, exentas de responsabilidad criminal al obrar en el ejercicio legítimo de un oficio o encargo (170). Sin embargo, esta justificación opera sólo en la medida en que tales comportamiento ilícitos se realicen en el marco de una investigación de delitos de delincuencia organizada y como consecuencia necesaria del desarrollo de la propia indagación criminal (apartado 5.º del art. 282 bis LECrim) (171).

En efecto, cuando se trata del agente encubierto dicha causal de justificación está supeditada a que florezca la existencia de una situación de necesidad que haga imperioso recurrir a la infiltración policial encubierta en una organización de delincuencia organizada. Es decir,

engaño y la identidad ficticia. Cfr. GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, Marta, «Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación», Colex, 2004, pp. 29 ss.

(170) *Vid.* QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep, «Recientes novedades legislativas en materia de lucha contra la delincuencia organizada: LO 5/1999 de 14 de enero», cit., p. 127. En otro sentido, aunque no parece haber problema que la exención sea considerada una causa de justificación, hay autores que se plantean la posibilidad de que esta más bien opere como una excusa absolutoria, en cuyo supuesto habría responsabilidad penal y civil de los partícipes y la responsabilidad civil subsidiaria del Estado, salvo se constituyera como una excusa absolutoria de carácter objetivo, en cuyo caso la responsabilidad penal de los partícipes podría quedar excluida. *Vid.* LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., «El agente encubierto», *La Ley*, núm. 4778, 20 de abril de 1999, p. 2.

(171) Sin lugar a dudas, este es uno de los puntos más controvertidos de esta figura ya que otorga la exención de la responsabilidad criminal del infiltrado en los ilícitos que guarden debida proporcionalidad con la investigación. Esto quiere decir, por lo menos desde un primer momento, que cuanto más grave fuere el ilícito investigado mayor puede ser el delito que se ve beneficiado por la exención. Somos de la opinión, que salvo en supuestos excepcionales, la exención podría ser con respecto a delitos contra la vida, la integridad física, moral o psíquica de las personas que están siendo investigadas. En todo caso, tal proporcionalidad debe ser entendida de forma limitada, sólo al grado de ser capaz amparar sin graves inconvenientes algunos delitos de menor trascendencia penal. En todos los supuestos será necesario las condiciones existentes en las que el infiltrado realizó los comportamientos ilícitos para llegar a la adecuada conclusión. En ese mismo sentido, *vid.* MARTÍN PALLÍN, José Antonio, «Impacto social, criminológico, político...», cit., p. 165; CARMONA SALGADO, Concepción, «La circulación y entrega vigilada de drogas y el agente encubierto...», cit. p. 187.

que el encubrimiento aparezca como la única técnica utilizable para conseguir pruebas de cargo contra dicha asociación criminal (172) y en las cuales sean respetados los principios de proporcionalidad y subsidiariedad (173). Dichas restricciones deben frenar que se «optimice» el criterio de utilidad y velar por el menor perjuicio de las garantías del Estado de derecho (174). De esta manera, para poner en práctica la medida se exige que se trate de delitos graves y de difícil comprobación en los que la implementación de la técnica de infiltración se presenta como la única vía para la investigación y esclarecimiento de los tales comportamientos criminales (175).

Por otro lado, hay una serie de requisitos legales que deben estar presentes dentro de las conductas del agente encubierto para que quede amparado por la exención mencionada en el apartado 5.º del artículo 282 bis LECrim: *a*) que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación; *b*) que guarden debida proporcionalidad con la finalidad de la misma, y *c*) que no constituyan provocación del delito (176).

Cuando se alude a que las conductas delictivas han de ser «consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación», el término «investigación» corresponde a una significación amplia del mismo, no únicamente coincidente con la actividad indagatoria en el sentido estricto sino que, igualmente, a de dilatarse a otro conjunto de tareas u operaciones que le son necesarias para favorecer su ingreso y continuidad dentro del clan criminal como conseguir datos de la estructura y actividades de la organización, establecer contactos, etc. El juicio de necesidad sobre los actos llevados a cabo por los infiltrados dentro de

(172) Vid. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo, «El agente encubierto y la entrega vigilada», cit., 106.

(173) MATUS ACUÑA, Jean Pierre, y RAMÍREZ GUZMÁN, *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial*, 2.ª ed., Universidad de Talca, Chile, 2002, p. 250.

(174) *Ob. ult. cit.*

(175) Lo anterior viene a significar que en los demás supuestos en que la participación del infiltrado en la ejecución de conductas delictivas no emerja como necesaria para la protección de los bienes jurídicos en juego, y por ende, vaya más allá del ámbito de su justificación inicial, podemos afirmar que dicho comportamiento podrá ser considerado como delictivo, no obstante, en el caso del funcionario policial infiltrado en una organización de delincuencia organizada, cuya propia seguridad personal puede verse en peligro por no ejecutar alguno de estos ilícitos, debe apalearse a la posibilidad de una exculpación por miedo insuperable o fuerza irresistible. Vid. MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMÍREZ GUZMÁN, «Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial», cit., p. 250.

(176) Vid. ALONSO PÉREZ, Francisco, «Medios de investigación en el proceso penal...», cit., pp. 574 ss.; MONTÓN GARCÍA, María Lidón, «Agente provocador y agente encubierto: ordenemos conceptos», cit., p. 2.

su encargo, invariablemente ha de hacerse *ex ante* y no después de probar la idoneidad de sus comportamientos a los fines de la investigación (*ex post*), ya que este proceder conllevaría elevados márgenes de inseguridad para ellos (177).

La exigencia formal referente a que la conducta del agente encubierto dentro de la investigación ha de guardar «la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma», determina que sólo cabe consentir un quebranto de la legalidad cuando los logros de la investigación retribuyan los daños que comporta. Lo anterior nos rectifica que tal cláusula supone un tope a la necesidad de la conducta, sin que esto implique que por calificarse de necesaria –obligada e inmediatamente– la actuación del agente encubierto quede justificada; para que tal circunstancia se dé, es preciso que su forma de operar no haya sido desproporcionada. Para concluir, si existe proporcionalidad entre la conducta lesiva con el fin perseguido, debe efectuarse una valoración desde una perspectiva *ex ante*, esto es, comprobar si hay correspondencia entre el hecho delictivo y la investigación que se realiza, desde la circunstancias en que se hallara el agente encubierto en el instante previo a resolver su comisión (178).

Cuando la norma procesal (5.º del art. 282 bis LECrim) instituye el requisito legal concerniente a que las actuaciones delictivas del agente encubierto «no constituyan una provocación al delito», lo que se prescribe es que el comportamiento del agente encubierto ha de incidir única y exclusivamente sobre ilícitos consumados o que se estén llevando a cabo (179), por lo que se prohíbe que el agente encubierto de lugar a la aparición del delito provocado (180).

(177) Cfr. CARMONA SALGADO, Concepción, «La circulación y entrega vigilada de drogas y el agente encubierto...», cit., p. 189.

(178) Así las cosas, resulta indudable que no pueden perpetrarse –y justificarse– ilícitos de mayor gravedad que los que son objeto de investigación. *Vid.* DELGADO MARTÍN, Joaquín, «La criminalidad organizada...», cit., pp. 113 ss.

(179) La participación del agente encubierto en operaciones de tráfico de drogas, nos sitúa en los límites del agente provocador, penado con carácter genérico en el 368 CP, y agravado en el 369.1, CP por su cualidad de funcionario público. Luego de aquí se deduce que el infiltrado tendrá que limitarse en todo caso a tareas informativas, identificando autores y posibles que los mismos vayan a verificar, con un claro norte: el aseguramiento de la prueba. Por lo que no debe confundirse la provocación con la investigación. En este sentido, *vid.* REY HUIDOBRO, Luis Fernando, «La entrega vigilada de drogas. El artículo 263 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal», cit., p. 194; MONTÓN GARCÍA, María Lidón, «Agente provocador y agente encubierto: ordenemos conceptos», cit., pp. ss.

(180) *Vid.* PÉREZ ARROYO, Miguel Rafael, «La provocación de la prueba, el agente provocador y el agente encubierto...», cit., pp. 1 ss. Profundizando sobre este punto, se observa que, en algunos casos, pueden aparecer conflictos en la valoración probatoria de las actuaciones llevadas a cabo por un agente encubierto cuando su

F) Procedimiento a seguir en caso de responsabilidad penal del agente encubierto

Para que se pueda proceder penalmente por las actuaciones realizadas por el agente encubierto (párrafo 2.º 282 bis 5 LECrim), el Juez competente deberá, en cuanto conozca de la actuación de un funcionario policial infiltrado en la misma, solicitar informe correspondiente al caso concreto de la autoridad que hubiese conferido la identidad supuesta, en atención a lo cual resolverá lo que a su criterio proceda (181). La doctrina mayoritaria comprende que la naturaleza del requerimiento del informe es un elemento que constituye una condición de procedibilidad, un requisito ineludible, o de obligado cumplimiento, para poder proceder dentro de un proceso penal contra aquel funcionario que hubiese sido autorizado para operar como agente encubierto en el ámbito de una organización criminal (182).

A pesar de la poca claridad de la redacción del párrafo 2.º 282 bis 5 LECrim, se interpreta que la Autoridad –Judicial o del Ministerio Fiscal– que concedió la identidad supuesta, al emitir el citado

actuación se presenta en áreas limítrofes a sus propias funciones, sobre todo, cuando puedan dar la probabilidad de la existencia de un delito provocado. El TEDH en su sentencia de 9 de junio de 1998, Caso Teixiera de Castro, ante un supuesto de tráfico de drogas en el que la única prueba fue la actuación de dos funcionarios policiales que obraron como agentes encubiertos, aprecia la transgresión del artículo 6.1 del Convenio Europeo, al considerar que no se trató de agentes encubiertos sino de agentes provocadores. Instituye como doctrina el Tribunal Europeo que la intervención de los agentes encubiertos debe mirarse restrictivamente y debe de estar rodeada de garantías mínimas exigibles a cualquier medio de investigación de un hecho delictivo. Pone de manifiesto que el interés público no justifica la utilización de pruebas que han sido obtenidas mediante incitación policial del delito. Se insta que la actitud de los agentes encubiertos debe de ser de auténtica investigación de ilícitos perpetuados por otros y no faculta que operen como agentes incitadores de la comisión de hechos delictivos. Cfr. MARTÍN PALLÍN, José Antonio, «Impacto social, criminológico, político...», cit., p. 169.

(181) *Vid.* RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo, «El agente encubierto y la entrega vigilada», cit., 106. Nos queda claro que con la imposición de esta norma se trata de no dejar de lado la posibilidad castigar lo excesos en que hubiera incurrido el agente encubierto durante su actuación. Si bien, el Estado le permite al funcionario infiltrado en una organización criminal la utilización de tácticas ilícitas de persuasión, ello no implica la elección de los medios deba de ser arbitraria ni impune cuando con las actuaciones llevadas a cabo no se respetan los márgenes establecidos en el ordenamiento jurídico. *Vid.* ALONSO PÉREZ, Francisco, «Medios de investigación en el proceso penal...», cit., pp. 574 ss.

(182) Así, CARMONA SALGADO, Concepción, «La circulación y entrega vigilada de drogas y el agente encubierto...», cit. p. 190; MARTÍN PALLÍN, José Antonio, «Impacto social, criminológico, político...», cit., p. 167; GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, «Infiltración policial y agente encubierto», p. 288.

informe deberá aludir a todas aquellas situaciones o condiciones que verifiquen a la persona a quien se le imputa el delito como poseedor formal de la condición de agente encubierto –lo que garantiza que su investigación oculta se autorizó judicialmente–, además de aquellas que sufragan información necesaria que auxilie al Juez competente a resolver si resulta o no aplicable la causa de justificación prevista el primer párrafo del citado precepto (183).

En otro sentido, algunas voces señalan que la manera de redactar el precepto no es la más afortunada (184) conllevando a imprecisiones que es conveniente delimitar y perfilar suficientemente (185). Sobre todo al referirse a que el Juez competente para conocer el delito resolverá lo que a su criterio proceda. Lo anterior da la impresión de que la norma otorga al órgano judicial la posibilidad de ignorar el principio de legalidad y conducirse de forma «oportunista, arbitraria o coyuntural» (186). Sería lamentable, si el hecho sobrelleva signos de delito, que el Juez pudiese cubrir al delincuente, bloqueando la investigación o enviándola sin más al archivo, especialmente en casos en donde la participación del agente encubierto esté involucrada en la comisión de conductas ilícitas, o en los que actúa como agente provocador, igualmente en aquellos en que las medidas que tome no sean necesarias para la protección de los bienes jurídicos en juego ni tengan proporcionalidad con los mismos y, por tanto, se excluyan del ámbito de justificación supuestos en los que evidentemente aparecería ilicitud en su acciones y por ello, responsabilidad penal (187).

(183) CARMONA SALGADO, Concepción, «La circulación y entrega vigilada de drogas y el agente encubierto...», cit. pp. 190 y 191.

(184) Vid. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo, «El agente encubierto y la entrega vigilada», cit., 106.

(185) Vid. MARTÍN PALLÍN, José Antonio, «Impacto social, criminológico, político...», cit., pp. 167 y 168, quien opina que lo único que precisa con claridad la Ley, es que el Juez competente se dirigirá autoridad judicial o Ministerio Fiscal que hubiere concedido la identidad falsa, para que verifique dicha circunstancia.

(186) *Ob. ult. cit.*

(187) Debido a que el artículo 282 bis 5, pfo. 2.º, prevé que el Juez instructor de la causa penal seguida contra el agente encubierto, una vez que reciba el informe de la autoridad que otorgó la identidad supuesta, a la vista del mismo, «resolverá lo que a su criterio proceda», dando la impresión que el precepto está admitiendo la posibilidad de que se archive el proceso seguido contra un infiltrado cuando aparezca la exención de responsabilidad penal contemplada en la norma; archivo, que a vez, puede ocasionar en la praxis ciertas circunstancias ambiguas. Así, p. ej., dicha decisión la podría adoptar directamente el Juez de instrucción en cualquier clase de procedimiento penal, sea cual fuere la gravedad de los ilícitos imputados, y no el órgano de enjuiciamiento; por otra parte, no traería consecuencias de cosa juzgada equiparándose al sobreseimiento provisional del procedimiento ordinario por delito; y, finalmente, también puede suceder que se decrete el cierre del proceso sin la publicidad

En definitiva, en el ámbito forense dependerá de la profesionalidad en el cometido del agente encubierto y su voluntariedad para que su acción siempre sea respetuosa de la norma, evitándose así ser sujeto a un procedimiento penal; pero también depende del compromiso ético y la habilidad de los jueces para sortear los obstáculos procesales e impedir la impunidad de comportamientos ilícitos consumados por un funcionario policial facultado para operar con identidad supuesta.

G) Reflexiones sobre el régimen de especial protección del agente encubierto dentro de la LO 19/1994 (de Protección a Testigos y Peritos dentro las causas criminales) (188)

El agente encubierto a nivel procesal disfruta de idénticas cautelas que los testigos y peritos protegidos de acuerdo a lo previsto en el artículo 282 bis 2 LECrim (189). Ello significa que no ha de existir constancia en autos sobre circunstancias personales que permitan su identificación, tampoco puede existir encuentro visual entre éstos y los imputados en ninguna diligencia procesal y el domicilio de notificaciones y citaciones deberá ser diferente al suyo (art. 2 LO 19/1994) (190). Junto a esta medida protección, están previstas otras providencias de oficio o a instancia de parte, que el Juez podrá disponer si las considera necesarias tanto para el agente encubierto, en su

inherente al juicio oral y restringiendo la participación de las partes, lo que podría originar importantes atropellos, sobre todo con respecto a la información que se le puede esconder al órgano judicial en cuestión. Cfr. CARMONA SALGADO, Concepción, «La circulación y entrega vigilada de drogas y el agente encubierto...», cit. p. 191.

(188) *Vid.* Ex cursus II. También: FUENTES SORIANO, Olga, «La LO 19/1994, de protección de testigos y peritos en causas criminales», en *Revista de Derecho Procesal*, 1996, núm. 1, pp. 140 ss.; NARVÁEZ RODRÍGUEZ, Antonio «Protección de testigos y peritos: análisis de su normativa reguladora» en Tribunales de Justicia, *Revista española de derecho procesal*, núm. 10, 1999, pp. 875-912; MORENO CATENA, Víctor, «La protección de testigos y peritos en el proceso penal español», en *Delincuencia Organizada. Aspectos penales procesales y criminológicos*, (coord. Juan Carlos Ferré Olivé), Universidad de Huelva, 1999, pp. 137 y 138; LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *La moderna victimología* Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 129

(189) Según esta afirmación los funcionarios de la Policía Judicial que han participado en una investigación criminal como agentes encubiertos pueden mantener en el eventual proceso judicial posterior su identidad supuesta. *Vid.* RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo, «El agente encubierto y la entrega vigilada», cit., p. 101.

(190) Cfr. QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep, «Recientes novedades legislativas en materia de lucha contra la delincuencia organizada: LO 5/1999, de 14 de enero», cit., pp. 128 y 129.

calidad de testigo protegido, como para su familia o allegados (191), incluso, cabe la posibilidad de facilitar protección oficial o cambio de identidad (art. 3 LO 19/1994) (192).

Dentro del ordenamiento procesal se desprende un criterio extensivo del concepto testigo que permite otorgar al agente encubierto la condición de protección mencionada (193). Interpretación que se suma

(191) La LO 19/1994 extiende su ámbito de protección a quienes estén ligados al declarante por un vínculo familiar o afectivo, siempre y cuando concurra también en su persona, libertad o bienes la circunstancia de peligro grave, en razón del testimonio presentado por el testigo o perito al que están allegados (art. 1.2). Para que el órgano judicial conceda la protección de los allegados –a peritos o testigos–, será necesaria la concurrencia de los siguientes requisitos: *a)* la relación de parentesco o análoga afectividad; *b)* la presencia de un grave peligro sobre sus personas (art. 1.3, en relación con el 4.1); *c)* que esta situación de riesgo en que se encuentren derive de la participación procesal del testigo o del perito al que se encuentran vinculados. Cfr. MORENO CATENA, Víctor, «La protección de testigos y peritos en el proceso penal español», en *Delincuencia Organizada. Aspectos penales procesales y criminológicos*, cit., p. 140.

(192) *Vid.* Sobre el particular entre otros a: MARTÍNEZ RUIZ, Jesús, «La protección de testigos y peritos en las causas criminales», en *Estudios jurídico-penales y político-criminales sobre tráfico de drogas y figuras afines*, cit., p. 216; MORENO CATENA, Víctor, «La protección de testigos y peritos en el proceso penal español», cit., p. 140; CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, «La organización criminal. Tratamiento penal y procesal», cit., p. 70; MARCHAL ESCALONA, Antonio Nicolás, «Drogas. Actuación policial. Problemas en la investigación», cit., p. 225.

Las medidas de protección que prevé la LO 19/1994 podrán ser adoptadas dentro de los dos períodos en los que concierne el proceso penal español: durante la instrucción, se podrá omitir que aparezca en las diligencias que se practiquen durante el proceso nombre, apellidos, domicilio, lugar de trabajo y profesión, ni cualquier otro dato que pudiera servir para la identificación de los mismos, pudiéndose utilizar para ésta un número o cualquier otra clave [art. 2.a)], que comparezcan para la práctica de cualquier diligencia utilizando cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual normal, que se establezca como domicilio, a efectos de citaciones y notificaciones, la sede del órgano judicial en el que se ventila la causa penal, el cual las hará llegar reservadamente a su destinatario; en la fase del juicio oral, se podrá modificar o suprimir todas o algunas de las medidas de protección de los testigos y peritos adoptadas por el Juez de Instrucción, así como si procede la adopción de otras nuevas, previa ponderación de los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, de los derechos fundamentales en conflicto y de las circunstancias concurrentes en los testigos y peritos en relación con el proceso penal de que se trate (art. 4). En este sentido el TS en Sentencia de 25 de abril de 1997, Pn. Joaquín Delgado García (RJ 3618), autorizó, en el acto del juicio oral, «a fin de que los testigos policías no pudieran ser reconocidos por el público asistente al acto... colocar una mampara de papel que impidiera que tales testigos pudieran ser vistos por dicho público, pero permitiendo que los vieran el Tribunal, el Ministerio Fiscal, los acusados y sus Letrados, y así se hizo, prestando sus declaraciones los dos policías referidos y otros más que asimismo acudieron a tal acto...».

(193) La condición de Testigos, de conformidad a la normativa procesal aplicable, concurrirá de carácter general, en «toda persona que, sin ser parte, está llamada

a lo acordado por la LECrim relativo a que las manifestaciones del infiltrado tendrán valor de declaraciones testificales cuando se refieran a hechos de conocimiento propio (arts. 297.2 y 717) independientemente de que la información que posea provenga de una infiltración policial, supuesto en el que la propia norma procesal autoriza su el mantenimiento de identidad falsa al momento de testificar en el proceso que traiga causa de los hechos en los que hubiera intervenido, siempre que así lo disponga una resolución judicial previa y motivada (194).

Así las cosas, surge la duda acerca de la aplicación al agente encubierto de la disposición sobre testimonios anónimos que parece advertirse en la LO 19/1994 (195). En este punto, apreciamos que tal situación sería poco probable, ya que el derecho constitucional de defensa que se pretende garantizar en la propia norma (art. 4. 3.º) debe

a emitir una declaración de conocimiento propio sobre hechos o circunstancias históricas, relevantes para el objeto de la litis» (*vid.* STS de 6 de abril de 1992, Pn. Ramón Montero Fernández-Cid (RJ 2857), encontrándose obligada –en todo momento– a manifestar la verdad respecto de todo lo que conozca en relación a los hechos por los cuales le ha sido solicitada su comparecencia en el proceso (*vid.* art. 433 LECrim). En sentido más estricto, sólo son testigos las personas físicas que surgen como terceros ajenos al proceso penal que son requeridos por la autoridad judicial para que proporcionen su testimonio respecto de los acontecimientos históricos que han presenciado –o tenido conocimiento– fuera del proceso y que son de particular importancia el fallo judicial (*vid.* MORENO CATENA, Víctor, «La protección de testigos y peritos en el proceso penal español», cit., p. 140 y 141). Por otra parte, si utilizamos un criterio más extenso del término «testigo», que supere la literalidad de la norma, y, si al mismo tiempo tenemos en cuenta que resulta indudable que dentro de una causa penal el denunciante, la víctima y, en su caso, el perjudicado, aunque asuman la condición de partes, tendrán que comparecer ante la autoridad judicial para proporcionar su testimonio, ya sea al momento de la fase de instrucción o en el plenario (MARTÍNEZ RUIZ, Jesús, «La protección de testigos y peritos en las causas criminales», cit., p. 213.), por lo que no habría inconveniente para incluirlos dentro de las personas susceptibles de beneficiarse por las medidas de protección que señala la LO 19/1994. Tampoco para que el agente encubierto pueda ser considerado como tal. Además, hay que tener en cuenta que no sólo en los testigos de carácter puro pueden presentarse situaciones de miedo ante el temor a posibles represalias por su deposición como testigos de cargo –de los comportamientos delictivos ejecutados por los traficantes de drogas–, esa sensación también puede darse –lógicamente– en los propios miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado. Cfr. LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *La moderna victimología*, Tirant lo blanch, Valencia, 1998, p. 129.

(194) Hay quien opina que, por su naturaleza, el ámbito de aplicación de la LO 19/1994 debiera de restringirse a los delitos de tráfico de estupefacientes y terrorismo, manteniéndose excepcionalmente la posibilidad de su utilización a efecto de protección visual respecto de otros ilícitos, *v. gr.*, delitos contra la libertad sexual. *Vid.* FUENTES SORIANO, Olga, «La LO 19/1994, de protección de testigos y peritos en causas criminales», cit., p. 140,

(195) Cfr. MARTÍNEZ RUIZ, Jesús, «La protección de testigos y peritos en las causas criminales», cit., p. 215.

estimarse salvaguardado con la revelación al imputado (196) –una vez levantado el secreto sumarial– de la existencia de una previa infiltración policial así como la identidad supuesta del policía (la conocida por el imputado), circunstancia que impide que nos situemos en el supuesto del testimonio anónimo y sin ubicarnos en la hipótesis del testimonio con identidad simulada, cuyo ámbito de regulación legal rebasa la cobertura de la LO 19/1994 y se asienta en el marco de la legislación procesal (apartado 2.º del art. 282 bis) (197).

4. EL AGENTE PROVOCADOR

A) Aspectos generales

La discusión sobre la provocación del delito tiene en la actualidad un renovado auge por su controversial utilización como técnica de persecución de delitos, sin embargo, no puede considerarse en *stricto sensu* como novedosa pues, aunque con fines de índole político, ya se había recurrido a ella en otras épocas. Es hasta mediados del siglo XIX cuando aparece en la bibliografía jurídico penal y con el valor que ahora interesa resaltar (198). En la actualidad, los motivos por los que

(196) Las partes solicitase motivadamente en su escrito de calificación provisional, acusación o defensa, el conocimiento de la identidad de los testigos o peritos propuestos, cuya declaración o informe sea estimado pertinente, el Juez o Tribunal que haya de entender la causa, en el mismo auto en el que declare la pertinencia de la prueba propuesta, deberá facilitar el nombre y los apellidos de los testigos y peritos, respetando las restantes garantías reconocidas a los mismos en esta Ley. Es evidente que la Ley en ningún momento clarifica el alcance de esta disposición que autoriza al levantamiento del anonimato del testigo o perito. Cfr. CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, «La organización criminal. Tratamiento penal y procesal», cit., p. 71.

(197) En este sentido, GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, «Infiltración policial y agente encubierto», cit., p. 306; NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., «Protección de testigos y peritos...», cit., p. 902; MORENO CATENA, Víctor, «Los agentes encubiertos en España», en *Otrosí*, 1999, núm. 10, p. 42; BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio Francisco, «El colaborador con la justicia...», cit., p. 180.

(198) La figura es de origen francés (*agent provocateur*) y fue concebida durante el período del absolutismo como un modelo de acción directa en la lucha política. Era un instrumento más de la mecánica sutil que utilizaba el Estado para lograr determinados fines: fortalecerse y detectar aquellos que fueran sus enemigos o lo amenazaran. Estaba compuesta por ciudadanos que descubrían a los enemigos políticos para recibir prebendas del príncipe o determinado tipo de favores. En ese período su actividad se orientaba más a espiar y enterar a la autoridad de tales acontecimientos, es decir, era un delator, no llevaba a cabo ningún acto de provocación. Al paso del tiempo, las operaciones de vigilancia no serían suficientes para acabar con los enemigos del régimen, y se pasa del espionaje a la provocación. En España, en sus

se acude a este tipo de investigación criminal son evidentes: «la sociedad de nuestros días se siente acosada por cierta delincuencia especialmente grave» (199). La moderna criminalidad organizada perturba la conciencia social de un gran número de naciones, especialmente, la del tráfico ilícito de drogas, modalidad delictiva que se ha convertido en lugar de encuentro seguro con el agente provocador (200). El fracaso de las técnicas de investigación tradicional (201) así como el poco éxito mostrado en la represión de estos ilícitos, hacen incuestionable la necesidad de recurrir a la utilización de técnicas encubiertas de investigación como la del agente provocador (202). Mecanismo de investigación excepcional claramente apoyado –por ausencia de normativa al respecto– en el principio de oportunidad y no en el de legalidad.

Hoy en día, nadie discute que, atendiendo a criterios de justicia material, resultaría a nivel político y criminal altamente cuestionable prohibir radicalmente la utilización del provocador para combatir la

inicios, igualmente, fue utilizada con esos fines, sirva señalar las actividades de José Manuel del Regato, famoso en lo inicios del siglo XIX, de quien Pío Baroja («Regato, el agente provocador», en *Obras Completas*, tomo V, Madrid, Biblioteca Nueva, 1948, 1169-1172) cuenta que era de los puntos fuertes del café Lorencini, y después de la Fontana de Oro (...). Así pudo tener noticias de los círculos liberales, masónicos, comuneros, anilleros y carbonarios, conferenciar con sus cabecillas y dar informes auténticos al Rey. Regato apareció siempre donde hubiese ruido, arreglando la bulla y el alboroto, haciendo que los grupos liberales apareciesen como insensatos y absurdos. Cfr. RUIZ ANTÓN, Luis Felipe, «Agente provocador en el Derecho penal», *Introducción/pie de p. (3)*, cit., pp. 6 y 7; MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan, «La moderna problemática jurídico penal del agente provocador», *Introducción/nota al pie (1)*, cit., p. 21; PÉREZ ARROYO, Miguel Rafael, «La provocación de la prueba, el agente provocador y el agente encubierto...», p. 1; ALONSO PÉREZ, Francisco, «Medios de investigación en el proceso penal», cit., 576.

(199) *Vid.* RUIZ ANTÓN, Luis Felipe, «La provocación policial como forma de reprimir el tráfico de drogas», en *La problemática de la droga en España. Análisis y propuestas político criminales*, EDERSA, Madrid, 1986, pp. 318.

(200) RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo, «El agente encubierto y la entrega vigilada», en *Criminalidad Organizada. Reunión de la Sección Nacional Española...*, cit., p. 93.

(201) MONTÓN GARCÍA, María Lidón, «Agente provocador y agente encubierto: ordenemos conceptos», cit., p. 1; GUARIGLIA, Fabricio, «El agente encubierto ¿Un nuevo protagonista en el procedimiento penal?, cit., p. 49.

(202) Si bien es cierto, la figura del agente provocador es un medio de investigación que no goza de un reconocimiento legal; no menos cierto es que en la práctica jurisprudencial goza de gran aceptación. *Vid.* OLMEDO CARDENETE, Miguel, «La provocación del delito y el agente provocador en el tráfico de drogas», en *Estudios jurídico-penales y político-criminales sobre tráfico de drogas y figuras afines*, cit., p. 202; PÉREZ ARROYO, Miguel Rafael, «La provocación de la prueba, el agente provocador y el agente encubierto...», p. 2; ALONSO PÉREZ, Francisco, «Medios de investigación en el proceso penal», cit., p. 577.

difusión ilícita de estupefacientes. En la práctica son comunes los miembros de servicios policiales o en conexión con estos intentan evidenciar la comisión de actividades de tráfico de drogas ocultando su condición. De esta forma, organizan una operación ficticia de sustancias estupefacientes, presentándose como compradores, lo cual es una manera asequible de poner al descubierto el delito y fundamentar una condena; sin embargo, esto no es aceptable desde una perspectiva constitucional (203).

La figura del agente provocador es admitida y regulada expresamente por distintos ordenamientos europeos dirigidos al combate del narcotráfico (204). En España, no obstante, al no contemplarse dentro de la regulación positiva, son los tratadistas de la Parte General del Derecho Penal y la jurisprudencia los que –con mayor precisión– describen el contenido material y contorno del agente provocador, tomando como punto de partida la realidad criminal (205).

(203) Vid. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo, «El agente encubierto y la entrega vigilada», en *Criminalidad Organizada. Reunión de la Sección Nacional Española...*, cit., p. 93; DELGADO MARTÍN, Joaquín, «La criminalidad organizada...», cit., p. 77. Hay autores que comentan que, con independencia de que el empleo del agente provocador acarree una serie de riesgos para el Estado de derecho, tal técnica de investigación se presenta de indudable atractivo y actualidad en el ámbito del Derecho penal y, más específicamente, en la represión del tráfico ilícito de drogas. GARCÍA VALDÉS, Carlos, «El agente provocador en el tráfico de drogas», Tecnos, 1996, Madrid, p. 19.

(204) Así, en Italia, el Decreto del Presidente de la República de 9 de octubre de 1990, texto único de leyes en materia de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, prevención, curación y rehabilitación de toxicómanos en su artículo 97 declara no punibles conforme al artículo 51 del CP, las adquisiciones simuladas de sustancias tóxicas por parte de los agentes policiales, llevadas a cabo con el propósito de adquirir elementos de prueba en el orden a la persecución de los delitos previstos en dicha norma. En Francia, una Ley de 14 de enero de 1992, admite la infiltración, compra, posesión, transporte y entrega de droga, efectuada por policías para perseguir el delito. En Portugal, el artículo 59 del decreto del Presidente de la República de 22 de enero de 1993, señala la no punibilidad del funcionario policial que con fines de investigación y sin revelar su cualidad e identidad, acepte directamente o por intermediario, la entrega por parte de un tercero, de estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Cfr. REY HUIDOBRO, Luis Fernando, «El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales», cit, 1999, p. 328.

(205) Vid. RUIZ ANTÓN, Luis Felipe, «Agente provocador en el Derecho penal», cit., pp. 10 ss.

El concepto de agente provocador al no venir contemplado en la norma, es el resultado de una construcción doctrinal y jurisprudencial. Tal vez eso explica que no exista un concepto claramente delimitado, sino, por el contrario, una variedad de ellos que atienden a tanto a su encuadramiento sistemático como a ciertas hipótesis que han ido apareciendo en la praxis. Vid. MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan, «La moderna problemática jurídico penal del agente provocador», cit., p. 33.

El agente provocador dentro del ámbito criminal es aquel que induce a otro a cometer un delito o a participar en su ejecución con actos de auxilio. No realiza la conducta con la intención de poner en peligro el bien jurídico dañado, ni buscando el interés egoísta que emerge de la ejecución de todo hecho criminal, sino con el propósito de conseguir que el provocado se haga merecedor de una pena (206). Es decir, es el inductor que determina a otro a llevar a cabo la ejecución de un ilícito convirtiéndose este último en un mero instrumento por medio del cual el agente provocador logra su objetivo: conseguir una pena para el provocado (207).

Los delitos de tracto sucesivo o de encuentro, como el tráfico ilícito de estupefacientes, se muestran como especial punto de mira de esta técnica de investigación (208). Por esta razón, cada vez es mayor

(206) El comportamiento del agente provocador acarrea consigo un contenido activo vinculado a lograr que el individuo provocado se haga responsable criminalmente. Y con ese propósito, de una u otra manera, participa en la realización de un ilícito. Por tanto, es distinto al papel que adopta el delator o el denunciante. *Vid.* RUIZ ANTÓN, Luis Felipe, «Agente provocador en el Derecho penal», cit., pp. 7 ss. y GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, Marta, «Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación», cit., p. 142.

(207) *Vid.* CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho Penal. Parte General*, vol. II, trad. José J. Ortega y Jorge Guerrero, 3.^a ed., Temis, 1979, pp. 443 ss.; GARCÍA VALDÉS, Carlos, «El agente provocador en el tráfico de drogas», cit., p. 19.

Por otra parte, a manera de comentario, para no confundir la figura del agente provocador con la del agente encubierto, es menester hacer una serie de precisiones, ya que son muy distintas las consecuencias de investigación en un presupuesto y en otro, sobre todo porque en algunos casos el agente encubierto puede comportarse como un agente provocador. Mientras que el agente provocador actúa como un inductor, cuya finalidad es la conseguir que el sujeto inducido sea descubierto en su comportamiento criminal, y por ese hecho, se haga acreedor de una sanción penal. El actuar del agente encubierto opera bajo otros condicionantes, a diferencia del provocador, requiere para su accionar estar infiltrado en una organización criminal, en muchos casos, no instigando a los miembros del grupo delictivo a la ejecución de un ilícito, sino más bien, su función principal se convierte el conseguir la mayor información posible sobre la organización de criminalidad organizada en la que está infiltrado. En el primer supuesto, hay una actitud activa por parte del provocador que induce a cometer el delito; mientras que en el caso del agente encubierto, su postura es pasiva, la de obtener información. *Vid.* EDWARDS, Carlos Enrique, «El arrepentido, el agente encubierto y la entrega vigilada...», cit., p. 57.

(208) *Vid.* PÉREZ ARROYO, Miguel Rafael, «La provocación de la prueba, el agente provocador y el agente encubierto...», pp. 1 ss. En este sentido es representativa la representativa STS de 15 de septiembre de 1993, Pn. Cándido CONDE-PUMPIDO FERREIRO (RJA. 7144), nos señala que: «la provocación policial que actúa sobre un delito ya iniciado sólo influirá en el grado de perfección del mismo, en función del momento del *iter criminis* en que aquella intervención se produjo, bien limitándose a su descubrimiento y constatación en la fase postconsumativa o de agotamiento, bien originando su frustración o tentativa si la intervención policial se produce antes de

la incursión de agentes de policía a circuitos clandestinos de comercio que simulan ser compradores de productos ilegales adquiriendo el rol de agentes provocadores (209). Su comportamiento en principio parece ineludible para la ejecución del delito, se diferencia dado el diverso fin que unos y otros persiguen: unos la ejecución del delito, otros (agentes provocadores) evitar su consumación, es decir, que entre ellos hay carencia de la unidad sistemática que toda la ejecución en régimen de codelincuencia debe llevar consigo (210).

B) El agente provocador: figura dogmática y una modalidad de investigación encubierta

a) FIGURA DOGMÁTICA

La cuestión del agente provocador es tratada con ocasión del estudio del dolo en la inducción al delito como forma de participación accesoria. Sin perjuicio de otras tendencias, es amplio el sentir de que estos comportamientos inductores de ilícitos deben permanecer impunes debido a la ausencia de un dolo encauzado a la consumación efectiva o material del delito (211).

Los diversos conceptos de agente provocador aportados por la doctrina, concurren en ubicar sistemáticamente la figura del provoca-

que el delito se haya consumado. Esta última tesis tiene especial trascendencia en delitos, como el de autos, de mera actividad y trato sucesivo, en los que la consumación delictiva se produce por el simple hecho de poseer la droga con la tendencia de destinarla al tráfico, por lo que la actividad del agente policial o de quien obra en colaboración con él, ofreciéndose como comprador de la droga previamente poseída, ni tiene influencia en la resolución delictiva del autor, ni en la consumación ya producida del delito, sino sólo en el hito de la venta de la droga que, como un paso más del tracto sucesivo ya iniciado, pertenece a la fase de agotamiento del delito de tráfico de drogas, el que viene previsto en el artículo 344 CP (actual 368) como tipo de mera actividad, esto es, sancionable por la sola tenencia de la sustancia típica. Por ello, en estos casos, la actividad del supuesto agente provocador no busca el promover la ejecución de un delito, que sin tal actividad no hubiera nacido, sino descubrir su realidad, poder probar la existencia de ese delito ya nacido, y lograr detener a sus autores, por lo que no puede hablarse entonces de un delito provocado».

(209) *Vid.* STS de 21 de febrero de 1986. Cit. por: GARCÍA VALDÉS, Carlos, «El agente provocador en el tráfico de drogas», cit., p. 19.

(210) En los supuestos en que el que provoca el delito persigue su efectiva producción, dejará de ser un agente provocador y su comportamiento pasará a ser considerado como una provocación o inducción al delito, que deberá ser sancionado penalmente. Cfr. REY HUIDOBRO, Luis Fernando, «El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales», cit., p. 324.

(211) RUIZ ANTÓN, Luis Felipe, «Agente provocador en el Derecho penal», cit., pp. 147-148.

dor en la esfera de la participación en el delito, intentan resaltar lo particular de la estructura del comportamiento provocador que lo separa de los sujetos criminales. Se trata, entonces, de determinar cuál es el elemento conceptual constante en la conducta del agente provocador que le diferencia de todo sujeto criminal (212).

Las tendencias doctrinales al momento de instaurar lo específico de la conducta provocadora se han encaminado en tres direcciones:

1.^a Orientada a extender, o por lo menos, a no limitar la noción de agente provocador. Desde esta perspectiva se enfatiza en la finalidad de la conducta realizada, independientemente de considerar si la voluntad del inductor debe conducirse a que el inducido realice una tentativa o si debe extenderse a la consumación (formal) o terminación (material) del hecho (213). Lo que determina al agente provocador es que su acción provocadora tiene como principal objetivo que el sujeto provocado sea castigado por ese hecho (214).

Se interpreta en estos casos que el contenido volitivo de la conducta provocadora es conseguir la punición del provocado, lo cual difiere acerca de lo que sería el móvil o los móviles por los que se resuelve provocar un delito a fin de lograr el comportamiento criminal calculado. Igualmente, el motivo que le incita a actuar podrá ser o no consciente, pero en todo caso son previamente irreconocibles al cambiar de un individuo a otro, por tanto, no cuentan con la envergadura necesaria para ser considerados como presupuestos conceptuales del agente provocador.

En definitiva, bajo esta postura, se entiende que el objetivo inmediato del provocador es conseguir la punición del provocado, ya que con esa finalidad de una u otra manera provoca la realización de un delito. Por lo que no entran en el concepto de agente provocador otros aspectos psicológicos como son los móviles, los motivos o el fin último perseguido, pues estos superan los contornos del concepto (215).

(212) *Vid.* MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan, «La moderna problemática jurídico penal del agente provocador», cit., p. 34.

(213) *Ob. ult. cit.*

(214) Así, el contenido volitivo del comportamiento provocador ofrece, en primer término, la constante y uniforme presencia de un momento psicológico encauzado a conseguir un fin inmediato, siempre el mismo, enclavado más allá de los que son relevantes en el tipo: el agente provocador al intervenir de uno u otro modo en la ejecución de un hecho criminal, es que el sujeto provocado se haga responsable penalmente. La consecución de éste objetivo es el primer componente determina la conducta provocadora. *Vid.* RUIZ ANTÓN, Luis Felipe, «Agente provocador en el Derecho penal», cit., pp. 49 ss.

(215) *Ob. ult. cit.*, pp. 53 y 54.

Así, esta postura doctrinaria da el nombre de agente provocador al sujeto que impulsa a otro a perpetrar un delito para establecer su responsabilidad (216), es decir, al que voluntariamente instiga a un individuo a cometer una conducta sancionada por la norma para que pueda ser castigado penalmente por el hecho provocado (217).

Si el agente provocador tiene un objetivo más allá de ese medular propósito (la punición del provocado) y quiere realmente la producción del resultado para comprometer mejor al inducido, no habrá duda acerca de la responsabilidad en la consumación de ese ilícito (218). Sobre el supuesto, corriente en estos casos, de sorprender al ejecutor a tiempo de impedir la consumación, las opiniones están divididas. Para algunos el provocador no es responsable por la ausencia de dolo –que consiste en la voluntad de causar el resultado–. En cambio para otros, la tentativa tiene un resultado de peligro que se comunica al provocador (219).

Nótese que esta postura no solamente aporta un presupuesto conceptual sobre el agente provocador, también se constriñe en el propósito de lograr la punición del provocado. Tal posición no es capaz en sí –o lo suficientemente solvente– de definir materialmente la figura de referencia, ya que dicho momento psicológico, insistimos, por sí mismo es inadecuado para aportar un concepto convincente de agente provocador (220).

2.^a Argumenta que el comportamiento del provocador no tiene la voluntad para que el delito por él provocado llegue a su efectiva consumación. Es lo que podríamos denominar la formulación clásica (221). Bajo esta postura el agente provocador es aquel inductor que persigue solamente la tentativa pero no la completa realización del hecho principal. Se caracteriza porque –a diferencia del inductor

(216) ANTÓN ONECA, José, *Derecho penal*, 2.^a ed., anotada y puesta al día por José Julián Hernández Guijarro y Luis Beneytez Merino, Akal, Madrid, 1986, p. 473.

(217) Vid. PÉREZ ARROYO, Miguel Rafael, «La provocación de la prueba, el agente provocador y el agente encubierto...», cit., p. 2.

(218) Cfr. ANTÓN ONECA, José, «Derecho penal», cit., p. 473.

(219) Razones de justicia se afilian a la segunda posición, pues la tentativa implica siempre un riesgo para el bien jurídico atacado y genera cierta alarma social, no siendo de equidad que el creador de ese peligro quede impune. Si efectivamente el riesgo fuera nulo debido a las medidas precautorias tomadas para el fracaso de la empresa criminal, entonces y bajo esta orientación, estaríamos ante un caso de delito imposible, lo cual habría que aplicarse tanto al provocado como al provocador. *Ob. ult. cit.*, pp. 473 y 474.

(220) En ese mismo sentido, MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan, «La moderna problemática jurídico penal del agente provocador», cit., p. 36.

(221) *Ob. ult. cit.*

común— carece de la voluntad de consumación, particularmente, del dolo de resultado (222). Es en esta dirección hacia donde parece dirigirse la doctrina penal dominante en España (223). En ella se señala que lo esencial del agente provocador es únicamente aspirar a que el hecho por provocado trascienda sólo hasta el ámbito de la tentativa (224).

3.^a Esta corriente doctrinal —que nace en Alemania—viene a señalar que lo determinante en el agente provocador no es solamente que no desee la consumación del delito sino que, junto con ello, ahora se reclama que emprenda una serie de medidas para impedir que el bien jurídico se vea afectado (225). La falta de voluntad para ocasionar la afectación al bien jurídico no queda comprimida a un momento volitivo interno, para ser tomada en consideración como relevante a efectos penales es necesario que se exprese materialmente a través de la implantación de elementos encaminados a impedir, o imposibilitar, que efectivamente se cause el perjuicio penado por la norma. Exclusivamente de esta manera podrá señalarse que el agente provocador carece de la voluntad que da vida al injusto en cuestión, lo cual a su vez implica la ausencia de un momento volitivo encauzado a realizar la desvalorización del resultado, y por consecuencia, de la acción (226).

Las últimas construcciones dogmáticas del agente provocador acopian tres presupuestos conceptuales para determinar la estructura del comportamiento provocador: *a)* La conducta provocadora tiene como fin inmediato que el autor provocado sea sancionado precisamente a causa de ese hecho; *b)* el agente provocador no tiene voluntad de consumación del delito y *c)* tal ausencia de voluntad se manifiesta

(222) KÜPER, Wilfried, *Der agent provocateur in Strafrecht*, GA 1974, p. 321. Cit. por MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan, «La moderna problemática jurídico penal del agente provocador», cit., p. 43.

(223) Vid. PUIG MIR, Santiago, *Derecho penal. Parte General (Fundamento y Teoría del Delito)*, 3.^a ed., PPU, Barcelona, 1990, p. 434; COBO DEL ROSAL, Manuel, y VIVES ANTÓN, Tomás Salvador, *Derecho penal. Parte General*, 3.^a ed., Tirant lo blanch, Valencia, 1991, p. 555; CUELLO CONTRERAS, Joaquín, «La conspiración para cometer el delito: interpretación del artículo 4, I, CP (Los actos preparatorios de la participación)», Bosch, Barcelona, 1978, p. 57.

(224) Vid. RUIZ ANTÓN, Luis Felipe, «Agente provocador en el Derecho penal», cit., p. 38.

(225) Vid. MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan, «La moderna problemática jurídico penal del agente provocador», cit., p. 38.

(226) Cfr. RUIZ ANTÓN, Luis Felipe, «Agente provocador en el Derecho penal», cit., p. 57.

externamente mediante la toma de medidas para neutralizar la acción del autor provocado (227).

b) MODALIDAD DE INVESTIGACIÓN ENCUBIERTA

El agente provocador no puede ser visto únicamente como una construcción dogmática, también puede ser apreciado –y empleado– como una técnica de investigación policial (228). Una jurisprudencia (STS de 9 de octubre de 1978) ha afirmado que esta conducta muestra «una inteligente y prudente adaptación de las técnicas investigadoras a la clandestinidad y sinuosidad de la delincuencia en cuestión» (229). Hay quienes incluso comentan que la ocultación de la condición de policía en estas provocaciones, implica un recurso de astucia como forma de investigar los delitos de tráfico de drogas. Asimismo se considera que tales acciones se encuentran dentro del ejercicio de sus funciones en la averiguación del delito, descubrimiento y aseguramiento del delincuente (art. 126 CE y 282 LECrim ss.) (230).

(227) Cfr. MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan, «La moderna problemática jurídico penal del agente provocador», cit., p. 39; REY HUIDOBRO, Luis Fernando, «El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales», cit., p. 324.

(228) La técnica del agente provocador se enmarca, como un presupuesto particular, en el tema de la problemática de la investigación y persecución penal encubiertas (MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan, «La moderna problemática jurídico penal del agente provocador», cit., p. 43.). Además, navega en el ámbito de la lucha contra la delincuencia organizada, especialmente, en los delitos de tráfico de drogas, con ello adquiere una profundidad criminológica y político criminal especial (*vid.* GARCÍA VALDÉS, Carlos, «El agente provocador en el tráfico de drogas», cit., p. 10; MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan, «La moderna problemática jurídico penal del agente provocador», cit., p. 40.). Dentro de un contexto que aparece vinculada con otras técnicas de investigación policial que siempre presentan intereses contrapuestos: eficacia represiva o respeto a los principios inspiradores del Derecho, particularmente, esos que limitan la actuación del Estado frente al ciudadano (*vid.* OLMEDO CARDENETE, Miguel, «La provocación del delito y el agente provocador en el tráfico de drogas», cit., p. 200; BARBERO SANTOS, Marino, «Estado constitucional de Derecho y sistema penal», *AP* núm. 29, 17-23 de julio de 2000, p. 610).

(229) Salvo algunas Sentencias del Tribunal Supremo, que se alejan de esta dirección (STS de 20 de febrero de 1991) señala que: «el ficticio delito fue producido como consecuencia de las instigaciones policiales realizadas al margen de las permitidas y lícitas normas de investigación, comprobación y represión de los hechos punibles». *Vid.* También (SSTS de 3 de noviembre de 1993 y 1 de julio de 1994). Cit. todas por: GARCÍA VALDÉS, Carlos, «El agente provocador en el tráfico de drogas», cit., p. 18.

(230) Comprenden que en estos casos el simulado proceder del funcionario de la policía judicial está justificado por el cumplimiento de los deberes de su cargo, y que por ello, su comportamiento es lícito. *Vid.* SSTS 4 de marzo de 1992 y de 2 de junio de 1993. Cit. por: GARCÍA VALDÉS, Carlos, «El agente provocador en el tráfico de drogas», cit., p. 19.

El comportamiento del agente provocador, no es más que una inducción engañosa cuyo propósito es conocer la propensión al delito de una persona sospechosa y su finalidad el conseguir pruebas indubitables acerca de un hecho criminal. El acto de convencimiento del presunto delincuente es para guiar la conducta hacia lo que su propia inclinación le dicte, por lo que lo incita a cometer el comportamiento criminal y lo obstruye, finalmente, en el momento decisivo, con lo cual se logra tanto la casi segura detención del provocado como la obtención de pruebas que se suponen directas e inequívocas (231). Hay que matizar que esta provocación policial —«agente provocador»— sólo será válida si es puesta en práctica para descubrir delitos ya «cometidos». Sólo así se podrá interpretar que no contraviene legalidad alguna. Es decir, podrá ser aceptada siempre que se oriente al descubrimiento de delitos ya ejecutados, generalmente de tacto sucesivo, como los de tráfico de drogas, porque en tales supuestos el provocador no busca la comisión del delito sino los medios, las formas o los canales por los que se despliega ese comercio ilícito (232).

Rescatable es el hecho de que esta técnica de investigación utilizada por la policía para hacer frente al tráfico de drogas, es valorada positivamente por gran parte de la jurisprudencia y un sector de la doctrina española, los cuales justifican estos comportamientos —o modos de actuar— e interpretan que, en tales casos, se entiende el simulado actuar del funcionario, pues está justificado por el cabal cumplimiento de los deberes de su cargo y, por tanto, dichas tácticas de actuación policial son lícitas (233).

C) Problemas de responsabilidad penal del agente provocador y del sujeto provocado a la comisión del delito

Es cuestionable el punto referente a la responsabilidad que pesa sobre la persona integrada a la policía —en ejercicio de sus funciones

(231) *Ob. ult. cit.*

(232) Es decir, procura conseguir pruebas en relación a un comportamiento criminal que ya se está produciendo pero del que sólo se tienen sospechas. En tales casos, como señala RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo, «El agente encubierto y la entrega vigilada», cit., p. 99, no pueden entenderse que la actividad policial provoque el delito, sino que lo que hace es utilizar técnicas policiales adecuadas para el descubrimiento de los ilícitos ya cometidos.

(233) *Vid.* ALONSO PÉREZ, Francisco, «Medios de investigación en el proceso penal», cit., p. 577; PÉREZ ARROYO, Miguel Rafael, «La provocación de la prueba, el agente provocador y el agente encubierto...», p. 2; También: SSTS de 23 de enero de 2001, Pn. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar (RJ 185), 22 de octubre de 1997, Pn. Eduardo Móner Muñoz (RJ 7517) y 15 de septiembre de 1993, Pn. Cándido Conde-Pumpido Ferreiro (RJ 7144).

de investigación y descubrimiento de conductas criminales— que aparenta participar en la realización de un hecho delictivo, provocando la comisión del mismo. Por otra parte, también se cuestiona si quien realiza ese hecho aparentemente típico (234), pero incitado o impulsado por aquel primer sujeto, tendrá ser penado por su comportamiento (235).

El problema de la responsabilidad penal —o impunidad— del agente provocador ha sido resuelto por la jurisprudencia española en un claro sentido; mediante sus resoluciones, mayoritariamente han declarado la impunidad del agente provocador cuando éste es un policía judicial que ejecuta tales comportamientos inductivos a efecto de recabar probanzas o descubrir en flagrante la comisión del delitos —particularmente, los referidos al tráfico de drogas—. El problema de estos pronunciamientos judiciales se localiza en cómo hacer jurídicamente compatible la absolución del agente provocador y la condena del provocado (236).

La doctrina dominante sostiene que el agente provocador no responde penalmente por su acción debido a la ausencia del dolo de consumación exigible al instigador, lo anterior, dado que el fundamento material de la expansión de la sanción penal a éste es el haber causado, mediante el autor principal, algún menoscabo al interés jurídico protegido por la norma. Lo que lleva a afirmar que su comportamiento es impune por no haber contribuido objetivamente a la lesión del bien jurídico y, por ende, al no darse tal circunstancia se entiende que no convergen los presupuestos objetivos que autorizan la extensión de la pena al partícipe (237).

En los supuestos en los que sí se llega a consumar el hecho principal incitado por el agente, provocador aun en contra de su voluntad, la doctrina todavía no tiene un acuerdo pleno respecto a su responsabilidad penal. Si después de haber adoptado todas las medidas necesarias para impedir la consumación ésta tiene lugar sin que el agente provocador pueda sortearlo, la doctrina objeta la probabilidad de una responsabilidad dolosa del delito consumado por falta de dolo de consumación. Esto no impide que en estos supuestos se admita la responsabilidad del agente provocador a título de culpa. Se piensa que es

(234) FERNÁNDEZ, Ricardo, «El agente encubierto y la entrega vigilada», en *Criminalidad Organizada. Reunión de la Sección Nacional Española...*, cit., p. 106.

(235) Cfr. GARCÍA VALDÉS, Carlos, «El agente provocador en el tráfico de drogas», cit., p. 9.

(236) Vid. GARCÍA VALDÉS, Carlos, «El agente provocador en el tráfico de drogas», cit., p. 16.

(237) Vid. RUIZ ANTÓN, Luis Felipe, «Agente provocador en el Derecho penal», cit., pp. 189 ss.

un partícipe responsable por imprudencia si ha descuidado tomar las precauciones para evitar que se consuma el delito que el mismo ha provocado (238).

La doctrina mayoritaria alemana opina que no se puede sancionar penalmente el comportamiento del agente provocador por carecer de dolo de consumación, ya que precisamente el funcionario de la policía participa en ese hecho para impedir que el delito se consuma (239). En correspondencia lógica con lo mencionado, el agente provocador no se puede conminar con pena alguna porque el instigador, como cómplice, debe llevar a cabo la acción con dolo de consumar el hecho principal en el que coopera o participa, y ello no se manifiesta en los supuestos del provocador policial. En otras palabras, se interpreta que en estos casos la actuación del agente provocador no está orientada a generar idea criminal alguna sino, más bien, lo que el agente policial intenta es poner fin a una actividad criminal permanente –y reiteradamente consumada al tiempo que adquiere medios probatorios que así lo confirman.

Desde otra perspectiva, por la forma en que está redactado el artículo 368 CP es evidente que lo que se intenta es interrumpir el tráfico ilícito de drogas desde sus orígenes, y por tal motivo centra su atención al cultivo, elaboración y tráfico de sustancias prohibidas en la medida que signifiquen promoción, favorecimiento o facilitación al consumo de drogas, o bien posean el estupefaciente con tales fines. En

(238) Para algunos, esta solución no se escapa de importantes objeciones. Comentan que la responsabilidad a título de culpa parece una solución para aquellos sistemas que aceptan la participación culposa en un delito culposo. Pero en un sistema como el español no es viable la inducción imprudente para un delito doloso. Cfr. MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan, «La moderna problemática jurídico penal del agente provocador», cit., p. 68. También, afirman que en los supuestos en que el agente provocador ha hecho seguir la resolución delictiva consciente, pero con la intención de evitar su consumación, y a pesar de las cautelas tomadas, ésta aparece, en tales casos no puede hablarse de un desistimiento malogrado; tampoco de una inducción punible culposamente porque el concepto encierra un contrasentido lógico. «Existe una notoria incompatibilidad sistemática entre la estructura de la inducción y la responsabilidad por imprudencia». Por lo que la inducción demanda necesariamente de una voluntad referida al resultado del hecho principal, y precisamente la ausencia de esa misma voluntad es lo que caracteriza tanto el comportamiento imprudente como al del agente provocador. Cfr. RUIZ ANTÓN, Luis Felipe, «Agente provocador en el Derecho penal», cit., p. 279

(239) FRANZHEIM, *Der Einsatz von Agent provocateur zur Ermittlung von Straftätern* NJW 1979, p. 2016, sostiene que es político-criminalmente deseable y dogmáticamente fundado no castigar al agente provocador si él tiene en consideración que el hecho delictivo no va a alcanzar su terminación material. Cit. por: MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan, «La moderna problemática jurídico penal del agente provocador», cit., p. 60.

consecuencia, un partícipe adquirente de droga en una operación de compraventa, aparecerá como un partícipe necesario e impune cuando no vaya a destinar a su vez la mercancía ilícita recibida para realizar alguna de las conductas penadas por el citado precepto penal. Resulta evidente que en dicho acto de compraventa el comprador gozará de impunidad debido a, por lo menos, dos circunstancias: primero, su comportamiento no corresponde con las exigencias del tipo de injusto del artículo 368 CP; segundo, la conducta del partícipe necesario, al no contradecir las previsiones legales, no implica ataque o peligro alguno para el bien jurídico protegido en este artículo del ordenamiento sustantivo (240).

En lo concerniente al sujeto provocado y su responsabilidad penal, la orientación jurisprudencial se ha mostrado insistente y generalmente ha condenado a los individuos provocados a la comisión de conductas relativas al tráfico de drogas. Sin embargo, tales fallos condenatorios no dejan de confirmar otra serie de dudas (241): por un lado, la licitud del comportamiento provocador, las defensas de los procesados en actuaciones judiciales iniciadas a consecuencia de un comportamiento policial, como el que analizamos, hacen hincapié en que la conducta de los policías es ilícita porque actúan a través de un engaño que es el que incita a los luego procesados a la comisión de conductas delictivas que, de otra manera, no habrían ejecutado (el sujeto provocado actúa sin libertad, porque el injusto nace por la maquinación del agente provocador); por otro, el hecho no deja de ser una apariencia artificial de delito, ya que por su propio diseño y desarrollo, hace difícil que lleguen a consumarse estos mismos. De esta forma, la falta de daño o peligro para el bien jurídico hace que estas operaciones colinden con lo que conocemos como delito imposible, o incluso en uno de tipo putativo, careciendo de un contenido merecedor de la censura punitiva (242).

(240) En este mismo sentido, RUIZ ANTÓN, Luis Felipe, «La provocación policial como forma de reprimir el tráfico de drogas», cit., p. 325, quien sostiene que, esta particular estructura de la figura hace que no sea necesario recurrir a argumentos de otra índole para descartar castigo alguno al agente provocador-policía que se presenta como aparente comprador. Más aún, cuando con su simulación lo que busca el agente provocador es la intervención de la sustancia de tráfico, lo que limita las posibilidades para que el bien jurídico sea afectado.

(241) *Vid.* MONTÓN GARCÍA, María Lidón, «Agente provocador y agente encubierto: ordenemos conceptos», cit., p. 2; ALONSO PÉREZ, Francisco, «Medios de investigación en el proceso penal», cit., p. 577; PÉREZ ARROYO, Miguel Rafael, «La provocación de la prueba, el agente provocador y el agente encubierto...», p. 2.

(242) *Vid.* RUIZ ANTÓN, Luis Felipe, «La provocación policial como forma de reprimir el tráfico de drogas», cit., pp. 16 y 17.

D) Diferencias entre la figura del agente provocador y el delito provocado

La diferencia que existe entre un delito provocado y una intervención policial dirigida al descubrimiento de pruebas del delito –conducta del agente provocador–, se manifiesta en la incidencia sobre personas que, en un principio, no tenían intención de delinquir (243); es decir, en los supuestos en que el sujeto no hubiera actuado de la forma en que lo hizo sino hubiere sido por la provocación previa y eficaz del agente incitador (244). También se podría decir que el aspecto que distingue el delito provocado y el agente provocador radica en la existencia, o no, de una actuación inductora de persecución (245). Mientras que en el delito provocado se incita a otro a la comisión de un ilícito que de otra forma no hubiera ocurrido (246). en el comportamiento orientado al descubrimiento de probanzas sobre un delito el agente provocador opera a raíz de un escenario delictivo que ya existía, es decir, no hay una intención criminógena, aunque sí la de poner al descubierto una actividad sancionada por la Ley (247) producto de una decisión criminal espontánea y libre (248).

Como se dijo con anterioridad, en la figura del agente provocador la actividad policial procura descubrir ilícitos ya cometidos, generalmente de tracto sucesivo como suelen ser los de tráfico de estupeficientes (249), toda vez que en estos casos el inductor no procura ni

(243) Cfr. GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, Marta, «Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación», cit., p. 145. En estos casos no se da en el acusado una decisión libre y soberana de delinquir (SANZ DELGADO, Enrique, «El agente provocador en el delito de tráfico de drogas», *La Ley*, núm. 12, año II, enero 2005, pp. 1 ss.).

(244) Es claro que el delito provocado nace en los casos en los que la intención de delinquir de la persona nace, no por su propia y libre voluntad, sino que es producto de la actividad de otro sujeto casi siempre miembro de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad. Vid. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo, «El agente encubierto y la entrega vigilada», en *Criminalidad Organizada. Reunión de la Sección Nacional Española...*, cit., p. 95. Vid. También: PÉREZ ARROYO, Miguel Rafael, «La provocación de la prueba, el agente provocador y el agente encubierto...», cit., p. 2.

(245) Cfr. GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, Marta, «Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación», cit., p. 145.

(246) RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo, «El agente encubierto y la entrega vigilada», cit., p. 95.

(247) Vid. PÉREZ ARROYO, Miguel Rafael, «La provocación de la prueba, el agente provocador y el agente encubierto...», cit., p. 2.

(248) Cfr. GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, Marta, «Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación», cit., p. 145.

(249) Vid. REY HUIDOBRO, Luis Fernando, «El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales», cit., p. 324.

genera la comisión del delito sino que pretende conseguir pruebas de una actividad ilícita ya cometida o que se está produciendo, pero de la que sólo se tienen sospechas o algunos indicios. En cambio, en el delito provocado no se da en el acusado una decisión libre y soberana de delinquir (250).

El intento efectuado por la jurisprudencia para diferenciar un agente provocador de prueba del delito provocado, ocurre por la confusión conceptual que existe al respecto (251). Como consecuencia de tal circunstancia, el Tribunal Supremo ha empleado una singular terminología que aporte una nueva distinción nominal (252). Así, en los casos de una intervención policial promotora del hecho que reviste de apariencia ilícita, estaríamos ante la presencia de un «agente provocador» y de un «delito provocado»; en cambio, si la intervención del agente policial se limita a poner en evidencia un delito ya cometido, nos encontramos ante un «delito comprobado» (253).

E) **Provocación judicial vs. Prohibición de la misma**

Es innegable que ante los esquemas de la moderna delincuencia se presenta una apremiante necesidad de recurrir a medios encubiertos de investigación para hacer un mejor frente a tales manifestaciones criminales. Por ello, es necesario regular en la norma la figura del agente provocador. Pensamos que la prohibición de tal mecanismo no puede estar fundamentada desde una perspectiva político criminal. Esto no quita que reconozcamos lo controversial y delicado que repre-

(250) *Vid.* CARMONA SALGADO, Concepción, «La circulación y entrega vigilada de drogas y el agente encubierto en el marco de la criminalidad organizada sobre narcotráfico», cit., p. 189.

(251) En opinión de GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, Marta, «Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación», cit., p. 146, este desconcierto existe por insistir en señalar a la persona incitadora del delito, como agente provocador. Considera que si bien, el resultado alcanzado mediante la provocación delictiva recibe el nombre de «delito provocado», el sujeto provocador del nacimiento del delito, no adopta una especial denominación, pues pueden dar lugar a un delito provocado, tanto el agente encubierto, como un confidente en colaboración con las Fuerzas de Seguridad.

(252) En algunas ocasiones, en busca de una diferenciación nominal entre la figura del agente provocador y el delito provocado, se ha nombrado la actuación policial como «actuación de agente provocador». *Vid.* STS de 23 de junio de 1999, Pn. Eduardo Móner Muñoz (RJ 5835), en la que paradójicamente se llega a emplear de forma contradictoria tal terminología con la de agente provocador.

(253) *Vid.* STS de 8 de julio de 1999, Pn. Diego Antonio Ramos Gancedo (RJ 6205).

senta su manejo por los cuerpos de policía y lo peligroso que puede ser esta manera de combatir el crimen para un Estado de Derecho.

Así las cosas, nos encontramos con que la figura del agente provocador, hasta la fecha, no cuenta con una solución jurídica satisfactoria ante la problemática que en sí mismo representa (254). Algunos sectores doctrinarios han sido tajantes en prohibir su utilización y posible regulación. Otros, en cambio, han señalado propuestas de *lege ferenda* para intentar enmendar las controversias jurídico-materiales que se presentan en el comportamiento del agente provocador policía. Es decir, hay quienes desde la doctrina optan por la prohibición de cualquier forma de provocación policial; mientras que, por otra parte, otros consideran más adecuada su incursión expresa en el derecho público, en donde una vez ya autorizada pueda ser regulada.

a) PROHIBICIÓN DE TODA PROVOCACIÓN POLICIAL

Los seguidores de esta corriente se inclinan por concebir un tipo especial que sancione la actuación del agente provocador en todos los supuestos. Esto con la intención de establecer barreras jurídicas que incidan en la erradicación de su práctica por parte de las autoridades de persecución penal (255). Dichas voces afirman claramente que el interés público no justifica el uso de pruebas que han sido

(254) No existe una solución absoluta sobre la impunidad del agente provocador. El motivo es que en muchos de los casos el agente provocador realiza el tipo de la inducción, sin que aparezcan a su favor fundamentos de justificación o de exclusión de la culpabilidad o de la punibilidad. Efectivamente, la posición tradicional que fundamenta la impunidad del agente provocador en la falta del doble dolo del inductor acarrea notorias dificultades, hasta el grado que no puede justificar sólidamente la impunidad de éste en la mayoría de los casos que se dan en la actualidad. Ello debido a que el ámbito de aplicación de los agentes provocadores se ha trasladado a los delitos de peligro abstracto, en los que hay un limitado margen para argumentos que convezan de la impunidad del agente provocador por su falta de voluntad de consumación. Y por lo que toca a los delitos de resultado, a que no conciente la impunidad del agente provocador en los casos en que éste incita a la consumación formal del delito, aunque no aspire la efectiva afectación al bien jurídico y disponer de una serie de medidas para impedirlo. Cfr. MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan, «La moderna problemática jurídico penal del agente provocador», cit., pp. 161 ss.

(255) En el Derecho penal español, determinado sector de la doctrina insiste en la prohibición de estos métodos bajo la amenaza incluso de sanción punitiva, añadiendo que en estos supuestos, en que la trama transita en todo momento en una atmósfera de engaño, los protagonistas de la acción carecen de realidad y la conducta es inapropiada en cuanto que la actuación del agente provocador-policía hace imposible que se verifique el resultado. Señalan, que la participación de la policía acarrea, en consecuencia, la eliminación de todo daño o peligro para el interés protegido y, en correspondencia lógica con esto, sus provocaciones no pueden incluirse dentro del tipo penal, dando espacio a un delito o putativo que sólo tuvo contenido real en la

conseguidas a través de la incitación policial del delito (256). Advierten que lo previsto en el artículo 282 bis apartado 5 párrafo 1 LECrim, descarta la exención de responsabilidad criminal en los casos de ausencia de proporcionalidad y cuando la actuación de un policía que interviene como agente encubierto constituya una provocación al delito (257). Para algunos, esta decisión es significativa pues pone fin a la prolongada discusión doctrinal y a los pronunciamientos constitucionales sobre el agente provocador, al estimar que se le debe demandar enérgicamente responsabilidad criminal por sus actuaciones (258).

Los seguidores de estos razonamientos interpretan que si bien alguna jurisprudencia (STS de 3 de julio de 1984) insiste en que la utilización de estos métodos no solamente es legal, constitucional, sino que además es obligatoria para aquellos agentes de autoridad que tienen a su cargo la averiguación y constatación de tales delitos, esto dado lo previsto en la norma adjetiva (282 LECrim) y otros estatutos. Tal idea es equivocada, porque la propia Ley desautoriza la provocación como medio de indagación criminal; junto con ello, recalcan que la misión de la policía radica en descubrir conductas criminales ya cometidas, no la de facilitar otras nuevas con el propósito de que sirvan de fundamento para una sanción penal (259). Concuerdan en el sentido de que, a través de estos mecanismos de investigación criminal, se lesiona por lo menos el principio de derecho contenido en el

mente del sujeto. Cfr. REY HUIDOBRO, Luis Fernando, «El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales», cit., p. 325.

(256) Estas posiciones, ante el conjunto de dificultades que se presentan en la valoración probatoria de intervenciones de la policía mediante agentes encubiertos cuando con su actuación surgen zonas colindantes con la posibilidad de un delito provocado son determinantes al respecto. EL TEDH en su Sentencia de 9 de junio de 1998, Caso Teixeira de Castro, ante un caso de tráfico de estupefacientes en el que la única prueba fue la actuación de dos policías que operaron como agentes encubiertos, estima la violación del artículo 6.1 del Convenio Europeo, al considerar que no se trató de agentes encubiertos sino de agentes provocadores. Sienta claramente que la actitud de los agentes encubiertos tiene que ser de verdadera investigación de comportamientos delictivos ejecutados por otros y no se permite que actúen como agentes incitadores en la comisión hechos punibles. Cit. por: MARTÍN PALLÍN, José Antonio, «Impacto social, criminológico, político...», cit., p. 169.

(257) Vid. QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep, «Recientes novedades legislativas en materia de lucha contra la delincuencia organizada: LO 5/1999 de 14 de enero», p. 127.

(258) Cfr. MARTÍN PALLÍN, José Antonio, «Impacto social, criminológico, político...», cit., p. 169.

(259) Vid. RUIZ ANTÓN, Luis Felipe, «La provocación policial como forma de reprimir el tráfico de drogas», cit., p. 333.

artículo 9, párrafo 3.º, de la Constitución, el cual garantiza la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (260).

Para finalizar, esta postura aprecia como poco favorable –político-criminalmente– la práctica de la provocación policial. Estimando que los órganos de seguridad no deben, bajo ningún supuesto, pretender conseguir el enjuiciamiento de un presunto criminal mediante el empleo de la técnica del agente provocador, pues esto acarrea una serie de efectos sociales lesivos, unos relativos al autor provocado y otros que afectan directamente a los principios del Estado de derecho (261).

b) LEGITIMACIÓN EXPRESA QUE JUSTIFIQUE LA PROVOCACIÓN POLICIAL

Los defensores de esta posición consideran más conveniente la creación de una legitimación de derecho que justifique la provocación policial por parte de las autoridades de persecución penal. Sus opiniones se orientan a reclamar la presencia de una norma que establezca los presupuestos, modos y formas de la provocación policial (262). Se inclinan por lograr una regulación en el ordenamiento de la figura del agente provocador a través del respectivo control judicial y restringiendo su espacio de actuación a los delitos llevados a cabo por grupos de criminalidad organizada. Argumentan que se puede dar entrada a la provocación siempre y cuando vaya dirigida a actividades de difícil investigación o de crimen organizado, lo anterior, si con antelación

(260) *Vid.* DE MARINO, Rubén, «Las prohibiciones probatorias como límite al derecho a la prueba», Primeras Jornadas de Derecho Judicial, Presidencia del Tribunal Supremo, Secretaría Técnica, 1983-1984, p. 614. Cit. por: REY HUIDOBRO, Luis Fernando, «El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales», cit., p. 325, interpreta que los principios y fundamentos que inspiran los valores constitucionales nos llevan a la oposición radical de estos medios, pese a que de la Ley fundamental no se desprenda mandato expreso para ello.

(261) En contra de esta opinión, hay quien puesto de manifiesto que la provocación policial que no induzca a un delito consumado o en su caso, terminado no aparece necesidad apremiante de pena: si político-criminalmente únicamente se estiman merecedoras de sanción penal las conductas socialmente lesivas que conllevan una perturbación sensible de la paz jurídica, los efectos sociales lesivos que acarrea la utilización del agente provocador no significan una perturbación importante del orden social como para que sea digna de pena, aunque con ella se cause daño al interés protegido por la norma. Interpretan que: «sólo cuando con la inducción del agente provocador se ponga en peligro o se lesione mediante el inducido un bien jurídico ya protegido penalmente cabrá hablar de una conducta que deba ser punible». MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan, «La moderna problemática jurídico penal del agente provocador», cit., p. 167.

(262) *Vid.* OLMEDO CARDENETE, Miguel, «La provocación del delito y el agente provocador en el tráfico de drogas», cit., p. 208, considera necesaria la cobertura legal de estas operaciones, tal y como expresamente se han hecho tanto para las operaciones del agente encubierto (art. 282 bis LECrim) y entrega vigilada (art. 263 bis LECrim).

ha sido decretada por juez competente y respetando los márgenes de proporcionalidad que el Estado de derecho exige (263). Asimismo, consideran que una política criminal respetuosa con los principios básicos de un derecho penal democrático, permite dar entrada a los casos en que la intervención policial no va dirigida a un sujeto hasta entonces no resuelto a delinquir, sino a poner al descubierto dinámicas criminales que ya vienen fluyendo con anterioridad, aunque para ello resulte necesario la comisión de un nuevo delito (264).

5. CONCLUSIONES

Desde hace tiempo, tanto la legislación internacional, el derecho comparado y jurisprudencia han insistido sobre las dificultades a las que se enfrentan los instrumentos tradicionales de persecución penal para investigar con eficacia aquellos actos de tráfico de drogas llevados a cabo por grupos de delincuencia organizada. Ante este llamado, el legislador introdujo en el ordenamiento jurídico nuevas figuras que pretenden resolver tan delicada situación, entre ellas, la entrega vigilada de drogas y la figura del agente encubierto.

A grandes rasgos, y en atención a la normativa vigente, la entrega vigilada puede ser descrita de la manera siguiente:

1) Es una institución que, con la autorización y vigilancia de las autoridades, permite circular por el territorio nacional remesas ilícitas o sospechosas de contener drogas a fin de identificar, descubrir y detener a las personas que, previo acuerdo con los encargados de su envío, están resueltas para su recepción y su posterior introducción en los circuitos de consumo.

(263) Para ROGALL, *Strafprozeßuale Grundlaguen und legislative Probleme des Einsatzes Verdeckter Ermittler im Strafverfahren* JZ 1987, pp. 847 ss., es admisible la utilización del agente provocador para la persecución de delitos ejecutados por organizaciones criminales y que esta medida quede reservada al juez. Por su parte, MAGLIE, *L gente provocatore. Un indagine dommatica e politica-criminale*. Giuffrè Milano, 1991, pp. 425-431, propone una legislación *ad hoc* que se conforme como una causa de justificación a incluir en las normas que regulan la participación. Su ámbito de aplicación se reduciría a los delitos *consensualis* y a algunos tipos que se caracterizan por las dificultades que presenta su investigación. También considera que la autorización debe venir de Autoridad Judicial. Autores cit. por: MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan, «La moderna problemática jurídico penal del agente provocador», cit., p. 168.

(264) Cfr. KREUZER, Arthur: «Las drogas en la República Federal de Alemania. Problemática y aspectos político-criminales», en *La reforma penal. Cuatro cuestiones fundamentales*, Madrid, 1982, pp. 121 ss.

2) Los autorizados por la norma procesal para poner en marcha el mecanismo de investigación son el Juez de Instrucción competente, el Ministerio Fiscal y los Jefes de Unidades Orgánicas (centrales o provinciales), incluyendo sus mandos superiores.

3) El objeto sobre el que puede recaer la medida son las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas y los dispuestos por la LO 5/1999.

4) Para su autorización se tendrá en cuenta su necesidad a los fines de investigación en correlación con la importancia del ilícito y con la posibilidades de vigilancia.

5) El dispositivo podrá ser autorizado caso por caso, por lo que no podrán condescenderse entregas vigiladas genéricas o indiscriminadas.

Por su parte, entendemos que, tal y como se encuentra prevista en la norma, la figura del agente encubierto se constriñe principalmente a los siguientes puntos:

1) Es un medio extraordinario de investigación que facilita la infiltración del Estado, a través de un agente de policía que oculta su verdadera identidad, a un grupo de delincuencia organizada con el propósito de conseguir información sobre sus miembros, estructura, formas de actuación, campos de operación, etc., a fin de que dicha información pueda ser empleada en un juicio penal y permita que sus operadores sean sentenciados por los ilícitos que hubiesen cometido.

2) La Ley estipula que sólo podrá conceder la condición de agente encubierto a funcionario de la Policía Judicial el Juez de Instrucción competente o, en casos excepcionales, el Ministerio Fiscal.

3) Es una institución que es prorrogable en el tiempo, pues la autorización de una identidad supuesta puede ser por un término de seis meses o diferirse indefinidamente según las necesidades de la investigación.

4) En las actuaciones que el agente encubierto pueda afectar a derechos fundamentales de los investigados deberá solicitar al Juez de Instrucción competente las autorizaciones que al respecto determinen la Constitución y la Ley, así como cumplir las demás previsiones legales aplicables.

5) La infiltración policial se extinguirá cuando: concertada por el Ministerio Fiscal, éste no da información inmediata de ella al Juez de Instrucción o, a pesar de lo anterior, la Autoridad judicial la revoca; si al término del primer plazo, o de alguna de las prórrogas la Policía, o el Ministerio Fiscal no requieren de nuevo la prolongación de la medida; en caso de solicitud de prórroga una vez llegada la finalización del período autorizado, el Juez de Instrucción considera, con base a la información que le ha proporcionado el infiltrado, así como de la

que se derive de la solicitud de prórroga, interpreta que la infiltración no ha tenido ningún resultado revelador o considere que no vaya a conseguirlo; cuando el propio agente encubierto o los mandos policiales que supervisan su labor constaten que la medida no está aportando los resultados esperados; y, cuando exista peligro para la integridad el agente encubierto.

Sin embargo, existen de parte nuestra grandes reservas frente a la utilización de ambas figuras, ya que tales medios excepcionales de investigación pueden originar graves afectaciones a Derechos del investigado; como son el secreto de las comunicaciones, el Derecho a la intimidad, el Derecho al libre desarrollo de la personalidad, el Derecho a no declarar contra sí mismo o a no confesarse culpable, entre otros. Asimismo, pueden llegar a contradecir el ideal del proceso debido (objeto del derecho fundamental que consagra el art. 24.2 CE) y el principio de proscripción de la prueba ilegítimamente obtenida (importante instrumento de moralización del proceso penal).

No obstante, reconocemos que la compleja realidad en la que operan los grupos de criminalidad organizada reclama, para su investigación y persecución, la existencia de medios extraordinarios de prueba que coadyuven en la obtención de pruebas que permitan el descubrimiento y captura de sus integrantes. Aunque hay que insistir que la puesta en marcha de tales dispositivos sólo tendría que limitarse a las siguientes hipótesis: *a)* sean casos en los que, después de haber realizado una profunda evaluación de los intereses jurídicos en peligro, se considere necesaria y justificable su concesión; *b)* se trate de una investigación criminal realizada en el seno de un grupo de delincuencia organizada; *c)* se esté acorde a las previsiones legales que habilitan para la injerencia de un Derecho Fundamental en estos supuestos; *d)* exista un control judicial por medio de una resolución judicial y el oportuno seguimiento de la investigación.

Para finalizar, en lo referente a la provocación policial, y tomando en cuenta que desde hace tiempo es común su empleo por los cuerpos policiales, nos parece preferible, a efecto de regularizar y controlar su práctica, que la norma procesal establezca expresamente los presupuestos, modos y formas como deberá operar la figura. Siempre y cuando en ella se exija: el respectivo control judicial –restringiendo su espacio de actuación a los delitos llevados a cabo por grupos de criminalidad organizada–; un estricto respeto a los márgenes de proporcionalidad que el Estado de derecho exige; no vaya dirigida a un sujeto hasta entonces no resuelto a delinquir; y, por último, se establezca que sólo funcionará en los casos en los cuales se intente poner al descubierto acciones criminales que ya existían con anterioridad.