

LA EVOLUCIÓN HACIA LA MODERNA FUNCIONALIDAD DEL “AGENTE ENCUBIERTO”: INCIDENCIA DE LAS NUEVAS REGLAS DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

MARIA TERESA ALCOLADO CHICO¹

SUMARIO:

1. Introducción
2. Aspectos generales.
3. Tipología.
4. La jurisprudencia.
5. La prueba.
6. Configuración del agente encubierto en la legislación española.
7. Criminalidad organizada.
8. A modo de conclusiones.

RESUMEN:

La función del “agente encubierto” fue, en España, un sector que careció prácticamente de regulación hasta el último año del pasado siglo. Se trata de una actividad que tiene como fin la persecución de delitos sin que implique la real inducción del agente en la realización de los mismos. Esta práctica se vino moviendo en la total impunidad, tanto en lo referente al trabajo encubierto del agente como en la misma provocación al delito, por ello se ha hecho necesaria una reglamentación. En el presente artículo, su autora, expone los aspectos generales de la citada actividad, sus tipos, la posición de la jurisprudencia patria al respecto, sin olvidar algunos ejemplos suministrados por el Derecho comparado, la importantísima cuestión de la prueba, el marco de la vigente legislación española dentro de la que puede moverse el “agente encubierto”, y una referencia a la lucha contra la criminalidad organizada, todo ello apoyado en

¹ Doctora en Derecho por la Universidad Complutense, Profesora de Derecho internacional privado. Académica correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Abogado del lustre Colegio de Madrid.

bibliografía española y extranjera. Las páginas del trabajo presentan, así, una clara y concreta información sobre el “agente encubierto” desde la perspectiva española, con una visión eminentemente práctica de esa figura y su función. El artículo finaliza con unas amplias conclusiones en las que se reflexiona sobre los linderos que separan la legalidad y el Código Penal, así como otras normas del ordenamiento jurídico español.

1. Introducción

En España, hasta el año 1999, nada se había legislado en el campo del delito provocado en relación con las operaciones policiales y las posibles consecuencias de estas, para funcionarios y particulares (confidentes) que las desempeñasen. El empleo de agentes secretos, infiltrados o encubiertos, “topos”, delatores, “arrepentidos”, confidentes, o la técnica de las entregas vigiladas, es práctica policial que, en tanto no implique la provocación o colaboración en un delito, es ajena al problema del agente provocador². Lo mismo hay que decir de los casos en que la policía no provoca en absoluto actividad alguna, aunque, alertada, espera al desarrollo e impide la consumación del delito. Sin embargo, la experiencia prueba que la distancia que media entre el simple observar y el pasar directamente a provocar el delito es sólo de un paso³. La impunidad era total tanto para el trabajo encubierto como para la provocación al delito⁴.

2 La irresponsabilidad por hechos aparentemente punibles, pero en realidad cursados por agente provocador de los mismos, existe sea este agente un particular o un miembro policial. Y ello por entender que la susodicha actividad provocadora, al inducir a error al sujeto activo de la supuesta infracción, menoscaba su libre iniciativa y con ello la voluntariedad de la acción proclamada dogmáticamente en el artículo 1 del Código Penal; o bien por entender, con criterio acaso más técnico, que la errónea actuación del sedicente culpable, constituiría un supuesto de tentativa inidónea, de delito putativo, entendido en amplio sentido, o, en fin, de delito aparente, pero en todo caso impune, dado que la imposibilidad de realización es inicial y preconstituída, estando descargado desde el principio al fin el peligro para el bien jurídico protegido. No obstante la validez y vigencia de expuesta doctrina, ha tiempo que la jurisprudencia ha extraído y exceptuado de tales consideraciones aquellos casos en que no se trata de provocar la comisión de un delito, sino de descubrir el ya cometido, importante matización especialmente aplicable a los delitos de tracto sucesivo, cual acontece con los de tráfico de estupefacientes. La fuerza policial, consciente de la existencia de una activa y plural conducta delictiva, al ponerse en fingido contacto con conocidos presuntos agentes, no busca propiamente provocar la comisión del delito correspondiente contra la salud pública, sino poner al descubierto los canales por los que venía fluyendo el tráfico con anterioridad a fin de cegarlos en lo posible, única forma de luchar con alguna eficacia contra esa forma de delincuencia de nuestro tiempo.

3 RUIZ ANTÓN, L.F.: *La provocación de la prueba y el delito provocado, las garantías del Estado de Derecho*, en *Anuario de la Facultad de Derecho*, núm. 11, 1993, pp. 213-230.

4 Unos de los mejores estudios sobre la historia, (con la sistemática de esta figura de larga tradición en los pueblos) son los del citado RUIZ ANTÓN, L.F.: *El agente provocador en el derecho Penal*, Ed. Edersa, 1982, p. 9 y ss.; *El delito provocado, construcción conceptual de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, de 1982, p. 119 y ss.; y *La provocación policial como forma de reprimir el tráfico ilícito de*

2. Aspectos generales

El concepto de agente provocador se había delimitado por la doctrina y la jurisprudencia, y para los delitos de tráfico de drogas, como escribe Montón García: “(...) para que se produzca esta figura, deben observarse dos presupuestos: uno, la inducción necesaria para manejar la voluntad de un individuo, haciendo que realice una actividad presumiblemente delictiva; y otro, que esta no llegue a término, es decir, que el inductor impida su consumación empleando las medidas de precaución que considere oportunas estando, entonces, ante un delito imposible⁵⁷”. En el mismo sentido la Sentencia del Tribunal Supremo, de 16 de septiembre de 1994 dice que: “no hay provocación si esta (la conducta delictiva) es anterior a la acción policial, que se limita a poner de manifiesto la delictiva preexistente (...). Para que exista delito provocado es preciso que la Policía, o personas a su servicio, induzcan al acusado a su realización, actuación que ha de preceder y motivar la conducta delictiva”, cuya prueba, a estos efectos podría ser un nudo gordiano a desentrañar.

La Ley Orgánica 5/1999, de 13 de enero, vino a modificar la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con la investigación del tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas de carácter grave, apostando por dos prácticas habituales en la lucha contra la delincuencia que ya formaban parte del acervo jurisprudencial y cuya exposición de motivos refleja este interés con claridad y precisión cuando dice: “(...) introducen en el ordenamiento jurídico medidas legales especiales que permitan a los miembros de la Policía Judicial participar en el entramado organizativo, detectar la comisión de delitos e informar sobre sus actividades, con el fin de obtener pruebas inculpatorias y proceder a la detención de sus autores”, y en el mismo sentido algún autor en relación a la entrega vigilada, (artículo 263 bis) y el agente encubierto, (artículo 282 bis), del mismo cuerpo legal, que admite, este último, el otorgamiento y utilización de una identidad supuesta a determinados funcionarios de la Policía Judicial en aras de fortalecer la protección que ya tradicionalmente se concedía a peritos y testigos en procesos criminales de la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciem-

drogas, en el libro colectivo: *Problemática de la droga en España*, Ed. Edersa. Madrid, 198, p. 317 y ss.

5 MONTÓN GARCÍA, M.L.: *Agente provocador y agente encubierto: ordenemos conceptos*, en Revista *LA LEY*, núm. 4.826, volumen XX, 1999, p. 2.128, quien establece que la actuación del agente provocador induciendo a alguien a la comisión de un delito (haciendo que nazca en la persona el dolo o la intención de delinquir), es ilegal y, por tanto, provoca el efecto contrario al que se pretende, cual es la impunidad del provocado. Se produce por la falta de tipicidad y de culpabilidad en el autor del mismo para lesionar los principios constitucionales y no observar los requisitos de antijuridicidad propios de una conducta delictiva; vid también, ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R.: *El agente encubierto en el ordenamiento jurídico español*, en *Publicaciones del Portal Iberoamericano de las ciencias Penales*, Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, Universidad Castilla-La Mancha. <http://www.cienciaspenales.net>.

bre, que daba cobertura a las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuyo principio general de protección se hacía patente en la Resolución 827/1993, de 25 de mayo, del Consejo General de Naciones Unidas para la antigua Yugoslavia.

Los ordenamientos de nuestro entorno se han decantado por articular la figura de la infiltración policial de manera expresa como Alemania o Dinamarca a partir de 1992. El primero, lo introdujo mediante la Ley contra el crimen organizado, y el segundo en su Ley Procesal, con la peculiaridad de no contemplar el otorgamiento de identidad supuesta a los funcionarios infiltrados, sin embargo otros Estados lo han introducido a través de diferentes normas como Portugal, Italia o Francia⁶; en este último se admitía la figura para el caso del tráfico de estupefacientes, pero la integración se produjo con la modificación del Código procesal penal. En Portugal se regulaba a través del Decreto-Ley 15/1993, ya derogado en muchos aspectos, y a lo que nos atañe es de aplicación la Ley núm. 60/2013, de 23 de agosto, en la que se establece el marco para las acciones encubiertas como medida de prevención e investigación criminal, considerando estas como aquellas, que sean desarrolladas por funcionarios de la policía judicial o por tercero, que actúe bajo la tutela de este Cuerpo para la prevención o represión de los crímenes especificados en la Ley, con ocultación de identidad, y para los delitos relativos a criminalidad económica y financiera mediante la Ley num.36/1994, de 29 de septiembre; por último, los Estados, que lo reivindicaban a través de la jurisprudencia como Suiza, Bélgica o los Países Bajos, sin reconocimiento legal, siempre con la autorización judicial y solo para determinados casos, como Bélgica que lo regula para delitos circunscritos a la delincuencia organizada del Código de Instrucción Criminal, mediante la Ley de 6 de enero de 2003, relativa a los métodos particulares de investigación y en el caso de Suiza, actuando el funcionario en la infiltración de manera pasiva aunque se le reconoce para la investigación de los delitos relativos al tráfico de drogas.

6 DELL'ANDRO, R., en la Enciclopedia del Diritto, en el caso francés, ya menciona la posible inducción de la policía en la comisión del delito en la época de Luis XIV: "(...) en aquella época los agentes de policía inducían a otros a cometer delitos políticos con el fin de deshacerse de individuos vistos como peligrosos por el gobierno, ya sea para obtener una recompensa, para quedarse con sus bienes o con su mujer. Fue conocida la provocación con fines políticos en la época del Cardenal Richelieu y sobre todo en tiempos de Luis XIV, con la organización policial a las órdenes del marqués de Argenson, cuya finalidad era, por una parte, la realización de acciones criminales con tintes políticos y por otra la creación de un clima en el cual se pudiera desarrollar la toma de medidas coercitivas desde el punto de vista social. La institución pasó del espionaje a la provocación", vid. *Agente provocatore*, vol. I, Milán, 1958, p. 864.

En todo caso, cabría pensar que la infiltración policial⁷ constituye una agresión al sistema de los derechos fundamentales⁸, y es por ello que algunos ordenamientos han optado por no articularlo para garantizar de manera plena el ejercicio de estos derechos sin que exista injerencia de los poderes públicos.

Todo el panorama comunitario debe ser complementado con las legislaciones de países iberoamericanos y otros tan ajenos al nuestro como lo pueden ser los ordenamientos asiáticos; pero el problema se trasluce en el intento global de los Estados por luchar contra el crimen organizado en todos sus ámbitos, al intentar conectar los ordenamientos de los distintos Estados, manteniendo y respetando las diferentes legislaciones, lo que constituye una tarea ardua ya que las distintas organizaciones ilegales desarrollan sus actividades en distintos territorios soberanos, en este sentido el Consejo de Europa reunido en Tampere, celebrado los días 15 y 16 de octubre de 1999, se manifestó así: “las personas tienen derecho a esperar que la Unión afronte la amenaza que para su libertad y sus derechos civiles constituye la delincuencia. Para contrarrestar esta amenaza se precisa un esfuerzo común que prevenga y combata la delincuencia y las organizaciones delictivas en toda la Unión. Es necesaria la movilización conjunta de los recursos policiales y judiciales para garantizar que en toda la Unión no exista lugar alguno donde puedan ocultarse los delincuentes o los beneficios del delito”. Así mismo, se estableció que era necesaria la lucha contra la delincuencia organizada y transnacional grave en base a una estrecha cooperación. El alto nivel de seguridad en el espacio de libertad, seguridad y justicia, presupone un enfoque eficaz y exhaustivo en la lucha contra todas las formas de delincuencia, debe lograrse un desarrollo equilibrado de medidas a escala de la Unión contra la delincuencia, protegiendo al mismo tiempo la libertad y los derechos jurídicos de las personas y de los agentes económicos.

La delincuencia organizada y su actividad es el origen de la necesidad de la creación de la infiltración policial junto con otras medidas de carácter extraordinario como lo son la entrega vigilada o los diferentes sistemas de inteligencia que nos proporcionan información acerca de la amenaza que suponen

7 El carácter excepcional del empleo de medios extraordinarios de investigación penal, encuentra su camino en sus características, sobre todo, por la restricción de derechos fundamentales inherentes a las técnicas de las operaciones encubiertas. Se hace necesario para alcanzar la eficiencia en la lucha contra la criminalidad organizado la creación de instrumentos excepcionales, acordes con la gravedad y complejidad de la organización delictiva.

8 La subsidiariedad como principio rector de las operaciones encubiertas consiste en la utilización de este procedimiento siempre que se constate la no existencia de otros medios menos invasivos y restrictivos de derechos y garantías; en palabras de GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA HERRERO, M.: “en el recurso a la figura de los agentes encubiertos, atendidas siempre las circunstancias específicas al caso, existen en verdad dos claves para fundamentar la culminación del principio de necesidad: de un lado, comprobar si el ordenamiento jurídico proporciona otras formas de investigación igualmente idóneas para luchar eficazmente contra la delincuencia organizada, y de otro, verificar, en su caso, si estos otros medios no suponen una lesión de derechos del mismo calibre”, vid. *Límites y garantías procesales en la investigación mediante agentes encubiertos*, en Revista *LA LEY*, núm. 5, 2004, pp.1531-1538.

estas redes internacionales; la intervención de un agente encubierto⁹ supone atacar o menoscabar la organización delictiva desde el interior de la misma¹⁰, dando la posibilidad al Estado de situarse en la misma posición de igualdad frente a los que conforman este tipo de delincuencia, ya que de otra manera se hace imposible entrar en su sistema operativo. Como ya se ha dicho, la infiltración supone la actuación de una persona ocultando su propia identidad aunque no es necesario, en principio, que adopte otra supuesta, los fines siempre van en la dirección de investigar un hecho delictivo aunque también puede satisfacer intereses privados¹¹.

En otros ordenamientos la figura del agente provocador y el denominado delito provocado son habituales, como en Italia¹²; pero son figuras no reconocidas constitucionalmente en España, ya que el problema que se suscita en nuestro ordenamiento es de orden moral: ¿los fines justifican los medios?; ¿debe prevalecer el resultado?; ¿es más importante, el objetivo final que no es otro que desarticular una red de narcotráfico, o el mantenimiento de los pilares básicos que informan nuestro Estado de derecho?; ¿dónde se encuentran los límites entre los objetivos y los medios utilizados?; ¿deben, los agentes policiales que muchas veces, se ven forzados a decidir sobre la marcha, ser los responsables directos por unos hechos que debieron llevarse a cabo de otra manera, una vez que los mismos son estudiados por el organismo competente?; ¿deberían abstenerse de actuar, en aras de salvaguardar los derechos fundamentales o por el contrario ante un posible hecho delictivo susceptible de investigación a través del agente encubierto o entrega vigilada deben actuar con la recompensa de un

9 En el Derecho comparado: Undercover agent (Estados Unidos), esta figura es diferente a la que aquí nos ocupa, aunque, efectivamente, tiene un trabajo similar, pero más parecido a la labor de un colaborador o confidente, vid. GASCON INCHAUSTI, F.: *Infiltración policial y agente encubierto*, Ed. Comares, Granada, 2001, p. 28.; en otros Estados el nombre es Agente infiltrado (Brasil), agente sotto copertura (Italia), etc.

10 Las operaciones cuyo engranaje es una técnica de investigación encubierta constituyen, en la actualidad, uno de los fenómenos más eficaces con los que cuentan los órganos encargados de aplicar la ley para contrarrestar y atacar los cimientos de las organizaciones criminales.

11 Cada acción encubierta tendrá detalles diferentes y la actuación realizada tendrá unos matices particulares dependiendo del caso; el análisis y el montaje de las operaciones dependerá de las informaciones básicas conseguidas previamente respecto de la red que se pretende socavar, esta forma de trabajar es lo que se denomina “actividad de inteligencia criminal”, en España, UCIC (Unidad Central de Inteligencia Criminal) encuadrada dentro de la Comisaría General de la Policía Judicial, siendo sus funciones las de captación, recepción, análisis, tratamiento y desarrollo de informaciones relativas a la criminalidad organizada, actividades de prospectiva y estrategia, así como la realización de análisis tácticos, orientados al desarrollo, control y seguimiento de operaciones especiales.

12 En la legislación comparada Europea, se admite la figura del agente provocador en la lucha contra el tráfico de drogas, véase para este Estado, MANNA, A.: *La actual política criminal sobre la droga*, en *La actual política criminal sobre drogas. Una perspectiva comparada* (coord. DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.- LAURENZO COPELLO, P.) Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, pp. 96-97. Asimismo, MANCINI, V.: en su *Trattato di Diritto Penale*, Ed. UTET, 1950, se refiere a esta figura de esta manera: “el agente provocador, por tanto, asume el papel de instigador y, a veces, el de cooperador, pero no quiere el delito porque desee ocasionar el resultado dañoso o peligroso, sino por motivos diversos de aquel”, p. 510.

posible castigo?. Lo cierto es que es difícil dar una respuesta. El principio de proporcionalidad es esencial para alcanzar el equilibrio, y “en modo alguno puede obviarse que cualquier medida de investigación restrictiva de derechos fundamentales deben declinar la observancia de este principio”¹³.

La función del agente provocador es principalmente la incitación al delito, que se presenta a través de un ardid o engaño, para conseguir que el objetivo que estamos investigando, ante un probable e hipotético comprador, se descubra al intentar concluir una operación de venta de narcóticos, con ello, la policía judicial (instigadora) pondría al descubierto el delito y sobre estos hechos, de esta manera producidos, fundamentar la condena; el problema que se nos plantea es a través de la vía constitucional con la función del agente provocador, se conculcan derechos fundamentales de las personas, ya que sin su intercesión probablemente el delito no se habría consolidado. Estos actos de investigación se realizan en fase pre-procesal, con anterioridad a la incoación del sumario, y por ello, si es la propia policía la que induce a la comisión del delito, el atestado que se formaliza carecerá de toda entidad y la prueba así obtenida invalida el procedimiento.

3. Tipología

La gran necesidad que tiene la sociedad global de protegerse de estas estructuras delictivas muy organizadas y complejas produce, como diría el maestro Goya, los monstruos de la razón, por ello funcionarios que pertenecen a los servicios policiales o conectados a ellos, intentan, disfrazando su condición, no evidenciar diferentes conductas delictivas sino crearlas. Se pueden distinguir varias posibilidades de actuación, como la existencia de particulares que actúan como confidentes de los cuerpos de la policía, como ya se ha apuntado, incluso los propios agentes que proporcionan información como agentes infiltrados, que posteriormente se valoran, para mejorar la eficacia en la persecución del crimen organizado. Práctica válida para la lucha contra el crimen organizado y legítima desde el punto de vista de los derechos fundamentales.

La infiltración se puede clasificar según el interés que satisfaga, respondiendo al carácter público o privado de la persona que la lleve a cabo.¹⁴ Y las actividades relatadas pueden distinguirse entre públicas, semiprivadas y privadas. En las de carácter público a su vez se pueden dividir en corta y larga duración; en la primera se podría llegar al delito provocado, siendo aquel que llega a realizarse en virtud de la inducción engañosa de una determinada persona, generalmente miembro de los Cuerpos de Seguridad del Estado, que buscando la detención de los sospechosos, incita a la perpetración de un delito a quien

13 Vid. GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, M.: *Límites y garantías...*, op. cit. p. 1535.

14 A modo de ejemplo, en Alemania se denomina V-Mann, a una persona privada que, sin tener la calidad de funcionario de policía, trabaja para esta institución; también se contempla una figura equivalente en Portugal, Colombia o Perú, entre otros países.

inicialmente no tenía tal propósito, generando una voluntad criminal que no se hubiese desarrollado sino hubiera sido por su injerencia; llegando a la conclusión que el sujeto no hubiera actuado de esa manera sino hubiere sido por la provocación del agente incitador; y como consecuencia de este proceder se llega a la nulidad absoluta de toda la prueba obtenida, y la absolución de los implicados por falta de prueba. Existe una reiterada doctrina jurisprudencial que marca los límites del delito provocado o de la actuación del agente provocador y resuelve los supuestos de hecho en atención a las circunstancias recurrentes. Es necesario distinguir, a efectos punitivos, entre delitos provocados en los que falta la tipicidad y la culpabilidad donde se llega a la conclusión de que el sujeto no hubiera actuado de la manera que lo hizo si no hubiese sido por la provocación previa y eficaz del agente incitador. La iniciativa criminal de la persona provocada se encuentra, en todo caso, inactiva y, por tanto, penalmente inocua, por lo que su exteriorización material no es el resultado de su soberana y libre decisión sino del acicate eficaz del agente externo que actúa como factor desencadenante de un comportamiento delictivo que domina en todo momento y que le coloca en una situación de preeminencia que le permite controlar todo el tracto delictivo desde su iniciación hasta su término.

4. La jurisprudencia

Es de interés la Sentencia del Tribunal Supremo, de 11 de febrero de 1991 que sostiene:“ (...) el problema de tratamiento jurídico penal que corresponda al delito provocado en general, y en particular, a la provocación policial para la comisión de un delito, que tan poca atención a merecido al Derecho positivo comparado, y que tan sólo se la dispensaron la Doctrina Científica y la Jurisprudencia, es, sin duda, un problema de política criminal que, como tal, se halla íntimamente enlazado o enraizado con el sistema político general imperante en cada país, por ello no puede recibir el mismo tratamiento en aquellos países en los que impera un régimen autoritario en los que el campo del Derecho penal, prima el aspecto o la actividad represiva, so pretexto de la seguridad, que en aquellos países, como el nuestro, en los que se halla implantado un régimen o un Estado social y democrático de derecho, del que son ingredientes esenciales del sistema el principio de legalidad¹⁵ y la interdicción de la posible arbitrariedad de los poderes públicos, como expresamente se proclama en el artículo 9 de la Constitución española¹⁶ y en los que, como consecuencia, se elevan a

15 La salvaguarda de este principio significa que esta observancia de la ley se configura como un requisito imprescindible para cualquier actividad desarrollada en el Estado de Derecho,

16 Nuestra Carta Magna, establece un vínculo entre este y el Derecho Internacional, a través de algunos aspectos de los artículos 10 y 96 de este texto, al disponer que los tratados internacionales, luego que sean publicados oficialmente, formarán parte del ordenamiento español, estableciendo también que “ las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por España” (artículo 10.2 CE).

principios constitucionales los de respeto a la dignidad de la persona y a su absolutamente libre y espontánea determinación, proscribiendo toda acción coactiva sobre la voluntad ajena, así como la utilización de procedimientos ilícitos o éticamente reprobables aunque su finalidad fuere llegar a lograr mayor efectividad en el cumplimiento de las leyes atinentes a la prevención y represión de la delincuencia, o sea, que la absoluta legalidad o licitud es exigible tanto para los fines como para los medios utilizados para lograrlos, (...) por ello pues, al interpretar lo dispuesto en el artículo 283 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal, conforme al cual la Policía Judicial tiene por objeto y será obligación de todos los que la componen averiguar los delitos públicos que se cometieren en su territorio o demarcación: practicar según sus atribuciones las diligencias necesarias para comprobarlos y descubrir a los delincuentes, no pueden entenderse comprendidos entre los medios de comprobación los constitucionalmente ilícitos o reprobables, como sin duda son los tendentes a la provocación del delito, sea cual fuere la ulterior finalidad perseguida o el momento del iter criminis en el que se produzca la provocación del ficticio o real delito...”; el delito provocado que, en efecto, aparece cuando la comisión delictiva no responde a una iniciativa producto de la decisión totalmente libre del autor, sino inducida por la Autoridad o sus agentes que prestando medios u ofreciendo facilidades buscan por esa censurable vía tan sólo el castigo del inducido de esta forma al actuar criminal. Así como también son sabidas las consecuencias de impunidad para quien de ese modo actúa, irregularmente inducido o provocado por aquellos que han de velar, precisamente, por la evitación del delito. Con lo que tal supuesto implica, tanto de vulneración del principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (artículo. 9.3 Constitución Española)¹⁷, como de comisión de infracción de carácter “imposible”.

El agente provocador no está exento de culpa, y de facto, existen especialistas que propugnan su castigo penal, con las atenuaciones propias atendiendo a los motivos que lo impulsaron. Sobre todo, cuando se instiga un proceder delictivo que hasta ese momento no había sido contemplado por el sujeto provocado, es en este punto donde nos topamos con la necesidad de nuestro ordenamiento de mantener un proceso con todas las garantías objeto de derecho fundamental que se consagra en el artículo 24.2¹⁸ de la Constitución Española.

17 “La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

18 “Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos”.

Según la doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo¹⁹, el delito provocado surge cuando el agente induce a un tercero a llevar a cabo un delito que sin su concurso no hubiera perpetrado, y su consecuencia es la nulidad absoluta de la prueba así obtenida, tal y como afirma la Sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de junio de 1993: “la prueba del delito obtenida mediante la inducción al hecho del autor por parte de los agentes encubiertos de la Policía, invalida el proceso en el que los primeros han sido condenados de una manera insanable. Tal punto de vista se basa, como es fácil de comprender, en la total carencia de legitimidad de un proceso celebrado para juzgar un hecho delictivo creado por las propias autoridades que tienen la misión de perseguir y descubrir el delito. La jurisprudencia ha entendido que tales procesos vulneran los principios del debido proceso y son incompatibles con la idea central del Estado de derecho, (artículo 1 de la Constitución Española). Ello determina la caducidad de la pretensión de persecución del delito por parte del Estado (...)”.

En nuestro país la figura de agente provocador atenta contra los principios inspiradores del Estado democrático y de derecho; sobre todo con los principios de legalidad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, que proclama la Constitución española en los artículos 9.3, 24 y 25²⁰. Un factor importante, es el ataque a la dignidad personal por lo que la virtualidad probatoria de este medio, es rechazada. En los casos en que hipotéticamente, se podría vulnerar la presunción constitucional de inocencia, el referente obligado es la existencia de un vacío probatorio que puede ser debido a la falta total de pruebas de cargo, o que las practicadas se hubieran obtenido ilícitamente, o el razonamiento de inferencia fuera ostensiblemente absurdo, arbitrario o esca-

19 “ (...) que, en efecto, aparece cuando la comisión delictiva no responde a una iniciativa producto de la decisión totalmente libre del autor, sino inducida por la Autoridad o sus agentes que prestando medios u ofreciendo facilidades buscan por esta censurable vía tan sólo el castigo del inducido de esta forma al actuar criminal, así como también son sabidas las consecuencias de impunidad para quien de este modo actúa, irregularmente inducido o provocado por aquellos que han de velar, precisamente, por la evitación del delito. Con lo que tal supuesto implica, tanto de vulneración del principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, artículo 9.3 de la Constitución Española, como de comisión de infracción de carácter “imposible. (...) nos hallamos ante un delito de mera actividad que se consuma desde el momento mismo en el que comienza la ejecución de actos concretos dirigidos a la finalidad de favorecimiento del consumo, por terceros, de las sustancias prohibidas”, STS. 1242/2009, de 6 de febrero, Recurso 10809/2008, Ponente Sr. Maza Martín.

20 “Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento. Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad. La Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad”.

samente fundamentado en aras de la proporcionalidad de la intervención; por ejemplo cuando una operación de venta tenga su origen en una provocación policial, y siendo, a partir de esa incitación cuando se descubre la existencia de una sustancia estupefaciente en un domicilio por la intervención policial en un registro sin autorización judicial. Bien es cierto que esta figura puede confundirse con el agente provocador, pero en la primera, la Policía actúa ejerciendo aquellas funciones que le otorgan las leyes²¹.

La Sentencia del Tribunal Supremo, 1085/2013²², razona a través del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, en la Sentencia de este, de 1 de marzo, caso *Lalas contra Lituania*, que tal y como se había establecido en la Sentencia en el caso *Ramanauskas contra Lituania*, de 5 de febrero de 2008: “Se considera que ha tenido lugar una incitación por parte de la policía cuando los agentes implicados-ya sean miembros de las fuerzas de seguridad o personas que actúen según sus instrucciones.- no se limitan a investigar actividades delictivas de una manera pasiva, sino que ejercen una influencia tal sobre el sujeto que le incitan a cometer un delito que, sin esa influencia, no hubiera cometido, con el objeto de averiguar el delito, esto es, aportar pruebas y poder iniciar un proceso”. En la citada Sentencia *Ramanauskas contra Lituania*, se afirma que: “(...) el interés público no podría justificar la utilización de los datos obtenidos tras una provocación policial”, pues tal forma de operar es susceptible de privar definitivamente al acusado de su derecho a un proceso

21 La labor del agente encubierto se justifica del siguiente tenor al infiltrarse en organizaciones delictivas, desempeñando un papel que confunda a sus integrantes, permitiéndoles suponer que se trata de uno de ellos, para obtener información o pruebas que sirvan para impedir el delito o sancionarlo una vez producido; en esa línea de pensamiento MOLINA PÉREZ, T.: *Técnicas espaciales de investigación del delito; el agente provocador; el agente infiltrado y figuras afines*, en *Anuario Jurídico y económico escurialense XLII*, 2009, que sostiene que: “(...) y es precisamente en la actuación del agente encubierto en donde hay que distinguir dos casos: 1º la actuación policial que sirve para descubrir una infracción, ya consumada del delito; 2º la infiltración policial. En cuanto al primero, los supuestos que se pueden presentar dentro de la gran variedad de ellos, y es que la Policía solo hace aflorar un delito que previamente ya se había cometido. Por tanto, si el delito ya se ha iniciado, la actuación policial, sólo va a influir en el grado de perfección o agotamiento del mismo, bien porque se limita a su descubrimiento y constatación en la fase consumativa, bien porque origina su frustración si la intervención se produce antes de que el delito se consume. Todas estas actuaciones nos conducen a considerar que se trata de una técnica policial para descubrir aquellos que han delinquido. La Policía actúa ejerciendo aquellas funciones que le otorgan las Leyes, porque el delito nace libremente de la voluntad del autor y se desarrolla conforme a esta ideación, hasta que la intervención policial se cruza, es por tanto, un medio de investigación cuya finalidad es descubrir una actividad delictiva preexistente. En cuanto al caso segundo, para poder descubrir a quienes integran una organización de traficantes, en muchos casos, internacional, para poder desarticular esa red se necesita que los agentes policiales realicen una actividad de relación con los narcotraficantes, aparentando estar interesados en algún aspecto de esta actividad, para así descubrir el delito y a sus autores. Y esta es la única actividad que realiza el agente infiltrado”, pp. 155-156. Por ello, el agente encubierto que actúa desde el interior de la organización, actúa sin extralimitarse en la observancia de los principios fundamentales, en los parámetros estrictos de las garantías constitucionales.

22 De 14 de marzo de 2013, Recurso 1.228/2012, Ponente Sr. Colmenero Menéndez de Luarda.

equitativo. Y también esta Sala mantuvo que: “El problema del tratamiento jurídico penal que corresponda al delito provocado en general, y en particular, a la provocación policial para la comisión de un delito, que tan poca atención a merecido en el derecho positivo comparado y que tan solo se la dispensaron la Doctrina científica y la Jurisprudencia, es, sin duda, un problema de política criminal, que como tal, se halla íntimamente enlazado o enraizado con el sistema político general imperante en cada país, por ello, no puede recibir el mismo tratamiento en aquellos países en los que impera un régimen autoritario en los que en el campo del Derecho Penal, prima el aspecto o la actividad represiva so pretexto de la seguridad que en aquellos países, como el nuestro, en los que se halla implantado un régimen o un Estado Social y Democrático de Derecho, del que son ingredientes esenciales del sistema el principio de legalidad y la interdicción de la posible arbitrariedad de los poderes públicos, como expresamente se proclama en el num.3 del artículo 9 de la Constitución y en los que, como consecuencia, se elevan a principios constitucionales los de respeto a la dignidad de la persona y a su absolutamente libre y espontánea determinación, proscribiendo toda acción coactiva sobre la voluntad ajena así como la utilización de procedimientos inicuos o éticamente reprobables aunque su finalidad fuere la de llegar a lograr la mayor efectividad en el cumplimiento de las leyes atinente a la prevención y represión de la delincuencia, o sea, que la absoluta legalidad o licitud es exigible tanto para los fines como para los medios utilizados para lograrlos”.

Esta doctrina se ha mantenido con posterioridad en sus líneas básicas, en la Sentencia núm. 863/2011, que sostuvo que el delito provocado: “(...) según la consolidada doctrina de esta Sala de Casación, aparece cuando la voluntad de delinquir surge en el sujeto no por su propia y libre decisión, sino como consecuencia de la actividad de otra persona, generalmente un agente o un colaborador de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, que, guiado por la intención de detener a los sospechosos o de facilitar su detención, provoca a través de su propia y personal actuación engañosa la ejecución de una conducta delictiva que no había sido planeada no decidida por aquel, y que de otra forma no hubiera realizado, adoptando al propio tiempo las medidas de precaución necesarias para evitar la efectiva lesión o puesta en peligro el bien jurídico protegido²³.

23 Vid por todas, la Sentencia Tribunal Supremo 5.772/2007, de 25 de enero, Recurso 10.596/2006, Ponente Sr. Berdugo Gómez de la Torre; y la de 5.143/2011, de 21 de julio, Recurso 1.942/2010, Ponente Sr. Martínez Arrieta.

5. La prueba

La provocación de la infracción penal por un agente de la Autoridad²⁴ es un medio de prueba incompatible con los principios generales que garantizan la legalidad del proceso, con la interdicción de la arbitrariedad y con la dignidad de la persona, el Estado no puede, a través de la utilización de agentes encubiertos, utilizar un medio de investigación penal cuyo formato esté sancionado penalmente, aunque el objetivo sea combatir la criminalidad organizada, pero se entiende excluida la provocación cuando la actuación del agente encubierto al instigar el hecho delictivo, realmente persigue y descubre una conducta criminal anterior, el cauce por donde viene discurriendo una preexistente actividad criminal, lo cual no pasa de ser una actuación de investigación propia del cometido de la Policía Judicial²⁵. Sin duda, su intervención es una injerencia en la vida privada del sospechoso y debiera estar prevista en la Ley las condiciones de su ejercicio, reservándola a las infracciones penales especialmente graves y restringida, por supuesto, a los individuos o agentes de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado; pero a falta de regulación legal, la doctrina y jurisprudencia reiterada, en principio con ciertas matizaciones, excluyen esta figura cuando el hecho criminal no surge a estímulo del provocador, sino existe con anterioridad a la intervención policial, con la clandestinidad y ocultación que suelen acompañar a las actividades de tráfico o tenencia de drogas con estos fines.

La labor del agente infiltrado se entiende como la conducta que, sin conculcar legalidad alguna, se encamina al descubrimiento de delitos ya cometidos, generalmente de tracto sucesivo, como suelen ser los de tráfico de drogas, porque en tales casos los agentes no buscan la comisión del delito sino los medios, las formas o los canales por los que ese tráfico ilícito se desenvuelve, es decir, se pretende la obtención de pruebas en relación a una actividad criminal que ya se está produciendo, pero de la que únicamente se abrigan sospechas, entendemos pues, que en este caso el agente infiltrado, no provoca el delito ya

24 Como escribe RUIZ ANTON, L. F.: "(...) el análisis del problema requiere diferenciar claramente dos cuestiones; una cosa es el delito provocado y otra diferente la provocación de la prueba. Los dos aspectos están vinculados entre sí, pero cabe abordarlos desde perspectivas distintas, porque al delito provocado se le puede dar respuesta desde el propio Derecho penal, en tanto que la provocación de una prueba se adentra en el ámbito de la licitud de los medios de prueba y el respeto a las garantías constitucionales. En el delito provocado el objeto de enjuiciamiento es el propio derecho suscitado por los servicios policiales. Por el contrario, en los casos de "prueba provocada" el objeto de valoración penal por el juez, según la jurisprudencia, sería un delito previo, no teniendo la provocación policial del último episodio más trascendencia que servir de prueba con respecto a las anteriores actividades delictivas. Nos encontraríamos ante una prueba preconstituida y referida a hechos criminales previos", vid. *La provocación de la prueba...*, op. cit., p. 223.

25 Vid. CARMONA SALGADO, C.; *La circulación y entrega vigilada de drogas y el agente encubierto en el marco de la criminalidad organizada sobre narcotráfico*, en MORILLAS CUEVAS: *Estudios jurídico-penales y político-criminales sobre tráfico de drogas y figuras afines*, Madrid, 2003, pp. 181-182.

que se comete en el tiempo, y lo que hace es utilizar técnicas policiales conducentes a descubrir el delito que ya se ha cometido y que se seguirá llevando a cabo con o sin su intervención; únicamente se persigue poner al descubierto los canales o las redes a través de las cuales el ilícito encuentra su cauce, con anterioridad a la intervención del agente, puesto que la trasgresión nace libremente de la voluntad del autor. La labor del agente encubierto es introducirse en la red delictiva, para desde su interior obtener las pruebas pertinentes a fin de desmantelarla y conseguir una condena para sus integrantes²⁶.

La doctrina define al agente infiltrado como “aquella persona que integrada, de ordinario, dentro de la estructura orgánica de los servicios policiales o de acuerdo con estos, se introduce, ocultando su verdadera identidad, dentro de una organización criminal, con la finalidad de recabar información de la misma, y proceder, en consecuencia, a su desarticulación”²⁷.

6. Configuración del agente encubierto en la legislación española

Sin entrar a desarrollar los requisitos subjetivos y objetivos del agente encubierto, lo que corresponde a una investigación específica y constituye un tema independiente, cabe señalar que, el Convenio de Naciones Unidas contra el Tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, hecho en Viena el 20 de diciembre de 1988, insta a las Partes firmantes a adoptar las medidas necesarias de conformidad con sus ordenamientos internos²⁸, para hacer frente

26 Por lo que la eficacia policial no puede, superar el principio general de sometimiento de los poderes públicos a la ley; vid. RUIZ ANTÓN, L.F.: *La provocación policial como forma de reprimir el tráfico ilícito de drogas. La problemática de la droga en España*, Ed. Edersa, Madrid, 1986, p. 335.

27 PÉREZ ARROYO, M.R.: *La prueba provocada como supuesto de prueba prohibida en el proceso penal*, en *Revista Jurídica de Castilla La Mancha*, núm. 27, 1999, p. 228; para GASCÓN INCHAUSTI, F.: “la infiltración sería concretamente la acción de aquel que, para obtener una información que no es de acceso general y que le es necesaria para un propósito concreto, oculta tanto su identidad real como sus intenciones y, bien directamente bien a través de un tercero, entre en contacto con las personas aparentemente susceptibles de suministrarla, estableciendo con ellas una falsa relación de confianza que, con el transcurso del tiempo, le permita obtener la información deseada”, vid. *Infiltración policial y agente encubierto*, Ed. Comares, Granada, 2001, p. 10.

28 En el mismo sentido la Convención de Naciones Unidas contra el Crimen organizado, de 15 de noviembre de 2000, incluye las “técnicas especiales de investigación” en la consciencia del permiso de la observancia de los principios fundamentales especificados en el ordenamiento interno de cada Estado, reconociendo técnicas de investigaciones especiales como las operaciones encubiertas en el artículo 20.1.: “siempre que lo permitan los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno, cada Estado Parte adoptará, dentro de sus posibilidades y en las condiciones prescritas por su derecho interno, las medidas que sean necesarias para permitir el adecuado recurso a la entrega vigilada y, cuando lo considere apropiado, la utilización de otras técnicas especiales de investigación, como la vigilancia electrónica o de otra índole y las operaciones encubiertas, pos sus autoridades competentes en si territorio con objeto de combatir eficazmente la delincuencia organizada”, y también en la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción, de 2003, en el artículo 50.1 se dice:

al tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Es por ello que para dar cobertura legal en España a la figura del agente encubierto, que se desarrolla en la Ley de Enjuiciamiento Criminal el artículo 282 bis de la misma establezca los siguientes pilares:

1) Se posibilita el otorgamiento y utilización de una identidad supuesta a determinados funcionarios de la Policía Judicial y que se pueda mantener en el posible proceso judicial, aplicando las medidas protectoras previstas en la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, sobre protección de testigos y peritos en causas criminales, así mismo, estos no pueden ser obligados a realizar estas tareas.

2) La autorización para el trabajo del funcionario debe estar avalada por el Juez de Instrucción competente o por el Ministerio Fiscal, apoyado en una resolución fundada²⁹. Se faculta al agente encubierto para utilizar medios complementarios en la investigación bajo control judicial y fiscal, como la entrega vigilada. Las actividades deben ser las propias de la delincuencia organizada, como son la asociación de tres o más personas, el mantenimiento de una actividad permanente o reiterada y la perpetración de determinados delitos.

3) Para el caso que el agente encubierto tenga que realizar actividades que violen derechos fundamentales como la entrada y registro en domicilio o la intervención telefónica, será necesaria la previa autorización judicial³⁰, esta resolución como todas las que afectan a derechos fundamentales deberán argumentarse de manera bastante justificando su proporcionalidad y la necesidad en relación con el derechos vulnerado, cumpliendo todos los requisitos legales

“con la finalidad de combatir eficazmente la corrupción, cada Estado Parte, en la medida en que lo permitan los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno y conforme a las condiciones prescritas por su derecho interno, adoptará las medidas que sean necesarias, dentro de sus posibilidades, para prever el adecuado recurso, por sus autoridades competentes en su territorio, a la entrega vigilada y, cuando lo considere apropiado, a otras técnicas especiales de investigación como la vigilancia electrónica o de otra índole y las operaciones encubiertas, así como para permitir la admisibilidad de las pruebas derivadas de estas técnicas en sus tribunales”.

29 Principio de control jurisdiccional; sin esta medida se pueden producir situaciones y actos de arbitrariedad y de ausencia de legalidad, así dice PAZ RUBIO, J. M., que: “El control judicial en todo momento, tiene que ser riguroso y en grado sumo, desde el inicio hasta el final, prórrogas incluidas, vigilando que en todo momento se cumpla el ordenamiento”, vid. *La prueba en el proceso penal. Su práctica ante los tribunales*, Ed. Colex, 1999, p. 399; y MONTÓN GARCÍA, M.L., en *Agente provocador y agente encubierto...*, op. cit., dice que: “Respecto a la necesidad de un control sobre la actuación del infiltrado, es importante destacar que existen técnicas donde el control debe ser ejercido en todas las etapas. Este es caso del agente encubierto donde el comienzo de una operación debe estar sujeta a indicios razonables; durante la operación, informes periódicos deben ser presentados y finalmente, una descripción específica de la conducta del agente será el control ex post para enfrentar los problemas de provocación”, p. 2 y ss.

30 Vid. SANTA CECILIA GARCÍA, F.: *Crisis del principio de legalidad en materia penal*, en Jornadas del Seminario de Filosofía del Derecho: *Funciones de los principios generales del Derecho*, celebrado los días 21 y 22 de junio de 2012, en la madrileña sede de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

y constitucionales. Así mismo, el Juez instructor debe autorizar a que el agente encubierto entre en canales cerrados de comunicación (nuevas tecnologías, chats, grupos privados, etc.), el agente informático podrá enviar o intercambiar material ilícito y analizar los algoritmos precisos, toda esta normativa aparece con el objetivo de perseguir los mercados de Deep web, pornografía infantil...

4) Es de destacar que en estos casos, el funcionario está exento de responsabilidad criminal por todas aquellas actuaciones en las que hubiera incurrido salvo en lo tocante a la inducción o provocación al delito.

Otras veces, en el desarrollo de estas tareas antes mencionadas, el agente puede tener que asumir las consecuencias de sus actos, por violentar algún derecho fundamental de los que poseen los ciudadanos aunque si bien es cierto, que históricamente estos, gozan de eximentes y atenuantes del Código Penal, como los de los artículos 20 y 21. Aunque tampoco debemos olvidar que a la hora de defender sus intereses los conformantes de las organizaciones delictivas pueden arrojar dudas sobre la actuación de los policías y presentar las hipotéticas irregularidades como reales y provocadoras de los delitos que se les imputan desvirtuando así a la acusación.

A la hora de investigar se puede plantear un conflicto entre lo que es la prevención del delito y el respeto de los derechos fundamentales; nos parece que, a veces, los límites son difíciles de equilibrar, por un lado el respeto de los artículos 14 al 30 de la Constitución Española, las funciones de policía del artículo 104 del mismo cuerpo legal y el artículo 11.1 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, al determinar que las funciones de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, son proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana.

La inobservancia por parte de estos, de algún derecho fundamental produce dos resultados, uno para el proceso, como es la nulidad de la diligencia practicada por la policía, derivándose así mismo, la nulidad de cualquiera otra que provenga de la primera, tal y como manifiesta el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el segundo es la responsabilidad criminal de los agentes que lo favorecieron.

En las situaciones de hecho, en las que se desarrolla la actividad policial, como en la investigación del tráfico de drogas y en las organizaciones criminales, se pueden producir situaciones inesperadas por el investigador pero que les obligan a decidir y trabajar en operaciones “en caliente”, donde sólo posteriormente se puede estudiar y analizar si se han producido con violación de algún derecho fundamental; desde la adopción de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1985, se admite que toda diligencia policial obtenida de forma irregular o con violación de algún derecho sea considerada nula sin más; por ejemplo, en una investigación se interceptan las llamadas de los investigados sin permiso judicial, o sin la preceptiva prórroga, no se podrá utilizar en el procedimiento y los policías que llevaron a cabo la investigación, en esas condiciones, serán perseguidos penalmente por violación de derechos fundamentales .

Entendemos que la forma de imputar a un sujeto provocado, está en conocer cuándo comenzó la provocación y si en el momento que ocurre esa provocación el sujeto ya había empezado a llevar a cabo el delito, por lo que se hace necesario que ese momento quede definido de manera indubitada para llegar al conocimiento de si queda o no acreditada la inducción externa del agente o sus colaboradores. En los delitos de tráfico de estupefacientes y blanqueo de capitales, en los que la infracción penal se pone de manifiesto a través de la investigación, es donde, a nuestro parecer es más difícil llegar a una u otra conclusión, los posibles imputados intentarán, de cualquier manera, demostrar la provocación, es decir que fueron inducidos por el agente. Por ello, se necesita conocer previamente el ánimo delictivo existente y previo, en caso de no ocurrir, en la vista, podrían volverse las circunstancias contra el funcionario y su colaborador y cobrar vida, a través de su responsabilidad patrimonial directa, la imputación del agente, si el órgano juzgador cree detectar dolo o culpa grave con graves consecuencias profesionales, económicas y penales.

La prueba obtenida mediante la inducción al hecho delictivo, se concreta en una prueba ilícita, para la mayor parte de la doctrina, porque se ataca o vulnera los principios del Estado de Derecho, la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, la dignidad de la persona, el derecho fundamental a la seguridad, y finalmente se vulnera el principio de un proceso con todas las garantías. La inducción por parte de agentes infiltrados, desde 1985 como se apuntó ya, invalida de manera insubsanable el proceso así iniciado, tal y como se expresa el Tribunal Supremo en la Sentencia de 14 de junio de 1993: “el proceso celebrado para juzgar un hecho delictivo creado por las propias autoridades que tienen la misión de perseguir y descubrir el delito, carece absolutamente de legitimidad”.

Cuando hay una actuación policial que provoca en un sujeto una voluntad de delinquir, ha de ser éste absuelto por reputarse ilegítima esa actuación de unos funcionarios públicos que se excedieron en el ejercicio de sus funciones y originaron una intención en el ciudadano, que antes no tenía, de apartarse de la ley, y porque, en definitiva, en tales supuestos, en estas infracciones de peligro abstracto ese peligro en realidad no existe porque los agentes que intervienen en la operación tienen siempre controlados los efectos del delito. Pero esta misma doctrina se cuida de delimitar tales supuestos de exención de responsabilidad penal para diferenciarlos de aquellos otros en que la operación policial no es el origen de una voluntad criminal antes inexistente, sino que sólo sirve para averiguar y probar la existencia de infracciones penales ya cometidas o que se están cometiendo con independencia de esa actuación de los agentes públicos. En estos casos estos funcionarios se limitan a cumplir con sus deberes legales de averiguación del delito y persecución de los delincuentes.

Para resolver la cuestión planteada es preciso hacer otra matización: en la mayoría de las ocasiones, por más que las partes recurrentes pretendan plantear el problema como de calificación jurídica, pretendiendo hacer ver que se trata de un caso de falta de aplicación de la mencionada doctrina del delito provoca-

do, en realidad nos encontramos ante una cuestión de hecho que viene resuelta en la instancia mediante el examen de la prueba que nos ofrece la Audiencia Provincial y cuya valoración ha de respetarse en casación salvo caso de arbitrariedad en el correspondiente razonamiento que nos debe ofrecer la sentencia recurrida.

En efecto, cuestión de hecho y no de calificación jurídica es determinar si existía o no una actuación criminal que la policía tiene obligación de desvelar o si tal no había y la voluntad criminal se originó por el comportamiento de la policía. Una cosa es el delito provocado que ha de ser enérgicamente rechazado porque, no existiendo culpabilidad, ni habiendo tipicidad propiamente dicha, se llega a la lógica conclusión de que el sujeto no hubiera actuado de la manera que lo hizo si no hubiere sido por la provocación previa y eficaz del agente incitador. La impunidad es entonces absoluta. No hay dolo criminal independiente y autónomo, como tampoco hay verdadera infracción penal, sólo el esbozo de un delito imposible. Es distinta la conducta que, sin conculcar legalidad alguna, se encamina al descubrimiento de delitos ya cometidos, generalmente de tracto sucesivo como suelen ser los de tráfico de drogas, porque en tales casos los agentes no buscan la comisión del delito sino los medios, las formas o los canales por los que ese tráfico ilícito se desenvuelve, es decir, se pretende la obtención de pruebas en relación a una actividad criminal que ya se está produciendo pero de la que únicamente se abrigan sospechas. En cualquier caso, el hecho de que hubiera intervenido un confidente en la averiguación de lo sucedido, ello no supondría más que una manera (lícita, por otra parte) de facilitar la investigación policial, pero nunca una provocación para delinquir que necesita de una inducción previa y directa para la comisión del delito, de tal manera que según se ha dicho reiteradamente jamás puede darse esa figura de la provocación cuando la intervención del tercero se realiza ya consumado el delito, siendo de destacar al respecto, entre otras, las Sentencias 3.693/2013, de 28 de junio, (Recurso 11.276/2012, Ponente Marchena Gómez); 2.807/2013, de 10 de mayo, (Recurso 89/2012, Ponente Giménez García); y 3.742/2012, de 7 de mayo, (Recurso 12.077/2011, Ponente Sánchez Melgar).

El que fue proyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal, aprobado el 13 de marzo de 2015, por el Consejo de Ministros a propuesta del Ministro de Justicia³¹ separaba la entrega vigilada del agente policial que trabaja bajo identidad supuesta, y abre una perspectiva nueva sobre el espacio de aplicación de la norma.

De la lectura de esta norma, se desprende que la actuación del agente encubierto se vincula estrictamente a la investigación de la organización criminal.

31 Se aprueban dos proyectos de Ley (uno de Ley Orgánica y otro de Ley Ordinaria) que modifican la Ley de Enjuiciamiento Criminal con el fin de agilizar la justicia penal, fortalecer las garantías procesales del investigado, establecer un nuevo marco procesal del decomiso y regular las medidas de investigación tecnológica, carentes de marco legal por ser una ley aprobada en 1882.

A los funcionarios infiltrados se les suministrará documentación ficticia que se mantendrá bajo secreto durante todo el procedimiento y con posterioridad al mismo.

La autorización para efectuar esta investigación sería llevada a cabo únicamente por el Juez de Garantías, a través del Ministerio fiscal único interlocutor con la Policía, tomando así el Ministerio público un papel relevante y perdiendo la misma otros órganos policiales que hasta la nueva ley de Enjuiciamiento Criminal han podido ordenar esta actividad, como de hecho y con arreglo a la normativa hasta ahora vigente, lo vinieron llevando a cabo.

Se produce una mayor implicación e injerencia en el derecho fundamental a la intimidad; así cuando el agente encubierto puede entrar en la vivienda de la persona o personas investigadas, que de saber su situación de infiltrado no le hubieran permitido el acceso; esto supondrá un sacrificio parcial a este derecho, y es por ello que la medida adquiere un grado mayor de excepcionalidad como es la necesidad de conocer la actividad, estructura, medios operativos y personales de la organización criminal. El cometido del agente encubierto es adaptarse al concepto de delincuencia organizada de la Ley Orgánica 5/2010, y modernizarse y por ella se debe renovar esta diligencia, adaptándose a los nuevos delitos, este tendrá por misión la investigación de delitos tales como la promoción, formación, dirección, coordinación o la pertenencia activa a una organización criminal, procurándose todos los datos relativos a la funcionalidad del entramado delictivo, los medios utilizados para su actividad, los ámbitos de su actividad, los centros neurálgicos de su actividad y hacer acopio de todos los elementos fácticos que demuestren la existencia de una organización criminal y la investigación de infracciones distintas a las ya mencionadas y para las que de descubrirlas, como la propia actividad, requerirán autorización previa, expresa e individualizada. Otro aspecto destacable es la matización del tiempo, seis meses, prorrogables a otro periodo igual siempre y cuando se mantengan las circunstancias de la primera concesión, en el artículo anterior de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no se determinaba ni limitaba el espacio temporal de la técnica de investigación.

En cuanto a los posibles delitos que pudiera cometer el funcionario encubierto en estas tareas de investigación quedan sujetos a la proporcionalidad y a la necesidad como principios generales, ya que expresa la norma una excusa absolutoria siempre que se mantengan en relación con la regla general.

La Directiva sobre la Orden de Investigación en materia Penal³², dedica un artículo separado a las operaciones encubiertas, dentro del Capítulo IV “Disposiciones específicas para determinadas medidas de investigación”, que es el 29 del siguiente tenor:

“1. Podrá emitirse una OEI con el fin de solicitar al Estado de ejecución que colabore con el Estado de emisión para la realización de investigaciones de

32 Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) núm. 130, de 1 de mayo de 2014, con plazo de implementación en los Estados de la Unión Europea el 22 de mayo de 2017.

actividades delictivas por parte de los agentes que actúen infiltrados o con una identidad falsa (investigaciones encubiertas).

- 1 En la OEI; la autoridad de emisión indicará las razones por las que se considera que la realización de investigaciones encubiertas puede ser pertinente para un procedimiento penal. En cada caso particular, la decisión relativa al reconocimiento y ejecución de una OEI emitida en virtud del presente artículo será adoptada por las autoridades competentes del Estado de ejecución ateniéndose a su Derecho interno y a sus procedimientos nacionales.
2. Además de los motivos de denegación del reconocimiento y de la ejecución establecidos en el artículo 11, la ejecución de la OEI mencionado en el apartado 1 podrá denegarse por la autoridad de ejecución también si
 - a) La realización de investigaciones encubiertas no estuviera autorizada en casos internos similares o,
 - b) No se ha podido llegar a un acuerdo sobre las disposiciones relativas a las investigaciones encubiertas, en virtud del apartado 4.
4. Las investigaciones encubiertas se realizarán conforme al Derecho y los procedimientos del Estado miembro en cuyo territorio se realicen. La competencia de actuación, así como la dirección y el control de las operaciones relacionadas con las investigaciones encubiertas recaerán en las autoridades competentes del Estado de ejecución. Los Estados de ejecución y emisión acordarán la duración de la investigación encubierta, las condiciones concretas y el régimen jurídico de los agentes de que se trate, ateniéndose a sus respectivos Derechos internos y procedimientos nacionales”.

7. Criminalidad organizada

En el momento de entrar a definir el concepto de criminalidad organizada³³, la doctrina coincide en diferenciarle de la asociación para delinquir³⁴, el primero necesita el complemento de otros ítems, lo que supone un plus en rela-

33 Se suelen considerar como antecedentes las compañías de mercenarios que servían al rey o a un caballero de la Edad Media, la mafia japonesa, condotieros en el Renacimiento, las hermandades secretas del XVIII y la camorra napolitana consolidada en el XIX. Los vestigios de la organización se pierden en los tiempos, así RADBRUCH, G.-GWINNER E., en su obra *Historia de la criminalidad (ensayo de una criminalidad histórica)*, Barcelona, 1955, p.15, los encuentran en la República romana y en la protohistoria germana; durante el periodo que abarca el siglo VIII y IX, la concentración de poder político y económico del imperio franco, provocó un grave empobrecimiento de los campesinos que debieron, bajo presión, retirarse a los bosques, formando núcleos de población nómada e indigente que se dedicaban al pillaje, vid. CAFFARENA, B.M.: *Problemas de la ejecución penal frente a la criminalidad organizada*, en: *La Criminalidad organizada ante la justicia*, coord. GUTIERREZ-ALVIZ CONRADI, Sevilla, 1996, p. 53

34 En relación a los conceptos aportados por la doctrina, vid. BLAKESLEY, C.L.: *El sistema penal frente al reto del crimen organizado. Parte Especial. Informe General*, trad. esp. de

ción a la asociación criminal, tipificada en nuestro ordenamiento en el artículo 515 del Código Penal³⁵, las características de la misma nos las ofrece la doctrina y la jurisprudencia estableciendo tres formalidades, a saber, la pluralidad de personas, (para la doctrina tres personas y para la jurisprudencia un mínimo de dos), que exista entre ellos un sistema organizativo, y cierta permanencia.

La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de perfeccionamiento de la actividad investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves, a través de la Ley Orgánica 5/1999, procura por vez primera, una definición de delincuencia organizada, en el artí-

I. BLANCO CORDERO, en *Revue internationale de Droit Penal, Les systèmes pénaux à l'épreuve du crime organisé. Section II. Droit Pénal Spécial*, 1998, pp. 101 y ss.; CHOCLAN MONTALVO, J.A.: *Criminalidad organizada. Concepto. La asociación ilícita. Problemas de autoría y participación*, en GRANADOS PÉREZ, C. (dir.) *La criminalidad organizada: aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*, en Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, II-2001, Madrid, p. 215 ss.; y en: *La organización criminal. Tratamiento penal y procesal*, Madrid, 2000, p. 7 y ss.; ANARTE BORRALLA, E.: *Conjeturas sobre la criminalidad organizada*, en FERRÉ OLIVÉ, J.C.-ANARTE BORRALLA, E. (eds.) *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, p. 13 y ss., y en el mismo texto, MEDINA ARIZA, J.J.: *Una introducción al estudio criminológico del crimen organizado*, Universidad de Huelva, 2000, 109 y ss.; HERRERO HERRERO, C.: *Criminología. Parte General y Especial*, 2ª ed., Madrid, 2001, p. 533 y ss.; IGLESIAS RÍO, M.A.: *Criminalidad organizada y delincuencia económica: aproximación a su incidencia global* en: *El Nuevo Derecho Penal español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Elcano, 2001, p. 1445 y ss.; DELGADO MARTÍN, J.: *La Criminalidad organizada. Comentarios a la L.O. 5/99 de 13 de enero*, Barcelona, 2001; SANCHEZ GARCÍA DE PAZ, I.: *Función político – criminal del delito de asociación criminal: desde el Derecho Penal político a la lucha contra el crimen organizado*, en Homenaje al Profesor M. Barbero Santos, 2001, p. 645 y ss.; también, *Comentario a los artículos 515 a 521 del Código Penal*, en COBO DEL ROSAL, M., (coord.): *Comentarios al Código Penal*, Madrid, Edersa, 1999; así como GARCIA- PABLOS DE MOLINA, A.: *Asociaciones ilícitas en el Código Penal*, Barcelona 1977, p. 234 y ss.

- 35 Código Penal, artículo 515: “Son punibles las asociaciones ilícitas, teniendo tal consideración: 1º Las que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión, así como las que tengan por objeto cometer o promover la comisión de faltas de forma organizada, coordinada y reiterada. Apartado 1º del artículo 515 redactado por el número catorce del artículo primero de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, B.O.E. núm. 234, de 30 de septiembre de 2003, pp. 35.398-35.404, vigencia: 1 octubre 2003. 2º Apartado 2º del artículo 515 suprimido por el apartado centésimo trigésimo sexto del artículo único de la L.O. 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, B.O.E. núm. 152, de 23 de junio de 2010, pp. 54.811-54.883, vigencia: 23 diciembre 2010. 3º Las que, aun teniendo por objeto un fin lícito, empleen medios violentos o de alteración o control de la personalidad para su consecución. 4º Las organizaciones de carácter paramilitar. 5º Las que promuevan la discriminación, el odio o la violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, o inciten a ello. 6º Apartado 6º del artículo 515 derogado por el apartado centésimo quincuagésimo primero del artículo único de la Ley Orgánica. 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal B.O.E. 26 noviembre. Vigencia: 1 octubre 2004”.

culo 282 bis³⁶, al regular la figura del agente encubierto. El legislador español contempla en el Código Penal, para diferenciar la figura del crimen organizado, la comisión de determinados delitos que enumera, especialmente graves, además de la reiteración de la actividad delictiva, su composición orgánica por tres o más personas: “la asociación de tres o más personas para realizar de forma permanente o reiterada, conductas que tengan por fin cometer alguno de los delitos siguientes: secuestro de personas tipificado en los artículos 164 a 166; los relativos a la prostitución, artículos 187 a 189; contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico previstos en los artículos 237, 243, 244, 248 y 301; los relativos a la propiedad industrial, artículos 270 a 277; contra los derechos de los trabajadores, de los artículos 312 y 313; de tráfico de especies de flora y fauna amenazada, artículos 332 y 334; delito de tráfico de material nuclear y radiactivo del 345; de falsificación de moneda, artículo 368; de tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos dispuesto en los artículos 566 a 568, los de terrorismo del 571 a 578³⁷; y los relacionados con el Patrimonio Histórico, de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando³⁸.”

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha ido distinguiendo el fenómeno delictivo de la organización criminal y el de la codeincuencia³⁹. Así, la organización criminal se caracterizaría por la agrupación de más de dos personas con la finalidad de cometer delitos, con carácter estable o por tiempo indefinido y con reparto de tareas de manera concertada y coordinada con aquella finalidad. El grupo criminal requiere igualmente la unión de más de dos personas y

36 Que dice así: “1.A los fines previstos en el artículo anterior y cuando se trate de investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada, el Juez de Instrucción competente o el Ministerio Fiscal dando cuenta inmediata al Juez, podrán autorizar a funcionarios de la Policía Judicial, mediante resolución fundada y teniendo en cuenta su necesidad a los fines de la investigación, a actuar bajo identidad supuesta y a adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos. La identidad supuesta será otorgada por el Ministerio del Interior por el plazo de seis meses prorrogables por periodos de igual duración, quedando legítimamente habilitados para actuar en todo lo relacionado con la investigación concreta y a participar en el tráfico jurídico y social bajo tal identidad. La resolución por la que se acuerde deberá consignar el nombre verdadero del agente y la identidad supuesta con la que actuará en el caso concreto. La resolución será reservada y deberá conservarse fuera de las actuaciones con la debida seguridad. La información que vaya obteniendo el agente encubierto deberá ser puesta a la mayor brevedad posible en conocimiento de quien autorizó la investigación. Asimismo, dicha información deberá aportarse al proceso en su integridad y se valorará en conciencia por el órgano judicial competente”.

37 La redacción de todos estos artículos corresponde a la dada por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre.

38 38 Sobre ello, ANARTE BORRALLA, E.: *Conjeturas sobre la criminalidad organizada*, en: FERRÉ OLIVÉ, J. C.-ANARTE BORRALLA, E. (eds.), *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, op. cit., Huelva, 1999, p. 31 y ss.

39 En este sentido SSTS. 3.124/2014, de 17 de julio de 2014, Recurso 2.133/2013, Ponente Sr. Soriano Soriano; 1.396/2014, de 25 de marzo de 2014, Recurso 10.892/2013, Ponente Sr. Jorge Barreiro; 1.840/2013, de 1 de abril de 2012, Recurso 11.151/2012, Ponente Sr. Colmenero Menéndez de Luarca, entre otras.

la finalidad de cometer concertadamente delitos o reiteradamente faltas. La ley permitiría configurar el grupo criminal con esas dos notas, pues la definición legal contempla la posibilidad de que no concurren alguna o algunas de las que caracterizan la organización, que, además de las coincidentes, esto es, la unión o agrupación de más de dos personas y la finalidad de cometer de forma concertada delitos o reiteradamente faltas, son solamente dos: la estabilidad y el reparto de tareas.

Es necesario, entonces, distinguir el grupo criminal de los supuestos de mera codelincuencia, la cual se apreciaría, en primer lugar, en aquellos casos en los que la unión o agrupación fuera solo de dos personas, cuando el número de integrantes sea mayor, no siempre será posible apreciar la presencia de un grupo criminal. El criterio diferenciador habrá de encontrarse en las disposiciones internacionales que integran el precedente de las normas del Código Penal y que, además, constituyen derecho interno desde su adecuada incorporación al ordenamiento español. En concreto, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecha en Nueva York de 15 de noviembre de 2000, que fue firmada por España en Palermo el 13 de diciembre de 2000, y ratificada mediante Instrumento de 21 de febrero de 2002, que forma parte, pues, del derecho vigente en nuestro país.

En fin, en la sentencia del Tribunal Supremo 855/2013, de 11 de noviembre, que a su vez se remite a la 719/2013, de 9 de octubre, se dice que el nuevo tipo penal del artículo 570 bis, referente a las organizaciones criminales, se implantó para luchar contra la delincuencia organizada transnacional, caracterizada por su profesionalización, tecnificación e integración en estructuras legales ya sean económicas, sociales e institucionales. Mientras que para la pequeña criminalidad organizada de ámbito territorial más limitado y cuyo objetivo es la realización de actividades delictivas de menor entidad, se diseña como figura específica el grupo criminal.

8. A modo de conclusiones

El Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, vigente hasta el 28 de mayo de 2015, se ha visto sobrepasado en sus contenidos en sus ciento treinta y tres años de historia, sobre todo por la aparición de nuevas formas de delincuencia asociada y las nuevas tecnologías, que han terminado por poner de manifiesto lo obsoleto del cuadro normativo concebido para otros tiempos, como fueron los años finales del siglo XIX. Por un lado, los flujos de información generados por vía telemática aumentan de manera progresiva la información obtenida por los delincuentes, a la vez que proporciona importantes herramientas de investigación a los poderes públicos, por lo que debe encontrarse un equilibrio entre la capacidad que pueda tener el Estado para hacer frente a la criminalidad y el espacio de exclusión que nuestro sistema constitucional garantiza a cada ciudadano frente a terceros.

Los preceptos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal, dedica a la circulación y entrega vigilada y a la figura del agente encubierto, encontraron su origen en el régimen actualmente vigente a través de la Ley Orgánica 5/1999, de 13 de enero de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves, a lo que se le ha añadido la experiencia jurisprudencial de estos años y la necesidad de solucionar problemas de tipo práctico en orden a su aplicación diaria.

Los principios de necesidad, proporcionalidad e idoneidad, están llamados a definir, tanto la decisión de su pertinencia como los términos que han de presidir la práctica de estos medios de investigación. Se concibe la entrega y circulación vigilada como una diligencia para descubrir y aprehender a todos los conformantes en una actividad delictiva compleja con una relación de jerarquía, situada en diferentes contextos y con funciones diversas, (compradores, vendedores, transportistas, fabricantes...), lo que no implica, necesariamente una organización criminal, sino que simplemente puede basarse en una relación esporádica o puntual de mera codelinuencia. El ámbito material de la circulación y entrega vigilada se mantiene acotado y tasado, (lo que no ocurre en otros países de nuestro entorno como Rumanía o Portugal, que no tienen lista cerrada); la autorización de la diligencia corresponde al Ministerio Fiscal, con carácter previo, y en casos excepcionales, en los que no se pueda solicitar y que desaconsejen la demora, serán autorizadas por los Jefes de las Unidades Orgánicas de Policía Judicial, centrales o de ámbito provincial y por sus mandos superiores, pero en el plazo máximo de veinticuatro horas, tendrán que dar cuenta al Ministerio fiscal para la ratificación o suspensión, desplazando a la figura del Juez de Instrucción que en el artículo 263 bis, es el primero competente, para permitir la entrega vigilada, terminando con las pautas para llevar a cabo el procedimiento de interceptación y apertura del envío, lo que supone un desarrollo considerable de esta diligencia, a la vez, que un gran marco para su uso, ya que no se circunscribe al ámbito de una organización criminal sino que sus funciones se amplían dentro de situaciones de mera codelinuencia, lo que agiliza su funcionalidad.

Sin embargo, en lo que se refiere al agente encubierto se abre una nueva perspectiva, dado que la forma de actuar del funcionario infiltrado en la organización criminal, en virtud del sacrificio parcial del derecho a la intimidad de los investigados, al interferir en la esfera de los derechos fundamentales, por lo que su carácter excepcional debe justificar la utilización de este medio de investigación, lo que ha conducido a que el legislador, al conformar esta normativa que separa la circulación y entrega vigilada, en dos capítulos y artículos diferentes, y en relación a este cambio, podemos observar que ya en el año 2006, la legislación peruana deslindó ambas figuras en el Reglamento de Circulación y entrega vigilada y agente encubierto.

Su objetivo actual, no es otro, que descubrir el entramado, características, así como medios tanto personales como operativos de la organización criminal,

y hemos de destacar que la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal ofreció la definición de delincuencia organizada, que obligaba a actualizar el sentido de la diligencia del artículo 263 bis, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Con la articulación de la nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal, sólo se podrá investigar mediante esta figura el delito de promoción, formación, dirección o pertenencia activa a una organización delictiva, obteniendo, bajo una identidad supuesta, todos los datos del organigrama de la red, y recopilar toda la información que pudiera ser importante para determinar la existencia de una organización criminal, con la única excepción relativa a los grupos criminales terroristas, pues las formas actuales de este tipo de delincuencia es trabajar en pequeñas formaciones independientes que no se ajustan al concepto penal de “organización”, se deslinda de la entrega vigilada y con todas las prevenciones necesarias para no vulnerar los derechos fundamentales que se pudieran conculcar con su utilización.

En cuanto a la responsabilidad del agente, queda sujeta a la regla general de proporcionalidad y necesidad, puesto que la esencia de la institución es la misma, la infiltración policial bajo identidad supuesta.

La existencia de un contacto previo entre el investigado y el agente encubierto, se enmarca dentro de una relación derivada de las labores de prevención y captación de información propia de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, en modo alguno conlleva una infracción de alcance constitucional. Esa “*relación previa*”, es la que conduce a la Policía a conocer los aspectos logísticos de las organizaciones criminales. Después de un primer contacto donde, de facto, prima el principio de oportunidad frente al de legalidad, el mismo, es seguido probablemente de otro posterior en el que una resolución judicial otorga el estatus de agente encubierto. Carecería de sentido, con el fin de sostener la validez de la diligencia de prueba, la exigencia de que la autorización del agente encubierto se produzca a ciegas, con exclusión de cualquier contacto previo entre la persona que va a infiltrarse en la organización y quienes aparecen como miembros sospechosos de una red delictiva. Es contrario a elementales máximas de experiencia concebir la infiltración en un grupo criminal como la respuesta a una invitación formal a un tercero que, de forma inesperada, curiosease entre los preparativos de una gran operación delictiva. La autorización judicial, por sí sola, no abre ninguna puerta al entramado delictivo que quiere ser objeto de investigación. Antes al contrario, la cerraría de forma irreversible. De ahí que esa resolución tiene que producirse en el momento adecuado que, como es lógico, no tiene por qué ser ajeno a una relación previa que contribuya a asentar los lazos de confianza.

La existencia del delito provocado supone que este agente policial induce a otra persona a delinquir, de suerte que sin esa inducción tal persona no habría cometido el delito. En síntesis, el agente provocador, es quien injerta el dolo de delinquir en la otra persona, por lo que el delito cometido por éste, sería delito provocado. Diferente es la actuación del agente encubierto que con conoci-

miento de la intención de delinquir ya existente en la persona concernida, trata con su actuación de obtener pruebas del delito que se quiere cometer.

El delito provocado se integra por una actuación engañosa del agente policial que supone una apariencia de delito, ya que desde el inicio existe un control absoluto por parte de la policía. Supuesto distinto es la actividad del agente tendente a verificar la comprobación del delito. No puede pues confundirse el delito provocado instigado o inducido, por el agente con el delito comprobado a cuya acreditación tiende la actividad policial.

Así, pues, en concreto, el delito provocado se integra por los siguientes elementos:

a) Un elemento subjetivo constituido por una incitación (psíquica o material) engañosa a delinquir por parte del agente a quien no está decidido a delinquir.

b) Un elemento objetivo teleológico consistente en la detención del sujeto provocado que comete el delito inducido.

c) Un elemento material que consiste en la inexistencia de riesgo alguno para el bien jurídico protegido, y como consecuencia la atipicidad de tal acción.

El delito provocado es una rechazable e inadmisibles actividad policial que traspasa los límites de la legalidad. Ciertamente, en teoría es clara la diferenciación entre el delito provocado instigado por la policía, y aquella otra actividad policial tendente a acreditar el delito ya decidido de forma autónoma y libre por la persona concernida reduciéndose la actividad del agente policial a comprobar tal delito.

En la práctica pueden darse situaciones ambiguas, a resolver en cada caso con el estudio de las circunstancias concretas. En efecto, en ocasiones, el despliegue de la actividad provocadora, puede extenderse más lejos de los meros actos de instigación o inducción, hasta llegar, incluso, a la cooperación material con el sujeto, lo que implicaría una "*verdadera participación*". La policía está para impedir la comisión de delitos y detener a los autores pero no para inducir a terceros a delinquir.

Podemos finalizar estas páginas, tal como se había establecido en la ya citada Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa al caso *Ramanauskas contra Lituania*, de 5 de febrero de 2008, que: «Se considera que ha tenido lugar una incitación por parte de la policía cuando los agentes implicados -ya sean miembros de las fuerzas de seguridad o personas que actúen según sus instrucciones- no se limitan a investigar actividades delictivas de una manera pasiva, sino que ejercen una influencia tal sobre el sujeto que le incitan a cometer un delito que, sin esa influencia, no hubiera cometido, con el objeto de averiguar el delito, esto es, aportar pruebas y poder iniciar un proceso».

Madrid, 29 de enero de 2016.