

**TREBALL FINAL DE GRAU**

Universitat de Girona

Facultat de Dret



*La infiltració policial a la llum de la  
jurisprudència més recent*

*Lina Müller*

*Tutor: Dr. Guillermo Ormazabal Sánchez*

*Maig 2016*

**ÍNDIX**

<b>1</b>	<b>INTRODUCCIÓ.....</b>	<b>4</b>
<b>2</b>	<b>INFILTRACIÓ POLICIAL, AGENT ENCOBERT I AGENT PROVOCADOR. LÍMITS A LA SEVA ACTUACIÓ.....</b>	<b>6</b>
2.1	INFILTRACIÓ POLICIAL .....	6
2.2	AGENT ENCOBERT .....	7
2.2.1	<i>Àmbit d'aplicació.....</i>	<i>10</i>
2.2.2	<i>Identitat suposada i mesures de protecció.....</i>	<i>13</i>
2.2.3	<i>Secret-engany .....</i>	<i>14</i>
2.2.4	<i>Marc d'actuació de l'agent encobert .....</i>	<i>16</i>
2.2.5	<i>Necessitat del fet que l'agent encobert sigui policia .....</i>	<i>16</i>
2.2.6	<i>Responsabilitat de l'agent infiltrat.....</i>	<i>21</i>
2.3	AGENT PROVOCADOR.....	27
<b>3</b>	<b>PUNTS CONFLICTIUS EN LA JURISPRUDÈNCIA MÉS RECENT EN RELACIÓ A LA DISTINCIÓ DE L'AGENT ENCOBERT RESPECTE L'AGENT PROVOCADOR I LA DELIMITACIÓ DEL DELICTE PROVOCAT .....</b>	<b>31</b>
3.1	AGENT ENCOBERT I AGENT PROVOCADOR.....	31
3.2	DELICTE PROVOCAT .....	35
<b>4</b>	<b>CONCLUSIONS.....</b>	<b>43</b>
<b>5</b>	<b>MATERIAL CITAT .....</b>	<b>50</b>

**ABREVIACIONS MENCIONADES**

Art.	Article
BOE	Butlletí Oficial de l'Estat
CE	Constitució Espanyola de 1987
CP	Llei Orgànica 10/1995, 23 de novembre, del Codi Penal
DNI	Document Nacional d'Identitat
Ibíd	Ibidem
LECrim	Real Decret de 14 de setembre de 1882 pel que s'aprova la Llei d'Enjudiciament Criminal
LO	Llei Orgànica
LOFCS	Llei Orgànica 2/1986, de 13 de març, de Forces i Cossos de Seguretat
LOPJ	Llei Orgànica 6/1985, de 1 de juliol, del Poder Judicial
Núm.	Número
Op.Cit.	En obra citada
P.	Pàgina
Pp.	Pàgines
SS	Següents
STS	Sentència del Tribunal Suprem

## 1 INTRODUCCIÓ

**L**a nostra societat actual està altament influenciada per la gran quantitat d'informació a l'abast de tothom en tot moment i a tot arreu. La gran majoria de les persones probablement hagin sentit a parlar dels termes “organització criminal”, “crim organitzat”, “agent encobert” o “agent infiltrat” per les notícies que s'emeten a la ràdio, televisió o Internet o per ser la temàtica d'innombrables pel·lícules i series. Ara bé, en termes jurídics, en què consisteixen realment aquests termes? Quines característiques tenen aquestes figures? Quina és la seva delimitació legal o jurisprudencial?

En el present treball es pretén abordar aquest tema des d'un punt de vista crític detectant els punts més conflictius i les possibles mancances legals o jurisprudencials. En un primer apartat és realitzarà una presentació més teòrica d'aquestes figures per conèixer amb més detall els seus principals aspectes i així facilitar l'anàlisi jurisprudencial que es realitzarà posteriorment. Aquesta presentació teòrica, basada en l'obra de diversos autors i jurisprudència, no tractarà amb excessiu detall aspectes no essencials ja que la intenció és permetre al lector tenir una visió global del tema per així afrontar els possibles problemes que pugui presentar. Després de la part teòrica s'analitzaran les sentències més recents que tracten aquest tema, tant del Tribunal Suprem com del Tribunal Europeu dels Drets Humans, buscant sempre els punts conflictius i presentant una possible solució o valoració subjectiva sobre aquests.

L'origen del present treball està en la creixent presència d'organitzacions criminals en la nostra societat. La globalització, les noves tecnologies i els canvis socials i culturals han afavorit en molts sentits el creixent problema del crim organitzat. Aquest, consisteix en la comissió de delictes per part d'un grup organitzat de persones i alguns exemples rellevants serien el tràfic de drogues, d'armes o persones, terrorisme, etc. Segurament tots tenim presents casos de narcotràfic entre països Llatinoamericans o Nord Africans i Espanya, tràfic de persones, en ocasions dones o menors provinents de països de l'Europa de l'est o atacs terroristes perpetrats per organitzacions com Al Qaeda o reclutament de persones en el nostre país per formar part de l'organització terrorista autoproclamada Estat Islàmic.

Per fer front a aquest fenomen en auge, les autoritats disposen d'una tècnica d'investigació molt concreta que consisteix en la infiltració en el sí de les organitzacions criminals mitjançant agents encoberts per així desmantellar aquestes disposant de la informació i proves suficients per portar als seus membres davant la justícia. Les infiltracions policials en general, i els agents encoberts en especial, requereixen el compliment estricte de la llei per assegurar la validesa de les actuacions i un procés penal amb totes les garanties per evitar situacions tals com la

*La infiltració policial a la llum de la jurisprudència més recent*

declaració d'invalidesa de determinades proves per violacions legals per part de les autoritats. Tanmateix, la mateixa llei que s'ha de respectar de forma estricta presenta també alguns punts conflictius que són d'interessant anàlisi. En aquest treball es tracten sobretot dos punts: On és la diferència entre un agent encobert i un agent provocador, tenint en compte que el primer està regulat legalment però que el segon és de creació jurisdiccional? Quin criteri utilitza la jurisprudència per delimitar els delictes provocats?

Per tractar aquestes dues qüestions s'analitzarà la jurisprudència més recent, s'intentaran plantejar tots els aspectes qüestionables d'aquesta i s'intentarà oferir una explicació o resposta als mateixos.

L'anàlisi es realitzarà partint de la premissa següent. La nostra societat està patint una gran quantitat de canvis en un període relativament curt de temps i els sistemes polítics i sobretot jurídics no sempre són capaços de reaccionar amb la rapidesa que seria necessària. És a dir, el moment social actual requereix una resposta ràpida i eficaç per part de les autoritats per poder fer front als nous reptes, com és per exemple la ciberdelinqüència o la delinqüència a nivell internacional, i posa de manifest la ineficàcia d'algunes de les delimitacions o dels requisits de les tècniques policials tradicionals. Aquesta realitat suposa un gran esforç per part dels Governos, els legisladors i els juristes per seguir fent front al crim organitzat garantint la protecció dels postulats dels Estats i dels seus ciutadans. En conclusió, tenint present que la finalitat de les investigacions criminals està en la persecució del crim organitzat i aquest canvia alhora que canvia la societat en la que vivim, la resposta de les poders públics també ha de ser flexible i permetre així l'èxit de la llei per sobre la delinqüència.

## 2 INFILTRACIÓ POLICIAL, AGENT ENCOBERT I AGENT PROVOCADOR. LÍMITS A LA SEVA ACTUACIÓ

### 2.1 Infiltració policial

**P**arlant en termes introductoris, la infiltració policial és una tècnica d'investigació policial utilitzada per fer front al crim organitzat que té com a subjecte actiu un agent encobert. Així, els conceptes “infiltració policial” i “agent encobert” fan referència a l'acció i subjecte (persona física) que fan front a la criminalitat organitzada.

Més concretament, en paraules de Fernando Gascón Inchausti, es tracta de “*l'acció d'aquell que, per obtenir informació que no és d'accés general i que li és necessària per un objectiu concret, ocultant la seva identitat real i les seves intencions i, ja sigui directament o a través d'un tercer, entre en contacte amb les persones aparentment susceptibles de subministrar-la dita informació, establint amb aquestes una falsa relació de confiança que, amb el pas del temps, li permeti obtenir la informació desitjada*”<sup>1</sup>. La infiltració policial es desenvolupa en la fase instructora del procés penal malgrat que els seus efectes tindran rellevància en la fase d'enjudiciament<sup>2</sup> i, tal com es veurà més endavant, està regulada en l'actual article 282 bis de la Llei d'Enjudiciament Criminal<sup>34</sup>. Així doncs, donat que es tracta d'un

- 
- 1 Gascón Inchausti, Fernando (2001). *Infiltración Policial y “agente encubierto”*. Granada: Editorial
  - 2 Rodríguez Caro, María Victoria (2015). *La infiltración policial: en el límite del Estado de Derecho. El inminente agente encubierto informático*. Disponible a: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10222-la-infiltracion-policial:-en-el-limite-del-estado-de-derecho-el-inminente-agente-encubierto-informatico/>. Última consulta el 01/05/2016.
  - 3 Espanya. Real Decret de 14 de setembre de 1882 pel que s'aprova la Llei d'Enjudiciament Criminal. BOE núm. 260, 17-09-1882, pp. 49-50. En endavant LECrim.
  - 4 L'autor Gómez de Liaño Fonseca Herrero, estableix en la seva obra una classificació d'infiltració policial basada en la diferent naturalesa de l'interès a satisfer que distingeix entre infiltració pública, semipública, semi-privada i privada. Aquesta distinció té el seu origen en l'interès perseguit en l'exercici d'aquesta tècnica ja que no és sempre la mera voluntat de perseguir un delictes determinat sinó que es pot donar la possibilitat que aquest objectiu es correspongui a interessos privats. Així doncs, la infiltració pública és aquella que és desenvolupada pels poders públics mitjançant un agent de policia i és el tipus que s'estudiarà en aquest treball. Malgrat això, també es considera interessant introduir en aquest treball una breu menció dels altres tipus. En el cas de la infiltració policial semipública es tracta de l'exercici d'aquest mecanisme per part de particulars, que pretenen obtenir una recompensa per aquesta actuació, com és el cas de les figures del confident i el penedit, però sempre sota la supervisió i el control del poder públic; la infiltració semi-privada és aquella realitzada per detectius privats o fins i tot periodistes que a més de la rellevància privada també tenen repercussions públiques; en últim lloc, les infiltracions privades són aquelles realitzades per particulars i que tenen un interès i benefici exclusivament privat i personal, com serien detectius privats que actuen en àmbits familiars i personals. En Gómez de Liaño Fonseca-Herrero (2004). *Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación*. Madrid: Colex, pp. 125-129.

mecanisme d'investigació previst per lluitar contra la criminalitat organitzada que s'exerceix en la fase d'instrucció del procés penal, es posa de manifest que la seva finalitat és repressiva, ja que precisament pretén desarticular l'esmentada organització eradicant el problema en el seu origen. Alhora, també permet l'aplicació dels preceptes legals previstos contra els membres d'aquestes organitzacions amb l'ajuda de les informacions obtingudes en el transcurs de la infiltració<sup>5</sup>.

Així doncs, una vegada establerta la infiltració policial com una tècnica d'investigació utilitzada en el procés penal amb la finalitat de reprimir certes conductes delictives realitzades en el sí d'organitzacions criminals es procedirà a l'estudi de l'agent encobert, persona física encarregada de portar a la pràctica l'esmentada infiltració.

## 2.2 Agent encobert

Per tal de tractar aquest tema amb la màxima precisió i rigorositat possible s'iniciarà aquest epígraf amb la citació literal de l'article regulador d'aquesta figura en la Llei d'Enjudiciament Criminal, l'article 282 bis:

*Artículo 282 bis.*

*1. A los fines previstos en el artículo anterior y cuando se trate de investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada, el Juez de Instrucción competente o el Ministerio Fiscal dando cuenta inmediata al Juez, podrán autorizar a funcionarios de la Policía Judicial, mediante resolución fundada y teniendo en cuenta su necesidad a los fines de la investigación, a actuar bajo identidad supuesta y a adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos. La identidad supuesta será otorgada por el Ministerio del Interior por el plazo de seis meses prorrogables por 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*

---

5 L'autora Rocío Zafra Espinosa de los Monteros destaca també l'existència d'una finalitat preventiva a més de la repressiva. Aquesta finalitat consisteix en intentar evitar la consumació de determinats delictes mentre que la repressiva pretén obtenir informació sobre delictes ja consumats per traslladar-la a les autoritats penals. Malgrat això, al contrari que a Alemanya i Portugal on es regulen les dues finalitats o Àustria, on només es regula la finalitat preventiva, a Espanya únicament es troba inclosa en l'ordenament jurídic la finalitat repressiva. En *“El policía infiltrado: Los presupuestos jurídicos en el proceso penal español”* (2010). Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, p. 67.

***La infiltració policial a la llum de la jurisprudència més recent***

*información deberá aportarse al proceso en su integridad y se valorará en conciencia por el órgano judicial competente.*

*2. Los funcionarios de la Policía Judicial que hubieran actuado en una investigación con identidad falsa de conformidad a lo previsto en el apartado 1, podrán mantener dicha identidad cuando testifiquen en el proceso que pudiera derivarse de los hechos en que hubieran intervenido y siempre que así se acuerde mediante resolución judicial motivada, siéndole también de aplicación lo previsto en la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre.*

*Ningún funcionario de la Policía Judicial podrá ser obligado a actuar como agente encubierto.*

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

*4. A los efectos señalados en el apartado 1 de este artículo, se considerará como delincuencia organizada la asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer alguno o algunos de los delitos siguientes:*

- a) Delitos de obtención, tráfico ilícito de órganos humanos y trasplante de los mismos, previstos en el artículo 156 bis del Código Penal.*
- b) Delito de secuestro de personas previsto en los artículos 164 a 166 del Código Penal.*
- c) Delito de trata de seres humanos previsto en el artículo 177 bis del Código Penal.*
- d) Delitos relativos a la prostitución previstos en los artículos 187 a 189 del Código Penal.*
- e) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico previstos en los artículos 237, 243, 244, 248 y 301 del Código Penal.*
- f) Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial previstos en los artículos 270 a 277 del Código Penal.*
- g) Delitos contra los derechos de los trabajadores previstos en los artículos 312 y 313 del Código Penal.*
- h) Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros previstos en el artículo 318 bis del Código Penal.*
- i) Delitos de tráfico de especies de flora o fauna amenazada previstos en los artículos 332 y 334 del Código Penal.*
- j) Delito de tráfico de material nuclear y radiactivo previsto en el artículo 345 del Código Penal.*
- k) Delitos contra la salud pública previstos en los artículos 368 a 373 del Código Penal.*
- l) Delitos de falsificación de moneda, previsto en el artículo 386 del Código Penal, y de falsificación de tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje, previsto en el artículo 399 bis del Código Penal.*
- m) Delito de tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos previsto en los artículos 566 a 568 del Código Penal.*
- n) Delitos de terrorismo previstos en los artículos 572 a 578 del Código Penal.*



**La infiltració policial a la llum de la jurisprudència més recent**

o) *Delitos contra el patrimonio histórico previstos en el artículo 2.1.e de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando.*

5. *El agente encubierto estará exento de responsabilidad criminal por aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, siempre que guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma y no constituyan una provocación al delito.*

*Para poder proceder penalmente contra el mismo por las actuaciones realizadas a los fines de la investigación, el Juez competente para conocer la causa deberá, tan pronto tenga conocimiento de la actuación de algún agente encubierto en la misma, requerir informe relativo a tal circunstancia de quien hubiere autorizado la identidad supuesta, en atención al cual resolverá lo que a su criterio proceda.*

6. *El juez de instrucción podrá autorizar a funcionarios de la Policía Judicial para actuar bajo identidad supuesta en comunicaciones mantenidas en canales cerrados de comunicación con el fin de esclarecer alguno de los delitos a los que se refiere el apartado 4 de este artículo o cualquier delito de los previstos en el artículo 588 ter a.*

*El agente encubierto informático, con autorización específica para ello, podrá intercambiar o enviar por sí mismo archivos ilícitos por razón de su contenido y analizar los resultados de los algoritmos aplicados para la identificación de dichos archivos ilícitos.*

7. *En el curso de una investigación llevada a cabo mediante agente encubierto, el juez competente podrá autorizar la obtención de imágenes y la grabación de las conversaciones que puedan mantenerse en los encuentros previstos entre el agente y el investigado, aun cuando se desarrollen en el interior de un domicilio.<sup>6</sup>*

L'agent encobert és la figura pràctica de la infiltració policial, és a dir, una persona física que de forma sempre voluntària accedeix a realitzar una infiltració, respectant en tot moment els requisits i limitacions establertes per llei. Com és lògic, la finalitat d'aquesta figura és la mateixa que la tècnica d'investigació de la qual forma part i per tant, compleix també amb els objectius de l'article 282 de la LECrim, que estableix literalment que la “*Policia Judicial té per objecte i serà obligació de tots els que la componen, esbrinar els delictes públics que es cometin en el seu territori o demarcació; practicar, segons les seves atribucions, les diligències necessàries per comprovar-los i descobrir els delinqüents, i recollir tots els efectes, instruments o proves del delictes la desaparició de les quals fos possible, posant-les a disposició de l'autoritat judicial*”<sup>7</sup>.

A continuació s'analitzarà sistemàticament cada aspecte d'aquesta figura, anàlisi que estarà basat en l'esmentat article 282 bis LECrim i en l'esquema plantejat per l'autora Rocío Zafra Espinosa de los Monteros<sup>8</sup>.

6 Ja que no es disposa d'una traducció oficial al català s'ha citat l'article en la seva versió original, en llengua castellana.

7 Traducció pròpia de la llengua castellana a la llengua catalana.

8 Espinosa de los Monteros, Rocío Zafra (2012). “*El policía infiltrado...*” op. cit. p. 7. (p. 67-79).

### 2.2.1 Àmbit d'aplicació

L'agent encobert és l'opció legislativa escollida per complir amb l'obligació legal d'esbrinar i comprovar els delictes en l'àmbit de l'organització criminal. Segons la mateixa llei, s'entén per organització criminal aquella duta a terme per una associació de tres o més persones, de forma permanent i reiterada, i que realitzin una sèrie de delictes enumerats *numerus clausus* en la llei. Per tant, l'àmbit d'actuació d'aquesta figura està restringit materialment a un tipus determinat de delictes malgrat que aquesta limitació s'ha ampliat amb la reforma de l'any 2012 de la LECrim<sup>9</sup>.

En l'article 282 bis LECrim s'estableix l'àmbit d'actuació dels agents encoberts mencionant les organitzacions criminals i la seva composició però aquest àmbit està ampliat en alguns casos als grups criminals. Aquesta distinció ha estat introduïda en el Codi Penal<sup>10</sup> en els seus articles 570 bis i 570 ter. En el primer d'aquests articles s'estableix que una organització criminal serà aquella agrupació formada per més de dos persones amb caràcter estable o per temps indefinit, que de manera coordinada i amb un repartiment establert de tasques i funcions, tenen la finalitat de cometre delictes; en el segon d'aquests articles s'estableix que serà considerat un grup criminal aquella unió de més de dos persones que sense complir cap requisit dels mencionats en relació a les organitzacions criminals també tinguin per objecte la comissió de delictes. Per tant, aquesta distinció està basada en la característica de l'estructura jerarquizada que disposen les organitzacions criminals i no en canvi els grups criminals. Aquesta diferència però, no està present en la definició establerta en l'article 282 bis LECrim, fet que crea la possibilitat d'una infiltració policial en un grup criminal, tal com s'estableix en l'article 407 de l'Avantprojecte de Llei de l'any 2012 pels casos de grups criminals terroristes<sup>11</sup>.

En relació a l'àmbit d'aplicació, també és important fer referència al fenomen conegut com a “ciberdelinqüència”. Es tracta d'una nova tipologia de delinqüència, amb una tendència clarament creixent, que n'ha destacat els principals aspectes l'autora María Victoria Rodríguez Caro<sup>12</sup>. Aquesta tendència ve provocada per diversos factors, el principal dels quals és el caràcter impersonal que proporciona l'àmbit d'Internet ja que és relativament fàcil actuar des de l'anonimat proporcionant així una major sensació d'impunitat. A més, la gran capacitat de difusió d'informacions i materials objecte d'actuacions delictives facilita encara més la

9 Avantprojecte de Llei d'Enjudiciament Criminal de l'any 2012. Disponible a: [http://www.elderecho.com/actualidad/Anteproyecto-Ley-Enjuiciamiento-Criminal\\_EDEFIL20110728\\_0006.pdf](http://www.elderecho.com/actualidad/Anteproyecto-Ley-Enjuiciamiento-Criminal_EDEFIL20110728_0006.pdf). Última consulta 01/05/2016.

10 Espanya. Llei Orgànica 10/1995, de 23 de novembre, del Codi Penal. BOE núm. 281, 24-11-1995, p. 167.

11 Rodríguez Caro, María Victoria (2015). *La infiltración policial...* op. cit. p. 6.

12 *Ibid.*

proliferació d'aquests delictes augmentant les potencials víctimes. Un exemple d'aquest fet serien les estafes ja que aquest delicte tradicional es transforma permetent als estafadors un gran nombre de víctimes. La difusió ràpid d'informació permet un accedir amb relativa facilitat a les víctimes i complica clarament l'actuació de les autoritats per la difícil tasca de localització dels responsables que actuen des de l'anonimat. Un altre aspecte molt influent és la gran capacitat d'actuar des d'un mateix lloc en tants punts del planeta com accés a internet hi hagi creant així un gran nombre de delictes a nivell internacional requerint un nivell molt alt de coordinació i cooperació dels cossos policials, serveis d'intel·ligència i personal de seguretat. Altres exemples de delictes que troben refugi i fàcil perpetuació a Internet són delictes d'injúries, calumnies, contra la integritat moral, de violència de gènere o escolar, pornografia infantil, etc. La llista és llarga i augmenta al mateix ritme que els avanços tecnològics en aquest àmbit.

Enumerats alguns dels factors influents en aquesta gran expansió sembla clara la gran utilitat que suposen els agents encoberts en la lluita contra aquest tipus de delicte, ja que mitjançant la creació de perfils falsos o anònims es pot accedir a la informació necessària per pal·liar aquest problema. Malgrat això, l'enumeració de l'article 282 bis LECrim dels delictes que permeten la intervenció d'un agent encobert queden exclosos els delictes informàtics i de descobriment i revelació de secrets (article 197 i següents del Codi Penal) i els delictes de danys informàtics (article 264 del Codi Penal).

Una activitat especialment greu però clarament en auge a través d'Internet és la pedofília i pederàstia, que a través de la xarxa poden acostar-se a les seves víctimes des de l'anonimat guanyant-se la confiança d'aquestes adoptant perfils falsos o manipulant els seus i fins i tot podent entrar en contacte amb elles sense que aquestes detectin l'activitat delictiva en un primer moment. També és possible enganyar a les víctimes per així obtenir material audiovisual que després és utilitzat com a material pornogràfic o manipular i amenaçar a les víctimes amb la difusió d'aquest mateix material obtingut amb engany evitant així la denúncia de les víctimes. Així doncs, citant literalment a l'autora mencionada<sup>13</sup>, *“els mateixos factors que provoquen el desenvolupament de la ciberdelinqüència, especialment l'anonimat, la falta de contacte directe delinqüent-víctima i la continuïtat de l'engany, són els que fan adequada la investigació encoberta pel descobriment dels responsables d'aquest tipus de delictes, especialment greus per la vulnerabilitat dels destinataris de l'atac”*.

Pel que fa a la jurisprudència en aquest àmbit, s'ha creat un perfil propi pel concepte “organització”. En un primer moment, l'any 2004, el Tribunal Suprem<sup>14</sup> va considerar que seran

13 Rodríguez Caro, María Victoria (2015). *La infiltración policial...* op. cit. p. 6.

14 Sentència del Tribunal Suprem 1444/04, de 10 de desembre.

considerats com a grups organitzats totes aquelles persones que tinguessin relacions sobre un tema comú i amb la finalitat, majoritàriament, d'intercanviar material, utilitzant Internet. Tanmateix, l'any 2006<sup>15</sup>, el mateix tribunal va canviar la postura, adoptant un criteri més estricte, considerant en aquesta ocasió que aquests grups requerien una estructura complexa per poder ser considerada delinqüència organitzada.

A més, en aquest àmbit delictiu també s'ha donat una modulació del concepte “agent encobert”, també anomenat “agent informàtic” pel mateix legislador en l'apartat sisè de l'article 282 bis LECrim, de manera que es requereix una identitat falsa perquè amb una simple identitat falsa a nivell virtual s'aconsegueix la infiltració necessària per fer front al delicte. Aquesta pràctica s'utilitza en l'àmbit de la ciberdelinqüència en general però sobretot en l'àmbit de la pornografia infantil, delicte considerat especialment greu. A més, en l'última reforma de la citada llei es va introduir precisament en aquest àmbit la possibilitat que l'agent encobert pugui intercanviar o enviar per si mateix arxius il·lícits pel seu contingut i analitzar els algorismes associats a aquests arxius sense requerir una especial autorització judicial ja que es considera una facultat inclosa en l'autorització mateixa de la infiltració.

Finalment, en termes conclusius, l'àmbit d'actuació d'aquesta tècnica d'investigació serà aquell proporcionat per l'apartat quart del ja citat article, respectant la limitació jurisprudencial del concepte “organització criminal” i “grup criminal” i permetent l'extrapolació d'aquesta figura a l'àmbit de la ciberdelinqüència en l'apartat sisè del mateix article. És a dir, malgrat el punt de conflicte donat en relació a la nova delinqüència *on line*, ja que la possibilitat d'intervenció de l'agent encobert és considerada insuficient per alguns<sup>16</sup>, la jurisprudència i les recents reformes legislatives han permès delimitar amb certa precisió aquest àmbit d'actuació.

15 Sentència del Tribunal Suprem 913/2006, de 20 de setembre.

16 Un exemple d'aquesta postura es troba en l'article de l'autora María Victoria Rodríguez Caro quan considera, literalment, que “*tots aquests aspectes que són determinants de la gravetat de les conductes i justifiquen la utilització d'un policia infiltrat, concorren en el cas dels delictes comesos a través d'Internet (increment de la facilitat de perpetració, de la impunitat i dels efectes), en especial la necessitat d'utilitzar mètodes nous allà on els tradicionals no arriben (especialment quan es tracta de delictes relatius a la prostitució de menors i pornografia infantil). En conseqüència, la conceptualització de l'exigència del fet que es tracta d'activitats pròpies de la delinqüència, pot ser hauria d'adaptar-se a la realitat dels grups d'intercanvi de material pornogràfic a la xarxa*”. En Rodríguez Caro, María Victoria (2015). *La infiltración policial: en el límite del Estado de Derecho. El inminente agente encubierto informático*. Disponible a: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10222-la-infiltracion-policial:-en-el-limite-del-estado-de-derecho-el-inminente-agente-encubierto-informatico/>. Última consulta a 01/05/2016.

### 2.2.2 Identitat suposada i mesures de protecció

La raó de ser de l'agent infiltrat és la seva incorporació en el sí de les organitzacions criminals, amb el desconeixement per part dels seus membres de la seva condició de policia i la seva identitat real com a mesura de protecció, per tal d'obtenir la informació necessària per desarticlar les organitzacions criminals, finalitzar amb la seva activitat i fer efectives les conseqüències legals contra els autors dels delictes. Així doncs, l'element bàsic i del que depèn en gran mesura l'èxit de l'operació és la identitat suposada que ha d'adoptar l'agent infiltrat per poder desenvolupar el seu paper dins l'organització criminal sense ser descobert.

Tanmateix, poden donar-se dues situacions diferents en l'àmbit de les infiltracions policials de caràcter públic: les infiltracions policials de curta durada i les infiltracions policials de llarga durada. Aquesta distinció tindrà conseqüències en relació a la necessitat d'una identitat suposada per l'agent. En el cas de les infiltracions de curta durada, l'agent entra en contacte amb l'organització criminal de forma esporàdica i per aspectes molt concrets i acostuma a tenir com a objectiu la investigació de delictes de tracte successiu per tal de descobrir l'*iter criminis*. En aquesta modalitat d'infiltració no serà necessària la creació d'una identitat suposada per l'agent ja que amb la mera ocultació de la seva condició de policia ja pot actuar i obtenir la informació desitjada. La diferència respecte a la infiltració de llarga durada està en el fet que aquí l'agent encobert busca informació sobre accions delictives ja consumades, és a dir, proves. Aquesta figura es coneix per la doctrina com a “agent provocador” o “provocació policial”, figura que s'analitzarà més endavant.

Per altra banda, en el cas de les infiltracions policials de llarga durada, l'agent passa a formar part de l'organització i per tant, és condició necessària disposar d'aquesta identitat suposada. Aquesta identitat té l'objectiu, per una banda, de protegir a l'agent dels membres de l'organització criminal i poder formar part d'aquesta guanyant-se la confiança dels seus membres podent accedir a l'estructura de l'organització i a informació reservada a l'exterior i per altra, protegir l'entorn de l'agent ja que podria veure's afectat per l'activitat d'aquest.

La identitat suposada, tal com s'estableix a l'article 282 bis LECrim, serà atribuïda pel Ministeri d'Interior per un període de sis mesos (prorrogable per períodes de sis mesos) i permetrà a l'agent actuar en tots els aspectes relacionats amb la concreta investigació i a participar amb normalitat en el tràfic jurídic i social fent ús d'aquesta identitat<sup>17</sup>. A més, aquesta

---

17 És l'única limitació temporal que es pot trobar en l'article regulador de la figura de l'agent encobert, per tant, la identitat suposada tindrà una durada inicial de sis mesos renovables sempre per sis mesos més en cas que fos necessari. S'entén també que es tracta d'una forma de control del desenvolupament de la investigació per part del jutge.

identitat podrà ser utilitzada també, quan s'autoritzi mitjançant resolució judicial motivada, per testificar en el procés. Per tant, aquesta nova identitat no és simplement un nom fals sinó que el legislador permet la creació d'un personatge totalment nou dins un context social determinat amb unes característiques tals que permetin l'èxit de la infiltració<sup>18</sup>. Per tal de fer més creïble aquesta nova identitat l'agent infiltrat té dret a tots els documents legals que provin de la seva identitat, tals com DNI, passaport, permís de conduir o incús antecedents penals o documentació acreditativa de coneixements o titulacions professionals.

Com ja s'ha mencionat, la llei permet el manteniment d'aquesta identitat amb posterioritat a la infiltració pròpiament dita, és a dir, en el judici oral. Aquesta mesura pretén ser una garantia de seguretat extra per així evitar possibles represàlies per part dels membres de les organitzacions en qüestió. Aquesta voluntat de protecció també permet que en certs casos, una vegada finalitzada la investigació, l'agent quedi sota cobertura de la protecció de testimonis<sup>19</sup>.

### 2.2.3 Secret-engany

Com és sabut, les organitzacions criminals funcionen en la clandestinitat per així desenvolupar amb impunitat les seves activitats delictives i és per això que l'Estat ha d'utilitzar l'engany com a eina de treball en les infiltracions policials. L'objectiu de l'agent és incorporar-se al si de l'organització per així tenir accés a la informació que de no ser així les autoritats mai podrien obtenir, així com desvelar les identitats reals dels membres que la formen per aplicar la llei als responsables dels delictes comesos. Ara bé, la única forma de garantir l'assoliment d'aquest objectiu és la utilització de l'engany en el desenvolupament de la infiltració policial<sup>20</sup>.

18 Sequeros Sazatornil (2000). *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico. Evolución normativa, doctrinal y jurisprudencial*. La Ley, Madrid. p. 737.

19 En qualsevol cas, amb independència de si en el judici s'actua amb identitat suposada o no, com es reafirma en la Sentència del Tribunal Suprem 104/2011, de 1 de març, “la Sala d'instància concedeix credibilitat a aquest testimoni (...) i les declaracions testimonials en el plenari dels agents policials sobre fets de coneixement propi, quan es donen les garanties processals pròpies de l'acte, constitueixen prova de càrrec apte i suficient per enervar la presumpció d'innocència. En aquest sentit l'article 717 LECrim disposa que les declaracions d'autoritats i funcionaris de la Policia Judicial tindran el valor de declaracions testificals, apreciables com a tals, segons les regles del criteri racional.” És a dir, el testimoni dels agents encoberts, igual que tots els altres agents policials, és prova de càrrec suficient per trencar la presumpció d'innocència, amb independència de si testifica utilitzant la identitat suposada o no.

20 Tal com especifica l'autora Rocío Zafra Espinosa de los Monteros és important distingir entre secret i engany. El secret està molt present en les investigacions criminals, i en els processos penals en general, ja que suposa que durant el transcurs d'aquests ningú, a part de l'autoritat penal que ha ordenat la investigació i l'acusador públic, tindrà accés a les actuacions que es vagin realitzant. Aquesta mesura és el que es coneix com a “secret de sumari” i és molt habitual decretar-la de forma paral·lela als acords d'investigació policial i així garantir en major grau l'èxit d'aquesta. En “*El policia infiltrado: Los presupuestos jurídicos en el proceso penal español*” (2010). Valencia: Editorial Tirant

Aquest engany pot donar-se, per una banda, respecte a la identitat de l'agent infiltrat ja que actua sota una identitat suposada i d'aquesta manera s'introdueix a l'organització guanyant-se la confiança dels seus membres i per altra banda, respecte a la intenció real de la relació entre l'agent encobert i els membres de l'organització criminal.

De la mateixa manera que succeïa en la identitat suposada, també l'element de l'engany pot patir variacions segons si es tracta d'una infiltració de curta o llarga durada. En el cas de les infiltracions de llarga durada aquest engany es donarà en la doble vessant comentada anteriorment. En canvi, en les infiltracions de curta durada es considera que l'engany té una menor intensitat ja que habitualment només oculta la seva condició de policia i, per tant, no actua sota una identitat suposada. Ara bé, l'engany sobre la verdadera intenció de la seva actuació respecte l'organització criminal, es dona igualment.

La justificació de la utilització d'aquest tipus de mesures per part dels Estats de Dret es troba en la perillositat, clandestinitat i sofisticació d'aquestes organitzacions criminals. És a dir, davant la difícil tasca de fer front a aquest tipus d'actuacions delictives, el legislador i els Estats de Dret, han optat per avalar la utilització de l'engany sempre i quan, i com a condició indispensable, es realitzi dins el marc de l'estricta legalitat. Així doncs, els paràmetres legals restringeixen l'ús d'aquesta tècnica a aquelles situacions en què la sofisticació és molt elevada i el perill per les institucions de l'Estat i els ciutadans molt gran<sup>21</sup>.

---

lo Blanch, p. 73.

21 La utilització de l'engany com a tècnica de lluita per part dels Estats de Dret contra les organitzacions criminals és un tema que ha estat, i segueix sent, de gran interès i debat. No és objecte d'aquest treball analitzar la legitimitat d'aquest mitjà d'investigació però sí és d'interès exposar algunes de les opinions expressades per autors ja citats en aquest treball que reflecteixen el seu punt de vista en la seva obra. Per una banda, parlant en termes constitucionals, l'autora María Victoria Rodríguez Caro considera que l'ús de l'engany per parts dels agents suposa “*la invasió de la privacitat i la intimitat personal (art. 18.1 CE) amb el consegüent detriment de la dignitat i el lliure desenvolupament de la personalitat de l'investigat (art. 10 CE) i especialment quan es produeix l'entrada de l'infiltrat en el domicili de l'investigat amb el consentiment “viciat” per l'engany (art. 18.3 CE)*”. A més, afegeix que creu que és “*molt qüestionable la utilització per part del legislador de la paraula engany sense cap tipus de pudor, optant per la postura més utilitarista ja que no exigeix cap autorització judicial expressa cada vegada que l'agent encobert es veu en la tessitura, considerant suficient l'autorització que empara en general la investigació encoberta, sempre que l'engany no excedeixi del que derivi del propi ús de la identitat suposada*”. Per altra banda, l'autora Rocío Zafra Espinosa de los Monteros, mostrant una actitud més propera a la utilització d'aquesta tècnica, destaca que “*els Estats democràtics, no poden recórrer lliurement a qualsevol de les mesures penals disponibles. Hem de recordar que el dret penal i el procés penal han de garantir la seguretat ciutadana davant les situacions conjunturals d'inestabilitat social com la que genera l'actuació de les organitzacions criminals en els Estats. Pot ser aquest context és el que provoca cert recel a la utilització de l'engany com a mitjà d'investigació, però hem de recordar que l'actuació d'algunes organitzacions criminals s'escapa de l'eficàcia de les tradicionals tècniques d'investigació i que aquesta pot ser l'única forma d'acabar amb determinats entramats criminals*”. A més, també consideren legítima i lícita la utilització de l'engany per part de l'Estat per reprimir el crim organitzat, sempre i quan, això sí, es faci respectant l'estricta legalitat. En *La infiltración policial: en el límite del Estado de Derecho. El*

#### 2.2.4 Marc d'actuació de l'agent encobert

El marc d'actuació de l'agent encobert en les infiltracions policials dependrà, una vegada més, del tipus d'infiltració que es realitzi així com del rol que adopti l'agent dins de l'organització criminal. En les infiltracions policials de curta durada les actuacions es basaran únicament en el contacte amb l'entramat delictiu. En canvi, en les infiltracions policials de llarga durada el marc d'actuació serà més ampli i complex.

En l'àmbit de les infiltracions de llarga durada es poden diferenciar dos fases d'actuació. En un primer moment es realitza l'entrada en contacte entre l'agent i els integrants del grup i en un segon moment, depenent del grau de confiança entre l'agent i els membres de l'organització, la infiltració pròpiament dita. És en aquesta segona fase de la infiltració quan l'agent realitza les actuacions genèriques permeses pel legislador i les actuacions específiques que van més enllà de l'engany que suposa la identitat suposada. Pel que fa a les actuacions genèriques, són aquelles que deriven de l'ús de la identitat suposada així com la seva intervenció en el tràfic jurídic i social i la possibilitat d'adquirir i transportar els efectes del delictu. Tal com es reflecteix a la llei, l'agent no haurà de sol·licitar autorització prèvia sinó que únicament té l'obligació de transmetre la informació obtinguda al llarg de la investigació policial. Per tant, aquestes actuacions són aquelles que l'agent encobert pot realitzar des del mateix moment d'adquirir la identitat suposada i estaran determinades en la mateixa resolució judicial que li atribueix aquesta. En canvi, pel que fa a les actuacions específiques, són aquelles que van més enllà de les realitzades per l'agent encobert com a conseqüència de l'atribució d'una identitat suposada i, en la majoria dels casos, suposen una delimitació dels drets fonamentals de l'investigat. És per això que la llei determina específicament que si en el curs de la investigació queda afectat un dret fonamental, l'agent haurà de sol·licitar de l'òrgan judicial competent les autoritzacions necessàries per poder actuar. Un exemple ser un registre domiciliari o la intervenció o intercepció de les comunicacions de l'investigat.

#### 2.2.5 Necessitat del fet que l'agent encobert sigui policia

Tal com preveu l'article 282 bis LECrim, es dona el requisit imprescindible del fet de gaudir de la condició de Policia Judicial per poder actuar com a agent encobert en una infiltració

---

*inminente agente encubierto informático.* Disponible a: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10222-la-infiltracion-policial:-en-el-limite-del-estado-de-derecho-el-inminente-agente-encubierto-informatico/>, última consulta a 01/05/2016 i en *“El policía infiltrado: Los presupuestos jurídicos en el proceso penal español”* (2010). Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, p. 75.



policial. És a dir, el legislador espanyol ha delimitat d'aquesta manera molt estrictament la figura de l'agent infiltrat impedit que particulars o altres cossos de seguretat puguin assumir aquesta activitat<sup>22</sup>. Aquesta opció legislativa està relacionada clarament amb la perillositat que suposa la realització d'aquest tipus d'infiltracions policials. Tal com s'estableix en el mateix article, la realització d'aquesta tasca és totalment voluntària i per tant, cap Policia Judicial pot ser obligat a assumir aquesta responsabilitat. L'element de voluntarietat introduït pel legislador té la seva raó de ser precisament en el fet que es tracta d'una tasca que comporta un alt nivell de risc pel mateix agent infiltrat i pel seu entorn més pròxim, fet pel qual s'autoritza també la identitat suposada. Tanmateix, la infiltració per part d'un policia en el sí d'una organització criminal, majoritàriament altament professionalitzada i sofisticada, sempre comportarà un cert risc que no pot ser d'obligada acceptació. A més, no s'ha d'oblidar que aquesta tècnica d'investigació requereix el compliment estricte de les previsions legislatives, sobretot respecte les possibles limitacions constitucionals, obligació que és de difícil coneixement per part dels particulars. Així doncs, l'alt nivell de risc que suposa i la necessitat de conèixer amb detall tot el sistema legal són una justificació a la limitació imposada per part del legislador.

Per conèixer amb més detall la figura de la “Policia Judicial” s'ha de tenir en compte també la llei reguladora de las Forces i els Cossos de Seguretat<sup>23</sup>. La Policia Judicial, tal com s'afirma en el Preàmbul de la citada llei, està estretament connectada amb el Poder Judicial (article 126 de la CE i té l'obligació de col·laborar amb els Cossos de Policia de les Comunitats Autònomes i de les Corporacions Locals. Així doncs, la Policia Judicial és el punt de connexió entre les Forces i els Cossos de Seguretat i el Poder Judicial i les seves funcions, establertes en l'article 126 de la Constitució i 282 LECrim, són la indagació del delicte i descobriment i assegurament del delinqüent. El legislador també es pronuncia en aquest sentit en l'article 547 LOPJ<sup>24</sup> considerant que la funció de la Policia Judicial consisteix en l'auxili dels jutges, magistrats i Ministeri Fiscal en la indagació dels delictes i el descobriment i assegurament dels delinqüents. A més, també afegeix que aquesta funció serà competència, quan així sigui requerit, de tots els membres de les Forces i Cossos de Seguretat, tant si depenen del Govern Central com de les Comunitats Autònomes o de les Entitats Locals.

22 Alguns legisladors, tot i que en minoria, accepten i permeten que siguin particulars els qui realitzen aquesta infiltració en el sí de les organitzacions criminals. Dos exemples rellevants són Dinamarca i Colòmbia. Tanmateix, en la majoria de països, com ara Alemanya, Bèlgica, Suïssa, França, Itàlia, Xile, Argentina o Espanya, l'opció legislativa es basa en la designació exclusiva d'aquesta tasca a les forces de seguretat de l'Estat.

23 Espanya. Llei Orgànica 2/1986, de 13 de març, de Forces i Cossos de Seguretat. BOE núm. 63, 14-03-1986.

24 Espanya. Llei Orgànica 6/1985, de 1 de juliol, del Poder Judicial. BOE núm. 157, 02-07-1985. (pp. 171-172)

*La infiltració policial a la llum de la jurisprudència més recent*

Ara bé, s'ha de tenir en compte l'apreciació que realitza l'autora Rocío Zafra Espinosa de los Monteros<sup>25</sup> en considerar que la figura de la Policia Judicial té un caràcter genèric i un específic. És a dir, tenint en compte la regulació legal de la Policia Judicial semblaria que és policia judicial tot funcionari (o sense ser-ho) que desenvolupi alguna funció que directe o indirectament tingui relació amb la seguretat de les persones o els béns. Per tant, es considera que formen part de la Policia Judicial, en sentit genèric, tots els integrants de les forces i Cossos de Seguretat de l'Estat i, en sentit específic, el Cos Nacional de Policia, la Guàrdia Civil i els cossos de policia autonòmica que tinguin transferides competències de policia judicial<sup>26</sup>.

En l'àmbit de la Policia Judicial en sentit estricte, es creen en el seu sí Unitats Orgàniques i Unitats adscrites organitzades pel Ministeri d'Interior. Les Unitats Orgàniques s'estableixen sobre la base de l'especialització en les tècniques d'investigació delictiva amb caràcter permanent, especial i excloent<sup>27</sup>. Pel que fa a les Unitats adscrites, serà el Ministeri d'Interior qui organitzarà aquest cos Policial en diferents Unitats de Policia Judicial. Aquestes estaran formades per funcionaris de les Forces i Cossos de Seguretat de l'Estat amb una formació especialitzada molt concreta i la seva distribució es farà en diferents Unitats que es correspondrà amb els criteris de territorialitat i d'especialització delictiva<sup>28</sup>.

Tal com s'ha vist, tant la Policia Judicial en sentit genèric com en sentit estricte tenen l'obligació d'auxiliar als jutges, magistrats i fiscals en les investigacions dels delictes. Així doncs, no està resolt el dubte sobre qui podrà actuar com a agent encobert. Aquesta és la conseqüència del fet que el legislador no es mostra uniforme a la hora de determinar quins membres integren la policia judicial. A més, com es tracta d'una funció genèrica en una de les seves vessants, està formada per una diversitat d'òrgans i autoritats<sup>29</sup>. Per analitzar aquesta qüestió és important establir una premissa inicial<sup>30</sup>: la característica bàsica de la delinqüència

25 Espinosa de los Monteros, Rocío Zafra (2012). “*El policía infiltrado...*” op. cit. p. 7. (pp. 234-276).

26 Les Comunitats Autònomes disposen de competències per crear el seu propi Cos de Policia però només Catalunya (Mossos d'Esquadra) i el País Basc (Ertzaintza) han transferit les competències en matèria de policia judicial. Per tant, els membres d'aquests dos cossos policials podran intervenir com a agents encoberts en infiltracions policials sense cap tipus de limitació, ni objectiva ni territorial.

27 Moreno Catena (junt amb Cortés Domínguez) (2004), *Introducción al Derecho Procesal*. Valencia: Tirant lo Blanch (p. 184).

28 Un altre punt conflictiu pel que fa a la Policia Judicial és el fet de comptar amb una doble dependència: des d'un punt de vista orgànic pertany al Ministeri d'Interior però des d'un punt de vista funcional pertany en exclusiva als jutges, tribunals o fiscals. En realitat, una veritable policia judicial serà aquella que depengui exclusivament del poder judicial ja que únicament així es garantirà la no intromissió per part dels poders de l'Estat. En González Montes (1993), *Instituciones de derecho procesal*. Madrid: Tecnos (p. 321)

29 Martínez Pérez (2001). *Policia judicial y Constitución*. Navarra: Aranzadi.

30 Seguint majoritàriament l'esquema i anàlisi sobre les característiques de l'agent encobert realitzat per Rocío Zafra Espinosa de los Monteros també basarem la resolució d'aquesta qüestió en la seva obra ja que la seva postura em sembla molt raonable. Espinosa de los Monteros, Rocío Zafra (2012). “*El*

organitzada és la seva alta sofisticació, professionalització i complexitat i, per tant, es requereix una Policia Judicial també altament especialitzada i preparada en aquests àmbits.

Com ja s'ha diferenciat, la Policia Judicial en sentit estricte està formada pel Cos Nacional de Policia, la Guàrdia Civil i els cossos policials autonòmics que tinguin transferits atribucions de policia judicial. El Cos Nacional de Policia i la Guàrdia Civil, de forma conjunta, formen la Comissaria General de la Policia Judicial, materialitzant així la necessitat d'especialització comentada amb anterioritat en forma d'Unitats especialitzades en el sí d'aquesta Comissaria, com seria el Grup de Delictes Telemàtics, les Unitats de Drogues i Crim organitzat (UDyCO), las Unitats de Delinqüència Especialitzada i Violenta (UDEV), les Brigades Operatives Multifuncionals (BOM), els Mòduls Operatius d'Especialitat (MOE) i la Brigada d'Informació Tecnològica (BIT)<sup>31</sup>.

Les policies autonòmiques tenen atribuïdes funcions de Policia Judicial en l'àmbit de les seves respectives competències encara que en tot cas serà com a mers col·laboradors amb les unitats que existeixen en el sí dels cossos estatals i per tant, podran ser requerits a actuar com a agents encoberts en aquests casos concrets. Així, no és possible crear unitats de policia judicial en el sí de les Polícies Autonòmiques segons l'article 38 LOFCS.

Una vegada analitzada la policia judicial en sentit estricte, que en tot cas serà capaç d'intervenir en infiltracions policials, s'analitzarà la policia judicial en sentit genèric. Tant la Constitució espanyola com la LOFCS estableixen que tots els membres de les forces i cossos de seguretat dels Estats tenen atribuïts, de manera genèrica, les funcions de policia judicial

---

*policia infiltrado...* op. cit. p. 7. (pp. 238-251)

31 Només es realitzarà una breu explicació de les citades Unitats. Pel que fa a la Unitat de Droga i Crim Organitzat (UdyCO), es tracta d'una Unitat creada l'any 1997 pel Real Decret 79/1997, de 24 de gener (BOE núm. 37) que té la finalitat d'afrontar els diferents problemes que es donen a Espanya en relació a aquesta matèria. Aquesta unitat assumeix la funció d'investigació i persecució de les activitats delictives relacionades amb el tràfic de drogues i crim organitzat i està formada per la Brigada Central d'Estupefaents i la Brigada Central de Crim organitzat. Els seus integrants són professionals altament especialitzats i qualificats i s'encarreguen de perseguir delictes tals com el tràfic il·legal de drogues, blanqueig de capitals, delictes econòmic-financers, tràfic il·lícit de persones, de béns culturals, de vehicles, d'armes i explosiu, de material nuclear, delictes de falsificació de moneda i altres delictes greus que es cometin en l'àmbit de la criminalitat organitzada. Les Unitats de Delinqüència Especialitzada i Violenta es dedica específicament a perseguir delictes contra el patrimoni, delictes greus contra les persones i delictes contra la llibertat sexual. Tanmateix, els seus agents únicament podran actuar com a agents encoberts en relació al tràfic il·lícit de patrimoni històric-artístic. Finalment, la Brigada d'Informació Tecnològica s'encarrega de les noves modalitats de criminalitat per garantir la seguretat a través de la Xarxa. Els seus agents podran actuar en infiltracions policials sempre que es requereixin coneixements informàtics ja que estan especialitzats en la persecució de delictes tals com la pornografia infantil a través d'Internet i delictes contra la propietat intel·lectual i industrial. També assumeixen funcions de coordinar les operacions que involucrin a diverses Direccions Superiors, la formació del personal del Cos Nacional de Policia i altres cossos policials estrangers, la representació internacional i la execució i coordinació de les investigacions que tinguin el seu origen en altres països.

treballant conjuntament amb jutges i fiscals. Així doncs, s'està parlant de la policia local i el servei de vigilància duanera.

Abans d'analitzar aquestes dues figures és rellevant mencionar el Grup de Resposta Especial contra el crim organitzat (GRECO) del Cos Nacional de Policia i els Equips contra el crim organitzat (ECO) de la Guàrdia Civil. Aquests dos grups especialitzats no són considerats policial judicial en sentit estricte però gràcies a la seva alta especialització en la lluita contra les màfies, crim organitzat i tràfic de drogues podrien formar part d'una infiltració policial. Així doncs, no és tant important formar part de la policia judicial en sentit estricte com tenir els mitjans i formació necessària per adoptar la figura d'agent encobert.

Dit això, en relació als membres de la Policia Local s'ha de considerar que en cap cas poden ser subjectes actius de les operacions encobertes encara que la LOFCS estableixi que les Corporacions Locals participaran en el manteniment de la seguretat Pública i que aquesta serà únicament en forma de col·laboració. És a dir, encara que l'article 29 LOFCS estableixi que podran exercir funcions de policia judicial això no atribueix la condició de policia judicial. Motius d'aquesta falta de competència per participar a iniciativa pròpia és, per una banda, la falta d'especialització en el context de la criminalitat organitzada i, per altra banda, l'àmbit competencial, que aquest es redueix als municipis.

Pel que fa al Servei de Vigilància Duanera, no forma part de les Forces i Cossos de Seguretat ja que no està inclòs en la LOFCS. Tanmateix, podrà realitzar un servei especialitzat en la indagació i repressió dels delictes de contraban exercint així com a policia judicial<sup>32</sup>. Aquesta atribució està prevista a l'article 283.1 LECrim perquè inclou el Servei de Vigilància Duanera en mencionar que les “*autoritats administratives encarregades de la seguretat pública i de la persecució de tots els delictes o d'alguns especials*”. En aquesta sentit s'ha mencionat la Sala Segona del Tribunal Suprem en l'Acord del Ple No Jurisdiccional (14 de novembre del 2003) considerant que “*el servei de vigilància duanera no constitueix Policia Judicial en sentit estricte, però sí en el sentit genèric de l'article 283.2 LECrim que segueix vigent conforme estableix la Disposició Addicional Primera de la LO 12/95, de 12 de desembre sobre repressió del contraban, en l'àmbit dels delictes contemplats en el mateix tenint atribuïdes funcions pròpies de Policia Judicial, que haurà d'exercir en coordinació amb altres cossos policials i sota la dependència dels jutges d'instrucció i del ministeri fiscal*”. La condició de policia judicial també li és atribuïda per la Llei Orgànica 12/1995, de 12 de desembre de repressió del

---

32 Gomara Hernández, Agorreta Ruiz (2003). *Prontuario de seguridad pública e intervención policial*. Pamplona: Distribuciones y asesoramiento de Publicaciones profesionales.

contraban<sup>33</sup>.

Per finalitzar l'anàlisi dels límits de la figura de la Policia Judicial es pot afirmar que, en primer lloc, la persona que realitza una funció d'agent encobert ha de formar part de les Forces i Cossos de Seguretat, excloent tots els particulars, així com també haurà de gaudir d'una especialització adequada. La Llei especifica que l'agent encobert ha de ser un membre de la Policia Judicial però no especifica si aquesta s'ha de delimitar al seu sentit estricte o incloure també el seu sentit genèric ni tampoc les unitats a les que ha de pertànyer. Sobre aquesta qüestió, després dels aspectes de vital importància mencionats fins ara, es pot concloure amb l'afirmació que la figura de la Policia Judicial ha de ser entesa en el seu sentit genèric i permetent així que el crim organitzat sigui indagat i perseguit per les persones que disposin de la màxima especialització.

### **2.2.6 Responsabilitat de l'agent infiltrat**

En els processos d'infiltracions policials hi ha sempre el límit infranquejable del respecte a la legalitat de les actuacions dels agents encoberts, perquè en determinades ocasions es restringeixen drets fonamentals dels investigats, així com també es preveu un règim de responsabilitat per l'agent infiltrat. Les actuacions de l'agent infiltrat en el sí de les organitzacions criminals comporta en moltes ocasions la comissió de delictes o la participació en aquestes per part de l'agent per així garantir l'èxit de la investigació. En paraules de Fernando Gascón Inchausti<sup>34</sup>, *“igual que l'agent encobert, quan investiga, no pot restringir els drets fonamentals més enllà del que permet l'engany subjacent a la seva identitat suposada, i encara que resulti xocant formular-ho d'aquesta manera, tampoc pot cometre més delictes que aquells que li resultin imprescindibles pel desenvolupament de les seves investigacions, i sempre dins de certs límits”*. És a dir, l'agent només està autoritzat per l'apartat cinquè de l'article 282 bis LECrim per cometre uns determinats delictes en el curs de la investigació ja que si no fos així aquesta tècnica d'investigació policial perdria tota credibilitat i possibilitat d'èxit degut a la dificultat que suposaria la infiltració en una organització criminal autora de delictes sense participar o cometre aquests per donar autenticitat a la identitat suposada.

Així doncs, l'agent encobert quedarà exempt de responsabilitat criminal per aquelles actuacions que realitzi durant la investigació policial, que siguin conseqüència necessària per la

---

33 Espanya. Llei Orgànica 12/1995, de 12 de desembre, de repressió del contraban. BOE núm. 297, 13-12-1995.

34 Gascón Inchausti, Fernando (2001). *Infiltración Policial...* op. cit. p. 6 (p. 273).

investigació i que no suposin una provocació del delictes. És a dir, si no es donés algun dels tres requisits, les actuacions de l'agent encobert perdrien tota validesa legal. Aquesta excepció a la llei inclosa en l'apartat cinquè d'aquest article suposa, citant paraules textuais de Fernando Gascón Inchausti, una “*norma penal substantiva que regula un supòsit especial de justificació*”. Les causes penals previstes al Codi Penal converteixen un fet típic en lícit ja que la antijuridicitat del fet queda desvirtuada per la presència d'una causa de justificació<sup>35</sup>. Tal com cita el mateix article, aquesta justificació requereix que el delictes comés sigui proporcional a la finalitat de la seva comissió i que en cap cas es tracti de la provocació d'un delictes. Sobre aquesta qüestió s'ha pronunciat la jurisprudència establint que els agents han d'actuar sempre dins l'àmbit de les funcions pròpies del seu càrrec, que el recurs a la força hagi estat racionalment necessari per tutelar els interessos públics (ponderació d'interessos) i la protecció dels quals tinguin legalment atribuïda, que l'actuació sigui proporcional i que existeixin causes de justificació de la comissió del fet típic<sup>36</sup>.

Pel que fa a la naturalesa d'aquesta causa d'exempció de responsabilitat criminal, ens trobem amb dos posicions doctrinals clarament diferenciades. Per una banda, trobem el sector que estableix que aquesta causa haurà de ser atribuïda a la causa general establerta en l'article 20.7 del Codi Penal (exercici legítim del càrrec) i per altra banda trobem el sector que considera que es tracta d'una causa amb caràcter especial circumscrita a l'actuació de l'agent encobert i disposada en la mateixa LECrim. En la primera posició doctrinal es troben defensors tals com Fernando Gascón Inchausti i José María Rifà Soler i en la segona posició doctrinal, l'autor Jacobo López Barja de Quirorga. Així, Gascón Inchausti considera que es tracta d'una exempció de responsabilitat penal en relació a conductes tipificades en el Codi Penal i que el fet que estigui ubicada en la LECrim té origen en la voluntat del legislador de delimitar així l'actuació de les autoritats quan utilitzen la figura de l'agent encobert. A més, opina que les repercussions penals d'aquest precepte són realment escasses perquè no està permetent la comissió de delictes per obtenir proves sinó que només estableix l'exempció de responsabilitat penal per aquelles conductes comeses com a integrant de l'organització criminal. Per tant, aquest article no estableix límits a la licitud o il·licitud de les proves sinó que estableix les condicions per permetre un trencament del principi de legalitat<sup>37</sup>. En aquest mateix ordre de coses Rifà Soler també considera que es tracta d'una exempció creada a partir de l'especificació d'una causa de justificació del Codi Penal, com seria l'article 20.7, que tracta de l'exempció atribuïda a aquells

35 Espinosa de los Monteros, Rocío Zafra (2012). “*El policia infiltrado...*op. cit. p. 7. (p. 398).

36 Sentència del Tribunal Suprem 1500/2004, de 5 de març, 7334/2002, de 5 de novembre de 2002 i 8929/2002, de 30 de setembre de 2002.

37 Gascón Inchausti, Fernando (2001). *Infiltración Policial...*op. cit. p. 6 (p. 276).

*La infiltració policial a la llum de la jurisprudència més recent*

que obren en compliment d'un deure o en l'exercici legítim d'un dret, ofici o càrrec<sup>38</sup>. En la posició contrària es troba l'autor López Barja de Quirorga qui considera que s'hauria de situar l'apartat cinquè de l'article 282 bis LECrim en el Codi Penal perquè no troba explicació suficient per justificar la seva presència en la LECrim al considerar aquesta exempció de responsabilitat una causa especial de exempció<sup>39</sup>.

Per tant, la naturalesa de l'exempció de responsabilitat de l'agent encobert pot radicar en una causa de justificació, eximint de responsabilitat al que infringeix la llei en compliment d'un deure o en l'exercici legítim d'un ofici o per trobar-se en estat de necessitat, o bé pot ser considerat una excusa absolutòria en virtut de raons de política criminal<sup>40</sup>. Sobre aquest aspecte es va pronunciar el Tribunal Suprem l'any 2014<sup>41</sup> senyalant que *“ha de tractar-se d'un membre de la policia judicial que, per resolució motivada, rebí una espècie d'autorització per transgredir la norma respecte d'alguns dels delictes que es relacionen en l'article 282 bis, una espècie d'excusa absolutòria impròpiament recollida en una norma processal. L'exempció de la responsabilitat criminal pels delictes que hagués pogut cometre l'agent encobert es refereix a aquells il·licits comesos i que siguin conseqüència directa de l'autorització per la que se li confereix la condició d'agent encobert”*. És a dir, s'ha de tractar d'un delictes comés en el marc de l'autorització que li concedeix la condició d'agent encobert i per tant, conseqüència de la seva actuació en aquest àmbit creant alhora un clar límit pel que a la utilització de la tècnica de la infiltració policial es refereix. Així, es tracta d'una causa de justificació que exclou l'antijuridicitat de la conducta de l'agent encobert, perquè encara que es donin tots els elements del tipus penal i per tant, s'estigui lesionant el bé jurídic protegit, no es considerarà que l'actuació és contrària a l'Ordenament Jurídic. En aquesta sentència el Tribunal Suprem estableix la seva postura pel que fa a la naturalesa de l'exempció de responsabilitat de l'agent encobert considerant que es tracta d'una *“excusa absolutòria impròpiament recollida en una norma processal”*, distanciant-se així de les dues postures comentades anteriorment i considerant la situació legal actual com a una opció de política criminal escollida pel legislador.

Tornant a l'apartat cinquè de l'article 282 bis de la LECrim, per tal que una conducta quedi justificada s'exigiran tres requisits: que sigui conseqüència necessària del desenvolupament de la investigació, que sigui proporcional amb la finalitat de la investigació i que no constitueixi una provocació del delictes. Per altra banda, aquest mateix article, permet que l'agent infiltrat realitzi una sèrie de conductes il·lícites: actuar amb una identitat suposada

38 Rifá Soler, José Maria (1999). *El agente encubierto o infiltrado en la nueva regulación de la LECrim*. Poder Judicial, núm. 55, pp. 157 i ss.

39 López Barja de Quirorga, Jacobo (1999). *El agente encubierto*. La Ley, núm. 4778, 20 d'abril de 1999.

40 Rodríguez Caro, María Victoria (2015). *La infiltración policial...* op. cit. p. 6.

41 Sentència del Tribunal Suprem 395/2014, de 13 de maig.

(utilitzant tots els documents necessaris falsificats), adquirir i transportar objectes, efectes i instruments del delictes (conductes tipificades al Codi Penal) i ajornar la confiscació dels mateixos (conducta que seria objecte de responsabilitat disciplinària per no complir les obligacions del càrrec). Tanmateix, aquestes conductes no suposen cap tipus de responsabilitat penal perquè el mateix legislador les autoritza en el cas de les infiltracions policials i perquè en el moment que l'òrgan judicial autoritza la infiltració policial és conscient que es cometran aquestes conductes i fa una valoració de proporcionalitat i necessitat considerant totes les circumstàncies del cas concret<sup>42</sup>. És a dir, són conductes considerades necessàries per la infiltració policial i proporcionals *a priori*, i tenint en compte el seu contingut, majoritàriament passiu i en forma d'omissió, s'exclou que constitueixin una provocació de delictes<sup>43</sup>. En conseqüència, l'apartat cinquè de l'article 282 bis LECrim serà aplicable a aquelles altres conductes que no estiguin previstes expressament en l'àmbit d'actuació de l'infiltrat (les conductes mencionades anteriorment) però que s'hauran de realitzar per guanyar-se la confiança dels integrants de l'organització criminal objecte de la investigació, per aparentar davant l'organització la integració de l'agent com si fos un membre més (les anomenades “proves de castedat<sup>44</sup>”) o bé perquè algun membre de l'organització criminal així ho hagi requerit. En

42 Espinosa de los Monteros, Rocío Zafra (2012). “*El policía infiltrado...*” op. cit. p. 7. (p. 405).

43 Rey Huidobro, Luis Fernando (1999). *El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales*. Valencia: Tirant lo Blanch.

44 Les proves de castedat, segons Nieves Sanz Mulas (2006), són aquelles actuacions, eminentment il·lícites, requerides per les organitzacions criminals per garantir la fidelitat de la persona que pretén entrar a formar part de l'organització criminal. En *El desafío de la criminalidad organizada*. Granada: Comares. P. 171. Aquestes proves poden tenir la finalitat de valorar les aptituds del nou membre o valorar la finalitat d'aquest nou membre sent diferents en cada organització criminal. Aquestes proves s'hauran de realitzar en qualsevol cas per formar part de l'organització criminal i per tant, també l'agent encobert les haurà de realitzar. Poden suposar la comissió d'una activitat no delictiva o la comissió d'un delictes. En relació a aquestes conductes delictives sorgeix el dubte de si són necessàries i proporcionals amb els fins de la investigació i quedant així incloses en l'exempció de responsabilitat. En aquest sentit, la comissió d'un delictes per part de les Forces i Cossos de Seguretat pot suposar un perill pels postulats bàsics de l'Estat de Dret ja que els agents de l'autoritat tenen l'obligació precisament de mantenir la seguretat pública. Per valorar la validesa d'aquestes actuacions en relació a un possible mal major, provocat per la no infiltració en l'organització criminal, s'ha de realitzar un examen dels diferents béns jurídics implicats, el bé jurídic afectat per la comissió i el bé jurídic que pugui salvar-se. En relació a aquesta necessitat de ponderació, el fiscal en cap de l'Audiència Nacional Javier Zaragoza Aguado considera que “no podem justificar que l'agent encobert posi en perill la vida o integritat física de terceres persones, pertanyents o no a l'organització criminal, amb la finalitat de satisfer l'interès públic o general de lluita contra el crim organitzat ja que no es pot permetre la utilització de mitjans il·lícits per aconseguir fins lícits”. En *Cuestiones penales y procesales relacionadas con la delincuencia organizada*. Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal, núm. 6 (1999). Queda clar doncs, que no es pot admetre que l'agent infiltrat pugui quedar exempt de responsabilitat criminal per aplicació de l'apartat cinquè de l'article 282 bis LECrim en cas que es vulnerin drets constitucionals però sí que serà considerada vàlida tota actuació que respecti aquests drets fonamentals. Aquesta afirmació té origen en la Sentència del Tribunal Suprem 975/2007, de 15 de novembre. En quant al valor probatori de les informacions obtingudes per l'agent encobert en els casos en què les actuacions delictives comeses per aquest hagin estat denunciades – pot donar-se el cas que no siguin denunciades i per tant, l'agent no en respondrà en cap cas – i s'hagi aplicat l'exempció de



aquest sentit, part de la doctrina ha considerat que l'exempció de responsabilitat criminal dependrà del bé jurídic protegit al tipus penal consumat per l'agent encobert. Així, l'autor Rifá Soler estableix que l'exempció de responsabilitat té el seu límit en la naturalesa dels il·lícits comesos<sup>45</sup>, sempre i quan la conducta sigui també proporcional respecte als perjudicis ocasionats. Tanmateix, el Tribunal Suprem l'any 2007<sup>46</sup>, va afirmar que “*la infiltració en una simulació que permet la llei, que autoritza l'ordenament jurídic per introduir-se en les organitzacions criminals, on l'agent ha de desenvolupar un paper que confongui als integrants d'aquesta organització i els permeti suposar que es tracta d'un d'ells*”. Llavors, si la llei permet aquesta situació, no podem comprendre que impedeixi qualsevol altre manera imaginària per aconseguir la infiltració (...) en conseqüència, respectant els drets fonamentals en la infiltració policial, qualsevol altre actuació que es realitzi per possibilitar la penetració en la trama organitzada, haurà de considerar-se legal”. És a dir, l'exempció de responsabilitat s'haurà d'aplicar a totes aquelles conductes que no estiguin expressament autoritzades per la LECrim i per aquelles que, encara que estiguin previstes per la LECrim, no han estat expressament consentits per l'òrgan judicial competent en autoritzar la infiltració policial, per entendre que no són necessàries per la finalitat de la investigació<sup>47</sup>.

Delimitant la responsabilitat penal en relació a les citades conductes excloses s'haurà de conèixer com s'apliquen els tres requisits mencionats en relació a l'exempció de responsabilitat penal de l'agent encobert. Per tant, per determinar si una conducta de l'agent encobert té o no conseqüències penals s'ha d'establir si es donen simultàniament aquests requisits. A continuació es realitzarà un anàlisi més detallat de cada una d'aquests tres requisits basat en l'obra de l'autor Fernando Gascón Inchausti<sup>48</sup>, recordant en tot moment que l'àmbit d'aplicació d'aquesta causa de justificació és subjectiu ja que només se'n poden beneficiar les persones que ostentin la

---

responsabilitat penal per donar-se els tres requisits, s'haurà de distingir si el delictes afecta al dret a la vida, integritat física o llibertat sexual o si afecta a drets patrimonials. A continuació, s'hauran de ponderar tots els béns jurídics en conflicte i només si el bé jurídic afectat i considerat de menys valor no afecta els drets fonamentals o als drets patrimonials, seran vàlides les informacions obtingudes per l'agent encobert en el procés penal. Així, segons l'autora Rocío Zafra Espinosa de los Monteros, “*quan l'agent infiltrat comet un il·lícit penal, que de l'examen de ponderació s'entén que és més greu que el que s'intenta protegir, tot el que hagi obtingut, com a conseqüència d'un delictes, no podrà ser utilitzat en el procés penal que es realitzi contra els integrants de l'organització, excepte que es demostrï que aquesta informació constitueix un supòsit de desconexió causal, és a dir, desconexió d'antijuridicitat entre la informació obtinguda i el delictes comés per l'infiltrat*”.

45 Rifá Soler, José Maria (1999). *El agente encubierto o infiltrado*...op. cit. p. 23.

46 Sentència del Tribunal Suprem 975/2007, de 15 de novembre.

47 Espinosa de los Monteros, Rocío Zafra (2012). “*El policía infiltrado*...op. cit. p. 4. (p. 405). En aquest punt de l'anàlisi, l'autora apunta que la causa de justificació de l'apartat cinquè de l'article 282 bis LECrim té caràcter especial ja que aquesta clàusula d'excepció no impedeix que puguin ser aplicables altres causes previstes en el Codi Penal (legítima defensa, estat de necessitat, por insuperable...), sempre i quan es donin els pressupostos necessaris per aplicar-se.

48 Gascón Inchausti, Fernando (2001). *Infiltración Policial*...op. cit. p. 6 (p. 278).

condició d'“agent encobert”, excloent així els membres de les organitzacions criminals que hagin participat en les conductes delictives i els policies que no compleixin els requisits legals o els particulars que participin amb la Policia.

En primer lloc, la conseqüència necessària del desenvolupament de les investigacions s'interpreta com la necessitat de cometre les conductes delictives per salvaguardar i garantir l'èxit de la investigació policial. És a dir, la necessitat d'unes determinades conductes per així mantenir la identitat suposada de l'agent infiltrat, per aconseguir l'entrada i permanència en l'organització criminal o establir i mantenir contactes amb determinades fonts d'obtenció d'informació i proves. La valoració d'aquesta necessitat s'ha de realitzar *ex ante* perquè si es fes *a posteriori* l'agent encobert no tindria cap seguretat d'estar actuant adequadament, de tal manera que aquesta valoració sempre es faria una vegada conegudes les conseqüències i repercussions de la conducta. Per tant, “*l'examen sobre la necessitat de l'actuació ha de realitzar-se ex ante, el que significa que encara que un examen ex post demostrés la falta de necessitat de l'actuació, no per això s'ha de deixar d'aplicar l'exempció si un examen ex ante havia posat de manifest que la conclusió sobre la necessitat de realitzar l'actuació en qüestió era encertada*”<sup>49</sup>.

En segon lloc, l'exigència de proporcionalitat estableix la necessitat de consentir únicament una conducta il·lícita quan el resultat compensi els perjudicis que suposa. S'està limitant d'aquesta manera la necessitat de la conducta ja que només serà vàlida si a més de necessària, és també proporcional. Així, aquest requisit també suposa que no es podrà cometre en cap cas un delictes més greu que el delictes objecte de la investigació policial. També la valoració de proporcionalitat s'haurà de realitzar *ex ante*.

Finalment, en tercer lloc, la prohibició que les conductes delictives provoquin un delictes és en realitat un límit més de proporcionalitat i necessitat ja que suposa que la provocació d'un delictes és un excés intolerable perquè l'objecte de les investigacions de l'agent encobert són delictes ja comesos o de tracte successiu. L'objectiu d'aquest precepte legal, segons Gascón, és evitar que l'agent infiltrat assumeixi un paper especialment actiu i protagonista en el sí de l'organització criminal. S'evitaria així la inducció a cometre delictes, malgrat que aquesta inducció tingui com a objectiu obtenir proves en relació al delictes induït, a més d'impedir que l'agent encobert assumeixi l'autoria intel·lectual de la planificació d'activitats delictives no previstes de forma autònoma pels subjectes objecte de la investigació.

En relació a aquest últim requisit és convenient posar de manifest la figura del “delictes

---

49 López Barja de Quirorga, Jacobo (1999). *El agente...* op. cit. p. 23.

provocat”, que ha estat delimitada l'any 2003 pel Tribunal Suprem<sup>50</sup>, establint que *“el delictes provocat apareix quan la voluntat de delinquir sorgeix en el subjecte, no per la seva pròpia i lliure decisió, sinó com a conseqüència de l'activitat d'una altra persona, generalment un agent o un col·laborador dels Cossos i Forces de Seguretat que, guiat per la intenció de detenir als sospitosos o de facilitar la seva detenció, provoca a través de la seva actuació enganyosa l'execució d'una conducta delictiva que no havia estat plantejada ni decidida pel subjecte i que d'una altra manera no hagués realitzat, adoptant a temps les mesures de precaució necessàries per evitar l'efectiva lesió o posada en perill del bé jurídic protegit”*. Aquesta figura és objecte de discussió en un gran nombre de sentències degut a que les defenses utilitzen en moltes ocasions l'argument de la provocació del delictes per intentar absoldre als acusats, perquè tal com va establir el mateix tribunal l'any 2013<sup>51</sup>, *“en aquests casos, per tant, a més de la infracció dels principis constitucionals, no pot establir-se que existeixi infracció criminal més enllà de l'aparença, ja que no s'aprecia risc pel bé jurídic, com a conseqüència de l'absolut control que sobre els fets i les seves eventuais conseqüències tenen els agents de l'autoritat encarregats, precisament, de garantir la protecció d'aquells béns”*. La delimitació d'aquesta figura és, com ja s'ha comentat i com s'analitzarà més endavant en aquest treball, objecte d'un gran nombre de sentències ja que en ocasions és molt conflictiu establir el límit d'aquesta figura, també respecte altres figures, i per tant, és dubtosa la legalitat de les actuacions realitzades per l'agent encobert. És també important destacar en relació al “delictes provocat” que, teòricament, no és una figura connectada o relacionada amb “l'agent provocador”, objecte d'estudi del següent apartat, sinó que és la conseqüència de les actuacions d'un agent, ja sigui encobert o provocador, en quant als delictes comesos pels membres de les organitzacions criminals en aquests casos no seran considerats punibles. Tanmateix, hi ha un gran nombre de sentències que sí atribueixen l'autoria dels delictes provocats als “agents provocadors”, tal com es veurà més endavant.

### 2.3 Agent provocador

Una vegada realitzat un estudi més detallat de la figura de l'agent encobert, és convenient definir la figura coneguda com a “agent provocador” per així veure les diferències entre un i altre<sup>52</sup>.

50 Sentència del Tribunal Suprem 848/2003, de 13 de juny.

51 Sentència del Tribunal Suprem 575/2013, de 28 de juny.

52 L'“agent encobert” és diferenciat per la majoria d'autors d'altres figures, com el penedit, el confident, el denunciador anònim o els agents secrets del Centre Nacional d'Intel·ligència (CNI) perquè existeixen característiques que poden provocar aquesta confusió. En aquest treball és d'interès la diferenciació entre l'agent encobert i l'agent provocador i és per això que respecte les altres figures només es

*La infiltració policial a la llum de la jurisprudència més recent*

Com s'ha vist fins ara, l'agent encobert és una persona física, amb condició de policia, que actua mitjançant la utilització del doble engany respecte la seva identitat real i la seva condició de policia, per així infiltrar-se en les organitzacions criminals objecte d'investigació policial.

En quan a l'agent provocador, estem davant d'una figura de construcció jurisprudencial perquè no disposa de regulació legal en el nostre ordenament jurídic actual. Es tracta, de manera simplificada, d'un agent de l'autoritat que té un sospita o coneixement de la realització d'actuacions delictives i que s'infiltra entre els sospitosos utilitzant una personalitat suposada, que no identitat suposada, per obtenir informació que permeti sancionar el delicte. És a dir, la seva finalitat és la comprovació d'una conducta delictiva ja realitzada obtenint informació que confirmi les sospites<sup>53</sup>. Aquesta infiltració, que serà en tot cas de curta durada<sup>54</sup>, és considerada una infiltració pública ja que és duta a terme per agents de l'autoritat o per particulars sota la supervisió de l'autoritat pública, amb la finalitat de protegir l'interès públic, ja sigui de caràcter repressiu o preventiu. Els agents que duen a terme les infiltracions de curta durada, segons el Tribunal Suprem, reben el nom d'"agents provocadors" perquè "provoquen" que el sospitós realitzi determinades conductes que rebel·len un delicte ja comés, majoritàriament la tinença de drogues destinada al tràfic. Aquesta conducta és admissible com a tècnica d'investigació delictiva ja que la provocació és en relació a la prova del delicte i no al delicte en sí<sup>55</sup>. Malgrat

---

presentarà una breu definició. El penedit és una persona que havia format part d'una organització criminal però que es converteix en col·laborador de la justícia per penedir-se de la seva participació en actuacions delictives. Aquesta figura es dona majoritàriament en casos de tràfic de drogues i terrorisme i és una eina molt útil per les autoritats per obtenir informació sobre l'organització criminal i així iniciar una infiltració sobrevinguda basada en el principi de l'oportunitat criminal. La persona col·laboradora, a canvi, rep protecció i beneficis en quan a la pena aplicable a les actuacions delictives que hagi pogut realitzar en el passat. Igual que el penedit, el confident també és un particular col·laborador amb la justícia que proporciona informació sobre les actuacions d'organitzacions criminals de les qual té coneixement. Per tant, normalment no en forma part però per diferents raons disposa d'informació valuosa per les autoritats i està disposat a col·laborar amb aquestes. Finalment, i també de forma molt breu, els agents secrets pertanyent al Centre Nacional d'Intel·ligència, que és un organisme encarregat de conèixer i informar al Govern dels assumptes que poden afectar la seguretat, estabilitat i defensa de l'Estat. La seva finalitat és l'obtenció d'informació, anàlisi d'aquestes i comunicació als òrgans de Govern perquè aquests puguin prendre les decisions convenients. Així doncs, no tenen la condició de Policia Judicial i per tant, no poden realitzar investigacions sobre fets delictius sinó que ho hauran de comunicar a l'òrgan competent perquè aquest actuï. Existeix interessant literatura sobre les diferències d'aquestes figures respecte a l'agent encobert però com ja s'ha comentat, no és objecte d'aquest treball.

53 Sentència del Tribunal Suprem 4287/2002, de 12 de juny de 2002 i 6197/2004, de 5 d'octubre.

54 Recordem que les infiltracions policials de curta durada són aquelles en què els agents de l'autoritat oculten la seva condició de policia, en un moment determinat i concret, per tenir un cert contacte amb una persona sospitosa d'haver comés un delicte i així obtenir informació sobre aquest. No es requereix en aquests casos una identitat suposada sinó únicament l'ocultació de la condició de policia de l'agent per així interactuar amb la persona sospitosa realitzant algun tipus de negoci o transacció, majoritàriament en relació al tràfic de drogues, per evidenciar la comissió del fet delictiu.

55 Gascón Inchausti, Fernando (2001). *Infiltración Policial...* op. cit. p. 6 (p. 29).

que l'Alt Tribunal justifiqui la denominació dels agents provocadors és una realitat que aquest nom porta fàcilment a confusions ja que pot semblar que es tracta del subjecte actiu dels delictes provocats i certament existeixen un gran nombre de sentències que equiparen aquesta figura al subjecte actiu dels “delictes provocats”<sup>56</sup>. La provocació delictiva no té atribuïda cap tipus d'eficàcia com a tècnica d'investigació penal i està totalment prohibida per atemptar contra els principis inspiradors de l'Estat de Dret. L'Estat no pot utilitzar mitjans il·lícits, provocant una intenció de delinquir que no existia prèviament permetent així el càstig d'aquesta persona, i per això tot el material obtingut en les investigacions esdevindrà nul. A més, el subjecte provocat gaudirà d'impunitat absoluta ja que no existeix intenció criminal, ni infracció penal verdadera ni culpabilitat o tipicitat per haver provocat l'agent la intenció de delinquir. Pel que fa al subjecte provocador, també quedarà absolt, malgrat que la instigació a la comissió d'un delicte està tipificat en el Codi Penal, en concret a l'article 28. En aquest precepte es requereix un doble dol: la voluntat de crear el propòsit delictiu i la voluntat de consumació del delicte. En els casos dels agents d'autoritat que provoquen un delicte no existeix la intenció de la consumació del delicte sinó que l'agent controla la situació i pretén la detenció i posada a disposició de la justícia del subjecte provocat. És a dir, la provocació delictiva pot ser obra tant d'agents encoberts com d'agents provocadors que actuïn més enllà del marc legal i jurisprudencial establert perquè la provocació del delicte en el cas de l'agent encobert està clarament prohibida en l'apartat cinquè de l'article 282 bis LECrim i en el cas de l'agent provocador per la jurisprudència.

Tornant a la figura de l'agent provocador, es tracta d'una figura habitual en les pràctiques policials, que actua en el marc de les infiltracions policials de curta durada, en relació a delictes de tracte successiu, utilitzant un doble engany en tant en quant no es rebel·la la condició de policia ni les intencions reals dels seus actes. Aquestes actuacions tindran com a objecte delictes de tracte successiu sense que es produeixi l'entrada de l'agent en el sí de les organitzacions criminals<sup>57</sup>, tampoc es requereix cap autorització per part d'algun òrgan en concret ja que es tracta d'una praxis policial habitual i es poden desenvolupar tant en forma d'investigació preliminar realitzada per la policia, com en la fase d'investigació d'un procés penal ja iniciat. Així doncs, la informació i proves obtingudes en el transcurs de la infiltració són vàlides i poden ser utilitzades en el judici oral per trencar la presumpció d'innocència perquè

56 Sentència del Tribunal Europeu de Drets Humans 2008/7, de 5 de febrer, sentència de l'Audiència Nacional 53/2010, de 5 de juliol, sentència del Tribunal Europeu dels Drets Humans 2011/26, de 1 de març i sentència del Tribunal Suprem 406/2012, de 7 de maig.

57 Serien delictes objecte d'aquesta tècnica d'investigació policial el tràfic de drogues, d'armes, flora i fauna però també, com indica Manuel López García, en casos d'intrusisme professional, contra la propietat intel·lectual, de contraban, robatoris, prostitució, suborns o receptació. En *Agente encubierto y agente provocador, ¿dos figuras incompatibles?* (2003) La Ley. Revista jurídica Española, núm. 4. p. 1504.

segons la jurisprudència, és una forma d'investigació que no vulnera cap dret fonamental<sup>58</sup>.

En conclusió, l'actuació pròpia dels agents provocadors es caracteritza per utilitzar mitjans enganyosos, fingint intencions irrealment, per descobrir un delictes comés amb anterioritat. La infiltració que es duu a terme està dins dels límits establerts per la Constitució ja que suposa el compliment de l'obligació d'esbrinar els delictes i descobrir i assegurar els presumptes delinqüents. L'agent provocador no disposa de regulació legal pròpia ja que la seva creació és conseqüència de la jurisprudència. Tanmateix, com s'expressarà a continuació, és la mateixa jurisprudència la que en diverses ocasions ha intentat equiparar la figura de l'agent provocador amb la figura de l'agent encobert.

---

58 Gascón Inchausti, Fernando (2001). *Infiltración Policial...* op. cit. p. 6 (p. 173).

### **3 PUNTS CONFLICTIUS EN LA JURISPRUDÈNCIA MÉS RECENT EN RELACIÓ A LA DISTINCIÓ DE L'AGENT ENCOBERT RESPECTE L'AGENT PROVOCADOR I LA DELIMITACIÓ DEL DELICTE PROVOCAT**

**C**om s'ha anunciat en la introducció i en l'apartat anterior, a continuació es realitzarà un anàlisi crític de la jurisprudència més recent sobre dos dels aspectes més conflictius relacionats amb l'agent encobert. En primer lloc es treballarà la distinció, o equiparació, per part de la jurisprudència entre l'agent encobert, l'agent provocador i l'agent que provoca un delicte. En segon lloc, i molt estretament relacionat amb la primera qüestió, s'estudiaran els límits del delicte provocat i la seva relació amb l'agent encobert i/o agent provocador.

#### **3.1 Agent encobert i agent provocador**

L'agent encobert, de forma simplificada, és el subjecte actiu que realitza una investigació policial per infiltrar-se en el sí d'una organització criminal per tal d'obtenir informació i proves per desmantellar aquest crim organitzat. És una figura creada pel legislador a l'article 282 bis LECrim, que requereix que l'agent disposi de la condició de Policia Judicial i una autorització expressa d'un jutge per gaudir d'una identitat suposada permetent així que actuï utilitzant per una banda l'engany en quant a la seva identitat i condició real i per l'altre, la seva intenció real en sí de l'organització criminal. És a dir, és una tècnica d'investigació policial amb un clar marc d'actuació establert en la llei. Pel que fa a l'agent provocador, la situació, segons la doctrina plasmada anteriorment, és ben diferent. Es tracta d'una figura resultant de la construcció jurisprudencial que habitualment forma part de l'actuació diària dels cossos policials (no requereix autorització prèvia), i de forma puntual dels processos penals (sota la direcció del Ministeri Fiscal però sense autorització prèvia), que bàsicament es centra en la investigació dels delictes de tracte successiu. És una tècnica d'investigació de curta durada, duta a terme per una persona que no sempre ha de tenir la condició de policia, que utilitza també un doble engany. Aquest engany consisteix per una banda en l'ocultació de la condició de policia i per altre, de les intencions reals. Són actuacions espontànies, que no suposen cap infiltració en el sí d'una organització criminal sinó que busquen obtenir proves que confirmen sospites sobre actuacions possiblement delictives i per això no es requereix cap identitat suposada ja que la situació no acostuma a requerir-la. Així doncs, segons plasmen els principals autors consultats pel desenvolupament d'aquest treball, es tracta d'una pràctica policial habitual que no disposa de

*La infiltració policial a la llum de la jurisprudència més recent*

regulació legal sinó únicament jurisprudencial, que té també una finalitat de protecció d'un interès públic, sigui de caràcter repressiu o preventiu, actuant en el marc d'una infiltració pública però que no actuen ni en el mateix moment ni té el mateix objecte i ni tant sols disposa de les mateixes garanties legals que l'agent encobert. Adoptant un punt de vista crític, ens sorgeixen les següents preguntes: Quina diferència existeix entre aquestes dues figures segons la jurisprudència? S'atribueixen els efectes legals de l'agent encobert a les actuacions de l'agent provocador? Es tracta d'un problema terminològic?

A continuació, tenint present aquestes qüestions, es plasmarà la situació jurisprudencial en ordre cronològic.

Sentència del Tribunal Suprem 626/1999, de 3 de febrer

Malgrat no tractar-se d'una sentència recent és un bon exemple per iniciar aquest estudi disposant així d'una mostra dels canvis jurisprudencials en les últimes dècades. En aquesta sentència es plasma una clara distinció entre el subjecte que provoca un delictes i l'actuació d'un agent provocador. D'aquest últim, de forma literal, l'Alt Tribunal estableix que es tracta de *“la conducta que, sense conculcar legalitat alguna, s'encamina al descobriment de delictes ja comesos, generalment de tracte successiu com acostumen a ser els de tràfic de drogues, perquè en aquests casos els agents no busquen la comissió del delictes sinó els mitjans, les formes o els canals pels que aquest tràfic il·lícit es desenvolupa, és a dir, es pretén l'obtenció de proves en relació a alguna activitat criminal que ja s'està produint però de la que únicament se'n tenen sospites”*.

Ens trobem, doncs, davant d'una posició molt similar a la doctrina defensada per la majoria dels autors coneixedors d'aquest tema, ja que el tribunal, malgrat considerar que es tracta d'una “conducta” i no d'una tècnica d'investigació policial, estableix en aquesta sentència les característiques bàsiques, permetent establir una diferència amb l'agent que provoca un delictes i l'agent encobert. Tanmateix, el tribunal no es pronuncia de forma expressa sobre la possible diferència entre l'agent encobert i l'agent provocador.

Sentència del Tribunal Suprem 5/2009, de 8 de gener

La sentència aquí mencionada comporta certa confusió sobre aquest tema ja que per una banda insinua que l'agent provocador és l'agent que prova un delictes però després defineix l'agent provocador com una possible forma d'actuar d'un agent encobert.



*La infiltració policial a la llum de la jurisprudència més recent*

En un primer moment, el tribunal rebutja taxativament la provocació de delictes per part d'agents utilitzant el terme “agent incitador” per després diferenciar aquesta conducta de l'actuació dels agents en relació als delictes de tracte successiu, citant literalment el paràgraf utilitzat en aquest treball provinent de la sentència comentada anteriorment de l'any 1999<sup>59</sup> però sense mencionar el concepte “agent provocador”. A continuació, el Tribunal conclou que *“en el primer cas (fent referència als dos conceptes diferenciats anteriorment) no es dona en l'acusat una sobirana i lliure decisió per cometre el delicte. En el segon supòsit la decisió criminal és lliure i neix espontàniament. Conseqüentment només és possible parlar d'agent provocador quan la intervenció té lloc abans que els possibles autors hagin començat la preparació del fet punible. Per contra, quan la preparació per la comissió del delicte ja ha començat, i la policia té sospites fundades de què així és, no existeix ja una provocació en el sentit de la inducció de l'article 28.a) del Codi Penal, donat que els autors ja tenen decidida la comissió del delicte i per tant, ja no és possible crear el dol en els autors, ja que aquests ja estan actuant amb dol.”*

Així doncs, en aquest cas el Tribunal adopta la postura de diferenciar entre els delictes provocats i les actuacions policials de curta durada que pretenen el descobriment de delictes ja comesos, quelcom que la doctrina considera que es tracta de l'actuació dels agents provocadors, malgrat que alhora atribueixi a l'agent provocador l'autoria dels delictes provocats. És a dir, els agents provocadors provoquen els delictes provocats i les investigacions de curta durada seran simplement actuacions policials previstes pel descobriment de delictes de tracte successiu ja comesos. És precisament amb la redacció d'aquesta afirmació que podem veure una vegada més com d'enrevessat és l'anàlisi d'aquesta qüestió amb una terminologia tant confusa.

Sentència de l'Audiència Nacional 53/2010, de 5 de juliol

La primera qüestió destacable d'aquesta sentència és la introducció d'una nova figura en aquest context policial, que no està ni definida ni especificada ni sembla aparèixer en cap sentència anterior o posterior. Aquesta és l'anomenat “subagent camuflat” i és introduït en la sentència literalment quan expressa que *“el dilema que es planteja en aquest context és si l'acusat va actuar com a agent provocador o com a subagent camuflat (una figura informal que podríem situar entre el provocador i l'agent encobert)”*.

La sentència no fa més referència a aquesta nova figura i per tant, s'entén que no té més importància ni rellevància, malgrat que la seva menció afavoreix encara més a la confusió ja existent. A més, aquesta sentència reflecteix una posició diferent a la de la doctrina mencionada

---

59 Sentència del Tribunal Suprem 626/1999, de 3 de febrer.

*La infiltració policial a la llum de la jurisprudència més recent*

en aquest treball, considerant que l'agent provocador és l'agent encobert que incita un delictes, malgrat que en el paràgraf citat anteriorment les diferencia, considerant el subagent camuflat una figura entre l'agent provocar i l'agent encobert –amb el benentès que només podem parlar de dues figures diferents si aquestes realment són diferents–. Així, el tribunal acaba amb la diferenciació estipulada fins aquest moment entre aquestes dues figures i les equipara considerant que l'agent provocador és la conseqüència de la provocació d'un delictes per part d'un agent encobert. Concretament, la sentència senyala que *“des del punt de vista penal el delictes provocat requereix que la provocació –una conseqüència de la instigació o inducció– parteixi de l'agent provocador, de manera que s'inciti a cometre un delictes a qui no tenia prèviament aquest propòsit, sorgint així en l'agent tot l'iter criminis, des de la fase de la ideació o deliberació a la d'execució, com a conseqüència de la iniciativa i comportament del provocador, que és per això la verdadera causa de tota l'activitat criminal, que neix viciada, ja que no podrà arribar mai a perfeccionar-se, per la ja prevista ab initio intervenció policial”*.

Per tant, el tribunal confirma així el canvi jurisprudencial iniciat en la STS 5/2009, de 8 de gener afirmant, doncs, que l'agent provocador és aquell agent encobert que incita un delictes malgrat deixar el dubte sobre la figura anomenada “subagent camuflat”.

Sentència del Tribunal Europeu dels Drets Humans 2011/26, de 1 de març

Aquesta sentència aplicable a nivell europeu proporciona una base clara en relació a l'agent encobert establint la mateixa línia argumentativa que la sentència anterior. Concretament, el tribunal ho expressa de la següent manera: *“aquests elements amplien el paper de la policia més enllà del d'agents encoberts fins a convertir-los en “agents provocadors”. No es van limitar a “implicar-se” en un delictes que ja estava en curs: en les circumstàncies del present cas, també van instigar a la comissió del delictes per part del demandant”*.

Per tant, el Tribunal confirma que “agent provocador” és el nom que s'utilitzarà per fer referència als agents provocadors que hagin incorregut en la prohibició de provocar un delictes. Per tant, sembla que l'“agent provocador” en el sentit que la doctrina l'ha vingut definint ha quedat en desús i reduït a una “conducta dels agents encoberts” permetent que el nom s'utilitzi en la forma que sembla més lògica, que és en relació als delictes provocats.

Sentència del Tribunal Suprem 406/2012, de 7 de maig

Finalment, una de les sentències més recents del Tribunal Suprem sobre el mateix punt

controvertit crea certa confusió perquè no resolts en la mateixa línia que les dues sentències comentades amb anterioritat. En un primer moment, citant una sentència del mateix tribunal<sup>60</sup>, afirma que *“perquè existeixi el delicte provocat és exigible que la provocació -en realitat, una forma d'instigació o inducció- parteixi de l'agent provocador, de tal manera que s'inciti a cometre un delicte a qui no tenia prèviament tal propòsit”* declarant-se favorable a la direcció jurisdiccional marcada per l'Audiència Nacional i el Tribunal Europeu dels Drets Humans. Tanmateix, en el següent paràgraf de la mateixa sentència, el tribunal cita una altra sentència<sup>61</sup> del mateix tribunal, establint que *“no existeix delicte provocat quan els agents de l'autoritat sospiten o saben de l'existència d'una activitat delictiva i s'infiltrin entre aquells que la porten a terme, en busca d'informació o proves que permetin impedir o sancionar el delicte. En aquestes ocasions, la decisió de delinquir ja ha sorgit fermament en el subjecte amb independència de l'agent provocador, que, camuflat sota una personalitat suposada, es limita a comprovar l'actuació del delinqüent i inclús a realitzar algunes activitats de col·laboració amb el mateix, en l'actualitat regulades, des de l'entrada en vigor de la Llei Orgànica 5/1999, de 13 de gener, en l'article 282 bis de la Llei d'Enjudiciament Criminal, que es refereix concretament a adquirir i transportar els objectes, instruments o efectes del delicte”*.

Per tant, el tribunal canvia de direcció jurisprudencial considerant que efectivament l'agent provocador és aquell que investiga els delictes de curta durada i no és, per tant, el subjecte actiu dels delictes provocats. Tanmateix, segueix més patent que mai la difícil diferenciació entre agent encobert i agent provocador ja que malgrat existir una clara definició de cada una de les figures, aquí sembla diferenciar-les i confondre-les alhora perquè defineix agent provocador en la línia que ho fa la doctrina alhora que sembla aplicar a aquesta figura jurisdiccional l'article 282 bis LECrim, específicament creat pels agents encoberts.

### **3.2 Delicte provocat**

En el cas del delicte provocat l'anàlisi sencer es basarà en les sentències que es presentaran a continuació ja que aquestes són molt detallades i explicatives, no essent necessària una introducció sobre el concepte “delicte provocat”. S'iniciarà l'apartat presentant la mateixa sentència de l'any 1999 que s'ha presentat en relació a l'agent provocador per així tenir una referència per entendre l'evolució, o no, jurisdiccional sobre aquest tema.

---

60 Sentència del Tribunal Suprem 1992/1993, de 15 de setembre.

61 Sentència del Tribunal Suprem 1114/2002, de 12 de juny.

Sentència del Tribunal Suprem 626/1999, de 3 de febrer

Ja l'any 1999 es va determinar una clara línia jurisdiccional sobre el concepte “delicte provocat”, deixant clar que el Tribunal decideix en sintonia amb la llei, interpretant el concepte de la forma més literal possible. Així, el Tribunal determina que *“per delicte provocat s'entén aquell que arriba a realitzar-se en virtut de la inducció enganyosa d'una determinada persona, generalment membre de les Forces de Seguretat que, desitjant la detenció de sospitosos, incita a perpetrar la infracció a qui no tenia prèviament aquest propòsit, originant així el naixement d'una voluntat criminal en un supòsit concret, delicte que de no ser per la provocació no s'hagués produït encara que la seva completa execució resulti pràcticament impossible per la prevista intervenció “ab initio” de la força policial. Aquesta forma de procedir lesiona els principis inspiradors de l'Estat democràtic i de Dret i desconeix el principi de legalitat i d'interdicció de l'arbitrarietat dels Poders Públics, inclosos en l'article 9.3 de la Constitució”*.

Cal destacar d'aquest pronunciament la claredat presentada pel Tribunal pel que fa a la definició d'aquest concepte, mostrant un clar rebuig a aquesta pràctica però destacant la possibilitat del fet que no només siguin membres de les Forces de Seguretat els que actuïn com a provocadors.

Sentència del Tribunal Europeu dels Drets Humans 2008/7, de 5 de febrer

*“L'activitat dels dos policies no s'havia limitat a “examinar d'una manera purament passiva l'activitat delictiva del senyor X sinó que van exercir influència susceptible d'incitar a cometre un delicte”. Es conclou que l'activitat dels policies havia sobrepassat els límits de la infiltració, ja que van provocar el delicte quan res indicava que, sense la seva intervenció, aquest s'hauria comés”*. En aquesta sentència, el Tribunal Europeu dels Drets Humans requereix de forma positiva que l'activitat dels agents encoberts consisteixi en “examinar d'una manera purament passiva l'activitat delictiva”, prohibint d'aquesta manera la col·laboració activa. A més, es considera que per determinar si una activitat policial ha suposat la provocació d'un delicte s'ha d'analitzar si existeixen indicis sobre la possibilitat d'haver-se comés el delicte sense la intervenció dels agents. Per tant, s'està establint així un primer element a tenir en compte en el moment de valorar l'existència o no d'un delicte passiu.

El Tribunal, a més, realitza el següent anàlisi: *“no existien sospites objectives segons les quals el demandant hauria estat implicat en alguna activitat criminal. Tampoc existien proves susceptibles de suportar la teoria del Govern segons la qual el demandant era propens a cometre delictes. Al contrari, sent una persona desconeguda per la policia i en absència de*

*La infiltració policial a la llum de la jurisprudència més recent*

*droga quan els policies n'hi van demanar, ell només va poder oferir-los el contacte d'un conegut que sí venia droga. Encara que el senyor X estigués potencialment disposat a cometre un delictes, cap element objectiu prova que hagués posat en marxa una activitat delictiva anterior a la intervenció de les forces de l'ordre”.*

Tal com es pot comprovar, el més destacable d'aquesta sentència és el detall amb què es relaten les circumstàncies que envolten els fets per valorar l'efectiva existència de proves que de forma objectiva demostrassin que la persona hagués pogut estar implicada en una conducta criminal abans de la intervenció dels policies. De fet, el Tribunal va més enllà remarcant que encara que la persona estigués disposada a cometre un delictes, es requereixen elements objectius que demostrin que l'activitat delictiva ja havia estat iniciada. Es pot entendre doncs, que encara que hi haguessin elements objectius que apuntessin a una implicació de la persona en activitats delictives, si el delictes concret objecte de debat no ha estat iniciat amb anterioritat a la intervenció dels agents no podrà ser castigat legalment per tractar-se d'un delictes provocat.

Es confirma doncs la línia jurisprudencial iniciada pel Tribunal Suprem l'any 1999, que requereix elements objectius que demostrin que l'activitat delictiva en concret ja havia estat iniciada en el moment de realitzar-se l'actuació policial. És a dir, es requereixen indicis que demostrin que l'investigat hauria comés el delictes encara que els agents no haguessin intervingut.

Sentència del Tribunal Suprem 5/2009, de 8 de gener

En aquesta sentència el Tribunal reafirma la conclusió extreta de la sentència anterior, assenyalant que *“només es pot parlar de delictes provocat quan la intervenció de l'agent tingui lloc abans que els possibles autors hagin començat la preparació del fet punible; per contra, quan la preparació del delictes ja ha començat, i la Policia en té sospites fundades, no existeix ja provocació en el sentit (inducció directe) de l'article 28.a) del Codi Penal, ni de l'article 18.1 del Codi Penal (incitació a la perpetració del delictes)”*.

És a dir, per poder parlar de delictes provocat en cap cas pot haver-se iniciat la perpetració del fet punible, perquè la mera sospita del seu inici és suficient per descartar la provocació, acceptant així la necessitat d'elements objectius que demostrin aquest inici, com es comentava en les sentències anteriors. Tanmateix, es podria posar en dubte la possibilitat que meres sospites siguin elements objectius.

A continuació d'aquesta apreciació, el Tribunal resumeix la coneguda doctrina de la

*La infiltració policial a la llum de la jurisprudència més recent*

Sala sobre aquesta matèria destacant que “segons la mateixa, quan hi ha una actuació policial que provoca en un subjecte una voluntat de delinquir, ha de ser absolt per considerar-se il·legítima aquesta actuació d'uns funcionaris públics que s'han excedit en l'exercici de les seves funcions i han originat una intenció en el ciutadà que no tenia abans. Però aquesta mateixa doctrina s'encarrega de delimitar aquests supòsits d'exempció de responsabilitat penal per diferenciar-los d'aquells altres en què l'operació policial no és l'origen d'una voluntat criminal abans inexistent sinó que només serveix per esbrinar i provar l'existència d'infraccions penals ja comeses o que s'estan cometent amb independència de l'actuació dels agents públics. En aquests casos, aquests funcionaris es limiten a complir amb els deures legals d'esbrinar el delicte i perseguir la delinqüència”.

S'està destacant en aquest paràgraf la conseqüència de la provocació delictiva deixant clar que és una conducta que en cap cas es permetrà i que sempre que sigui provat que s'hagi produït, s'absoldran de tots els càrrecs a les persones acusades.

Sentència del Tribunal Suprem 104/2011, de 1 de març

Aquesta sentència és d'interessant anàlisi ja que posa de manifest l'existència de tres elements clarament determinats en el sí dels delictes provocats. La Sala ho explica de la següent manera: “La provocació delictiva o mediació enganyosa, que suposa inferir en una altra persona el dol de delinquir i quan això es fa amb la col·laboració policial -es diu en la STS 1166/2009 de 19.11 –es produeix l'efecte pervers que la policia lluny de prevenir el delicte, instiga la seva comissió –element subjectiu –encara que sense posar en perill cap bé jurídic, ja que l'objectiu és la detenció del provocat –element objectiu–, tota l'operació està sota el control policial així que no hi ha tipicitat ni culpabilitat, ja que els agents de l'autoritat tenen un control absolut sobre els fets i les seves eventuais conseqüències – l'element material–, sent aquests tres elements els que formen el delicte provocat, figura que com també s'ha dit per aquesta Sala és diferent de l'activitat de l'agent encobert, regulada en l'article 282 bis LECrim”.

En conclusió, el delicte provocat disposa de tres elements que es requeriran simultàniament per poder considerar provada la provocació delictiva.

Sentència del Tribunal Suprem 406/2012, de 7 de maig

Aquesta sentència, per concloure sobre la qüestió concreta es remet a una altra sentència

*La infiltració policial a la llum de la jurisprudència més recent*

del mateix Tribunal de l'any 1993<sup>62</sup>, reproduint literalment el següent fragment: *“una altra cosa és el supòsit en el que un autor ha resolt cometre el delictes i és ell qui espera o busca a terceres persones perquè l'executin o esgotin, oferint-se els agents de l'autoritat per fer-ho en aquest cas, infiltrats com a persones normals i fins i tot simulant ser delinqüents, com a tècnica hàbil per descobrir a qui està delinquent o es proposa fer-ho, exercint en el seu cas les funcions que els atorga l'art. 282 LECrim. En aquest cas el delictes arrenca d'una ideació criminal que sorgeix lliurement en la intel·ligència i voluntat de l'autor i es desenvolupa conforme a aquella ideació fins que la intervenció policial es creua, de tal forma que tots els actes previs a aquesta intervenció policial són vàlids per tenir els efectes penals que li són propis, segons el grau de desenvolupament delictiu obtingut i només a partir de l'actuació simulada dels agents els actes realitzats són irrelevants per la impossibilitat de produir efectes. En altres paraules, la provocació policial que actua sobre un delictes ja iniciat només influirà sobre el grau de perfecció del mateix, en funció del moment del “iter criminis” en què aquella intervenció es va produir, ja sigui limitant-se al seu descobriment i constatació o en la fase postconsumativa o d'esgotament, o bé originant la seva frustració o temptativa si la intervenció policial es produeix abans que el delictes s'hagi consumat”.*

Així, el Tribunal està preveu la possibilitat que els agents encoberts actuïn de forma activa intervenint en l'activitat d'una organització criminal perquè disposen d'indicis o sospites posteriors que indiquen que es podria estar duent a terme una activitat delictiva. En aquests casos només seran penables aquelles conductes anteriors a la intervenció activa de la policia. Tanmateix, aquesta actuació no serà considerada delictes provocat ja que consisteix en la recerca d'indicis i proves per demostrar les conductes delictives comeses amb anterioritat a la intervenció policial. S'estableix d'aquesta manera la possible actuació activa dels agents encoberts per intervenir en la comissió de delictes encara no consumats però sí ideats.

Sentència del Tribunal Suprem 427/2013, de 10 de maig

L'any 2013 va ser el mateix tribunal qui va reconèixer la dificultat en termes pràctics de la delimitació de la figura del delictes provocat. En un primer moment torna a establir els elements que formen el delictes provocat per després reconèixer l'ambigüitat d'aquesta figura. *“El delictes provocat s'integra per tres elements:*

- a) *Un element subjectiu constituït per una incitació enganyosa a delinquir per part de l'agent a qui no està decidit a delinquir.*

---

62 Sentència del Tribunal Suprem 1992/1993, de 15 de setembre.

*La infiltració policial a la llum de la jurisprudència més recent*

- b) *Un element objectiu teleològica consistent en la detenció del subjecte provocat que comet el delictes induït.*
- c) *Un element material que consisteix en la inexistència de risc pel bé jurídic protegit, i com a conseqüència la falta de tipicitat d'aquesta acció.*

*Certament, en teoria és clara la diferència entre el delictes provocat instigat per la policia, i aquella altra activitat policial tendent a acreditar el delictes ja decidit de forma autònoma i lliure per la persona concernida a reduint-se l'activitat de l'agent policial a comprovar aquest delictes. En la pràctica poden donar-se situacions ambigües, a resoldre en cada cas amb l'estudi de les circumstàncies concretes”.*

D'aquesta manera es posa de manifest la necessitat d'anàlisi dels fets concrets per decidir cada cas, deixant un cert marge de discrecionalitat judicial ja que és una figura que a nivell teòric és clara però a nivell pràctic presenta aspectes conflictius. La qüestió en aquest debat és centra en si existeix algun criteri “fixe” a seguir pels jutges, és a dir, una pauta jurisdiccional.

Sentència del Tribunal Suprem 395/2014, de 13 maig

En aquesta sentència, el Tribunal fa una diferenciació a nivell terminològic del delictes provocat del delictes comprovat, establint literalment que *“el delictes provocat s'integra per una actuació enganyosa de l'agent policial que suposa una aparença de delictes, ja que des de l'inici existeix un control absolut per part del policia. Supòsit diferent és l'activitat de l'agent tendent a verificar la comprovació del delictes. No pot confondre's el delictes provocat instigat per l'agent amb el delictes comprovat, a l'acreditació del qual tendeix l'activitat policial”*. Així doncs, s'entén que l'actuació normal dels agents encoberts té com a objectiu el delictes comprovat, que seria la finalitat de tota investigació policial.

Sentència del Tribunal Suprem 253/2015, de 24 d'abril

Una vegada més, el Tribunal posa de relleu els elements que componen el delictes provocat ja citat en sentències anteriors. A més, el Tribunal posa de manifest, citant una sentència de l'any 1991, la falta de regulació i acord sobre la figura del delictes provocat i la poca atenció que ha rebut, senyalant literalment que *“el problema del tractament jurídic penal que correspon al delictes provocat en general i, en particular, a la provocació policial per la comissió d'un delictes, que tan poca atenció ha merescut al dret positiu comparat i que només li ha dispensat la Doctrina Científica i la Jurisprudència, és, sens dubte, un problema de política*



*criminal, que com a tal, es troba íntimament enllaçada o arrelada en el sistema polític general imperant en cada país”.*

El fet que aquesta poca atenció, posada de manifesta ja fa 25 anys pel mateix Tribunal, torni a ser mencionada l'any 2015 mostra clarament l'absència de dedicació a aquest tema durant tot aquest temps, postura si més no qüestionable tenint en compte la gravetat del tema. Aquesta gravetat es mostra també en aquesta sentència ja que el Tribunal recorda que *“la provocació en cadena a través d'instruments ignorants aboca a la impunitat de tots els participants sense que sigui possible seleccionar – no seria coherent amb el fonament de la teoria en el nostre dret – entre aquells que han estat directament incitats per l'agent provocador inicial i aquells que ho han estat indirectament”.*

Així, aquesta sentència posa de manifest una falta d'atenció alhora que remarca que és una figura que comporta la impunitat de tots els autors i participants del delictes, conseqüència de considerable gravetat.

#### Sentència del Tribunal Suprem 589/2015, de 28 de setembre

En aquesta sentència, també de l'any 2015, es torna a fer referència a les conductes ja iniciades amb anterioritat a la infiltració policial establint que *“es nega l'existència del delictes provocat quan l'actuació policial hagi incidit sobre una conducta ja existent que romandria oculta. Aquesta possibilitat és freqüent quan es tracta de delictes com el tràfic de drogues, que es desenvolupa sobre la base de conductes molt variades entre les quals està la mera tinença amb destí al tràfic, que ja suposa la consumació. En conseqüència, quan l'actuació policial posa de relleu l'existència d'una tinença o d'un poder de disposició sobre la droga amb destí al tràfic, no pot apreciar-se l'existència d'un delictes provocat, ja que simplement s'ha fet aflorar una cosa prèviament existent i independent de la referida actuació policial.”*

Per tant, es torna a afirmar que la conducta delictiva ha d'haver començat amb posterioritat a la intervenció de l'agent de policia per poder ser considerada un delictes provocat perquè si ja s'havia iniciat en el moment de la intervenció es considera que l'*iter criminis* ja existia en l'autor del delictes. En el cas de les drogues això suposa que malgrat que l'agent provoqui el delictes de vendre la droga, el fet que la persona tingui droga per vendre-la abans de la intervenció ja és un delictes per si mateix penable i s'exclou així el delictes provocat.

Sentència del Tribunal Suprem 77/2016, de 10 de febrer

En aquesta sentència es destaca una altra característica de les intervencions policials realitzades amb totes les garanties remarcant que no es donarà un cas de delicte provocat si els agents no tenen cap capacitat d'intervenció en la comissió del delicte. El tribunal ho expressa de la següent manera: *“no estem davant d'un delicte provocat perquè els agents de la Guàrdia Civil no van incitar enganyosament al confident a que realitzés el delicte sinó que es van limitar a rebre i valorar la informació que sobre la droga els va ser facilitada per aquest subjecte (...). De manera que ni els agents tenien capacitat per decidir quan es realitzarà el fet delictiu ni tampoc sobre qualsevol extrem relatiu a l'operació de descarrega i ocultació de la substància estupefaent, perquè aquests ja estaven perfectament perfilats per altres abans de la seva intervenció”*.

A més, en relació a la informació proporcionada per un confident, el Tribunal esclareix un error comés en els recursos presentats pel que fa els acusats pretenen inculpar a la Guàrdia Civil d'haver provocat un delicte: *“aquesta consideració parteix d'un error de base, i aquest és, afirmar que sempre que s'obtingui una confiança o informació interna i, en conseqüència, s'investiga la mateixa i, en el seu cas, es detenen als autors de la infracció penal, el delicte està provocat. Res més lluny de la realitat. La Llei d'Enjudiciament Criminal encomana als agents de l'autoritat la investigació dels delictes dels quals tinguin coneixement (...) per posar després tot aquest material a disposició de l'autoritat judicial”*. Aquest argument té origen en el fet que en aquesta situació el bé jurídic protegit sí està en perill perquè la policia no controla el desenvolupament de la comissió del delicte, com sí passa en el cas dels delictes provocats. És a dir, els autors dels delictes no quedaran exemptes de la seva responsabilitat penal perquè han afectat al bé jurídic protegit amb les seves conductes i la policia ha actuat únicament a conseqüència de la informació de què disposa, i per tant, en cap cas ha provocat el delicte.

#### 4 CONCLUSIONS

**U**n cop realitzat l'anàlisi detallat i havent presentat la situació doctrinal sobre els agents encoberts, els agents provocadors i els delictes provocats, i havent presentat un recull casuístic significatiu dels últims anys, és moment de realitzar una conclusió global i crítica sobre el tema. La valoració al respecte es realitzarà en dos blocs, diferenciats de la mateixa manera que l'anàlisi jurisprudencial de l'apartat anterior.

Com s'ha pogut percebre al llarg del treball, estem davant de conceptes jurídics amb una importància vital en la nostra societat conseqüència de la creixent presència del crim organitzat i delictes de tracte successiu. Per fer front a aquests problemes es requereix una postura el més clara i uniforme possible per part dels sistemes jurídics, la doctrina i la jurisprudència, ja que situacions de discrepància poden afavorir la impunitat de delictes de tal gravetat que posen en perill els postulats bàsics d'un Estat de Dret. Per això, i abans de procedir amb qualsevol altre valoració que conclogui aquest treball, és necessari advertir que una jurisprudència i doctrina amb fortes discrepàncies, fa que el sistema de dret es presenti com a feble davant d'un enemic evident.

En termes més concrets i específics, una de les mesures més urgents és la conceptualització diferent dels termes d'agent encobert i d'agent provocador, ja que la gravetat dels delictes que aquest persegueixen així ho mereix. L'agent provocador (terminologia amb la que discrepo clarament i que anomenaré en endavant "polícia de paisà" per evitar confusions) és aquell que realitza investigacions esporàdiques i puntuals en el sí de la seva activitat quotidiana i habitual com a conseqüència de sospites o informacions de què disposa. En la majoria d'ocasions es tracta de delictes de tracte successiu i no es requereix identitat suposada per actuar ja que no es tracta de delictes comesos per organitzacions criminals i, per tant, no es requereix una infiltració expressa per obtenir informacions o proves.

De tot això se'n deriva, doncs, que és una figura policial tradicional que no requereix autorització judicial prèvia, no disposa d'identitat suposada, no requereix d'infiltració en el sí d'organitzacions criminals ni tampoc té atribuïda un règim de responsabilitat penal. És per tot això que no trobo la justificació en l'equiparació d'aquesta figura amb l'agent encobert, clarament regulat en l'article 282 bis de la LECrim amb l'objectiu de lluitar contra organitzacions criminals i protegint, alhora, l'agent infiltrat en el sí d'aquestes. Així, i tenint en compte que es tracta de dues figures diferents que persegueixen diferents objectius i que actuen en diferents moments de les investigacions, ja que l'agent de paisà actua de forma esporàdica en

l'àmbit de l'activitat habitual de la policia i l'agent encobert forma part d'un procés penal ja iniciat a instància del jutge o del Ministeri Fiscal, no em sembla adient l'atribució dels efectes legals previstos per l'agent encobert en l'article 282 bis LECrim al policia de paisà.

Aquesta atribució dels efectes legals es veu clarament reflectida en la sentència del Tribunal Suprem 406/2012 de 7 de maig, on es considera que l'agent provocador no és l'instigador del delictes, equiparant-lo amb l'agent encobert i atribuint-li els efectes de l'article regulador d'aquesta última figura. Aquesta conclusió, sota el meu parer, només seria correcte si l'agent provocador fos exclusivament una denominació equivalent a la d'agent encobert, quelcom que no sembla tenir una definició unànime per part de la jurisprudència i de la doctrina.

Aquesta equiparació és conflictiva en molts aspectes, però el més destacat d'aquests seria la necessitat d'una autorització judicial i la constant comunicació de tots els seus moviments en el cas de l'agent encobert, un requisit absent en el cas del policia de paisà. En les infiltracions de curta durada o esporàdiques no és possible una autorització judicial prèvia ja que són situacions en què els agents s'hi troben de forma sobrevinguda, perdent tota eficàcia si aquest requisit fos exigible. Per altra banda, aquesta absència de control per part de l'autoritat judicial podria deixar sense la protecció necessària alguns drets fonamentals dels acusats, ja que s'actua utilitzant l'engany. Tanmateix, per qüestions de pràctica processal i de ponderació d'interessos, sembla factible córrer aquest risc amb el clar objectiu de permetre l'eficàcia d'un gran nombre d'actuacions dels agents en el marc de les diligències policials habituals ja que sinó semblaria alçar-se una barrera infranquejable per possibilitar l'existència d'aquestes actuacions tant tradicionals i presents en gairebé tots els sistemes jurídics.

Per altra banda, en l'hipotètic cas que es considerés tota aquesta discussió i confusió fruit d'un problema terminològic, postura dubtosa recordant la clara definició que plasma la sentència de l'any 1993 sobre la figura de "l'agent provocador" i la postura de la majoria de la doctrina, estaríem en front d'una situació que necessita amb urgència una correcció per part del legislador. Segons el meu parer, més afí amb la postura de la doctrina presentada que amb la jurisprudència, el problema terminològic és només secundari. És a dir, malgrat que el terme "agent provocador" atribuït al policia de paisà no és adequat, si aquesta atribució és unànime i clara, el problema quedaria resolt, no en canvi si no existeix una postura unificada al respecte. Per tal de reduir la dificultat inherent en tot això, seria recomanable atribuir únicament el nom d'"agent provocador" al subjecte actiu dels delictes provocats, diferenciant clarament aquesta figura de l'agent de policia que realitza la seva activitat habitual, que és la persecució dels delictes, en moltes ocasions de tracte successiu, resultant legítima la utilització d'engany pel que

fa a la condició de policia i la seva intenció d'obtenir informacions i proves sobre el delictes ja comés.

Sigui quin sigui l'origen d'aquesta situació, que segons el meu criteri no és merament terminològica, la realitat és que la situació és confusa i preocupant. Com ja he dit, es tracta de la lluita contra un fenomen enquistat en el sí de la nostra societat, a més d'estar en auge, i es requereix una postura ferma i clara.

Crec que l'equiparació de l'agent provocador amb l'agent encobert és un error que pot comportar greus conseqüències. L'agent encobert és una figura legal clarament regulada en la llei i que requereix el compliment d'una sèrie de requisits que no es compleixen en la figura del policia que actua de paisà: no ha de ser un agent de policia forçosament, no s'infiltra en una organització criminal ni disposa d'una identitat suposada, ni tampoc requereix d'autorització prèvia per part d'un jutge.

Per plasmar amb més claredat la funció del erròniament conegut com a agent provocador, presentaré els fets de la Sentència del Tribunal Suprem 346/2014 de 24 d'abril. En aquest cas es tracta de dos subjectes que en el pàrquing d'una discoteca ofereixen a agents de paisà una determinada quantitat de droga per si estan interessants en la seva compra. Els agents, que tenien sospites d'aquesta activitat il·lícita, demanen als acusats que s'identifiquin i procedeixen a la seva detenció, confiscant més droga a l'interior del vehicle. Els agents de paisà actuen utilitzant l'engany, ocultant la seva condició de policia, en el marc del desenvolupament d'una activitat habitual de la policia, com és la persecució de venda de droga en l'àmbit de l'oci nocturn – delictes de tracte successiu – i actuen de forma esporàdica davant d'una situació inesperada, ja que són els acusats qui s'acosten a ells i els ofereixen droga sense prèvia autorització judicial per actuar. Aquest és només un dels molts exemples de situacions que aborden els agents de policia de paisà en el marc de la seva activitat habitual com a policies i és per això que resulta del tot imprescindible la regulació legal d'aquesta figura. Més inexplicable resulta encara, la manca de regulació legal existent i la confusió amb l'agent encobert.

Des del meu punt de vista, i parlant en termes conclusius, es tracta d'una figura molt rellevant i important en la nostra societat, així com també ho és la d'agent encobert. El fet que tinguin atribuïts funcions diferents mostra la necessitat de comptar amb dues figures diferenciades per fer front a delictes diferents i, per tant, estem davant de dues tècniques d'investigació policial diferents que permeten fer front a dos problemes diferents: per una banda el crim organitzat i, per l'altra, delictes majoritàriament de tracte successiu. Els dos problemes requereixen mitjans eficients i que siguin duts a terme per professionals que gaudeixin d'un

marc legal clar i el més tancat possible. Així doncs, des de la meua opinió personal vull recalcar la necessitat d'harmonitzar legalitat i jurisprudència per així crear un front comú i ferm davant la delinqüència existent en el nostre entorn.

Conclòs aquest apartat, ara em centraré en mostrar els punts conflictius en relació a la figura mateixa del delictes provocat. Tal com ha reconegut el mateix Tribunal Suprem l'any 2013 en la sentència 427/2013, es tracta d'una figura molt ambigua que requereix un alt nivell d'anàlisi casuístic i concret per resoldre cada cas, situació que permet un cert nivell de discrecionalitat judicial ja que la resposta legal depèn en gran part del criteri del jutge. També en sentència del Tribunal Suprem, 253/2015 de 24 d'abril, i al contrari del que semblaria necessitar la lluita contra el crim organitzat, a més de ser una figura ambigua, és també una figura que ha rebut poca atenció per part del dret positiu comparat, quelcom que no resol ni fa front a l'ambigüitat mencionada.

Es tracta d'una figura legal prevista pel legislador com a garantia de protecció dels drets fonamentals de les persones davant l'actuació aliena al marc legal per part d'agents de l'autoritat. És doncs, un límit a l'actuació dels agents encoberts en el sí d'organitzacions criminals que té com a conseqüència l'aplicació de responsabilitat penal a aquests, deixant així sense efecte l'exempció de responsabilitat penal prevista per l'article 282 bis LECrim, en el seu apartat cinquè.

El delictes provocat està format per tres elements, estructura reconeguda en gran nombre de sentències, que són l'element subjectiu com a incitació enganyosa a delinquir, l'element objectiu teleològic com a la detenció del subjecte provocat i, per últim, l'element material com a la inexistència de risc pel bé jurídic protegit. Com ha quedat plasmat al llarg del treball, el punt conflictiu de la provocació delictiva és l'element subjectiu, ja que la determinació de si es dona o no una incitació enganyosa per part dels agents encoberts implica *per se* les grans dificultats inherents a la prova dels elements subjectius dels tipus penals. Així doncs, en primer lloc, per acreditar que s'està davant d'un cas de delictes provocat, es requereixen de forma simultània els tres elements mencionats. En relació a aquests elements, gaudeix d'aparent senzillesa l'element objectiu teleològic ja que és un fet que es donarà o no, sense discussió possible. En canvi, pel que fa a l'element subjectiu i l'element material, queda clar que el debat està servit, ja que són dos elements estretament lligats perquè sense la incitació enganyosa per part de l'agent, que provoca la voluntat de delinquir prèviament inexistent, tampoc es podrà donar l'absència de risc en relació al bé jurídic protegit, quedant aquest sempre protegit per l'agent que controla la situació en tot moment. És a dir, si es confirma l'element subjectiu, es donarà automàticament també l'element material.

Un cop tenim clar quin és el punt conflictiu, s'ha d'analitzar aquest pas per pas. Com s'ha repetit en diverses ocasions, el delictes provocat és aquella incitació enganyosa per part d'un agent encobert que té com a conseqüència la comissió d'un delictes per part d'un subjecte que no tenia aquesta intenció amb anterioritat a la intervenció de l'agent. Per demostrar aquesta situació, després de l'anàlisi jurisprudencial realitzat, puc concloure que es necessiten dos requisits: per una banda, que es pugui demostrar amb elements objectius que de no ser per la intervenció dels agents encoberts, el delictes s'hagués comès igualment, és a dir, que la intenció de delinquir existia amb anterioritat, i, per altra banda, que es pugui demostrar amb elements objectius que l'activitat delictiva ja s'havia iniciat amb anterioritat a la intervenció dels agents. Aquest model de presa de decisions sembla d'aparença clara i eficaç, però realment presenta discrepàncies en relació a algunes afirmacions realitzades per la jurisprudència.

En primer lloc, la Sentència del Tribunal Suprem 5/2009, remarca que en els casos en què existeixin sospites fundades sobre una possible activitat delictiva, aquestes ja descarten la figura del delictes provocat per la seva mera existència. Segons el meu punt de vista, aquesta afirmació pot crear certa perplexitat ja que malgrat es requereixin sospites fundades, aquestes poden ser errònies perquè no hi ha certesa absoluta. Aquest marge d'error podria implicar l'acusació i càstig erroni d'una persona per una conducta provocada pels agents sense possibilitat d'absolució quan el delictes provocat ja ha quedat exclòs per la sola existència de sospites fundades. Aquesta afirmació sembla qüestionable des del punt de vista d'excloure el delictes provocat en l'àmbit de les investigacions policials per l'existència de sospites fundades sobre la realització d'activitats delictives en el marc d'organitzacions criminals, xocant amb el concepte mateix d'organització criminal. És a dir, quan el jutge autoritza una infiltració policial, aquesta autorització ja té com a base indicis o proves que indiquen la presumpte existència d'una organització criminal, que com el seu propi nom indica, té com a objectiu la comissió de delictes. A més, la mateixa figura de l'agent encobert, que realitza la infiltració policial, té implícita una exempció de responsabilitat penal que no s'aplicarà en el cas de donar-se un delictes provocat. Per tant, l'existència de sospites respecte a una activitat delictiva, que estableix l'inici de la infiltració policial, no pot suposar l'exclusió en un cas concret del règim de responsabilitat penal de la infiltració policial en general.

En segon lloc, també em sembla qüestionable l'afirmació realitzada en la Sentència del Tribunal Suprem 406/2012 de 7 de maig, que estableix que no tindrà lloc la figura del delictes provocat en aquelles situacions en què l'autor tingui la clara intenció de cometre un delictes però necessiti d'un tercer per cometre'l, simultàniament al moment que l'agent encobert inicia l'actuació oferint-se per l'execució del delictes. El Tribunal considera que en aquests casos només

seran punibles les actuacions anteriors a aquest oferiment i que l'actuació policial no és una provocació del delictes, ja que només afecta al grau de perfecció del mateix.

Per una banda el Tribunal Suprem, entén que és l'agent encobert qui decideix el grau de perfeccionament del delictes, afirmació amb la que discrepo perquè aquest grau té implicacions directes sobre la pena aplicable al cas, de tal manera que depenent de l'actuació de l'agent encobert la pena experimentaria variacions. , la ideació del delictes no implica de forma automàtica haver comés actes delictius més enllà d'aquesta ideació i com a conseqüència, en certa manera, entenc que s'obre la porta a permetre en determinades situacions el càstig de meres intencions delictives, quedant la decisió en la difícil ponderació de si, objectivament parlant, l'autor l'hagués executat si l'agent no s'hagués ofert a fer-ho. Des del meu punt de vista, en la majoria d'aquests casos segurament existirien indicis que fessin creure que sí que s'hauria dut a terme el delictes sense la intervenció de l'agent, però sempre resultarà dubtosa l'existència d'elements realment objectius que confirmin aquesta sospita ja que, sempre quedarà el dubte de si l'autor hauria trobat una persona disposada a l'execució del delictes o no.

Per altra banda, el Tribunal Europeu dels Drets Humans, en sentència 2008/7 de 5 de febrer, destaca la necessitat que l'actuació dels agents encoberts consisteixi en examinar d'una manera purament passiva l'activitat de l'autor. Segons el meu criteri, una actuació que consisteixi en oferir-se a esgotar o cometre una conducta delictiva no és una activitat purament passiva ni es persegueix únicament examinar una conducta, sinó que l'activitat d'un agent encobert en aquests casos serà activa. M'atreveria, inclús, a posar en dubte que aquesta conducta en concret es pugui emmarcar dins de les activitats de col·laboració permeses de forma expressa en l'article 282 bis LECrim, ja que queda clarament fora de les activitats considerades de mera comprovació de la comissió del delictes.

Així doncs, la demostració de l'element subjectiu dels delictes provocats és el pressupòsit central de la figura que analitzem i suposa el nucli de tots els problemes que planteja la infiltració, presentant un ampli ventall d'aspectes ambigus, requerint una anàlisi detallada dels fets de cada cas concret. Les conseqüències d'una provocació delictiva suposen la impunitat d'autors de conductes delictives que d'haver-se actuat seguint estrictament la legalitat, s'haurien enfrontat a penes de presó considerables com a autors materials de delictes greus. Aquest anàlisi i posterior discussió sobre la controvertida legislació i jurisprudència s'ha de fer sempre recordant que comptar amb un sistema jurídic i policial perfecte és impossible, però sense perdre de vista l'objectiu de millorar els aspectes qüestionables per aprendre en un futur dels errors del passat.



*La infiltració policial a la llum de la jurisprudència més recent*

En definitiva, tant pel que fa a l'agent provocador com al delicte provocat, ens trobem davant de figures rellevants i amb una funció transcendental en l'àmbit policial i judicial, fet que afavoreix en certa manera el debat sobre aquests temes. Així doncs, aquest és un àmbit on estan en jocs valors, drets i interessos amb un pes considerable i que requereixen un alt nivell d'especialització i minuciositat per analitzar correctament cada detall que al final pot derivar en la diferència entre condemnar i absoldre o detenir i deixar en llibertat.

## 5 MATERIAL CITAT

### Bibliografia:

- Gascón Inchausti, Fernando.(2001). *Infiltración Policial y “agente encubierto”*. Granada: Editorial Comares.
- Gomara Hernández, Agorreta Ruiz (2003). *Prontuario de seguridad pública e intervención policial*. Pamplona: Distribuciones y asesoramiento de Publicaciones profesionales.
- Gómez de Liaño Fonseca-Herrero (2004). *Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación*. Madrid: Colex.
- González Montes, José Luis (1993). *Instituciones de derecho procesal*. Madrid: Tecnos.
- López Barja de Quirorga, Jacobo (1999). *El agente encubierto*. La Ley, núm. 4778, 20 d'abril de 1999.
- López García, Manuel. En *Agente encubierto y agente provocador, ¿dos figuras incompatibles?* (2003) La Ley. Revista jurídica Española, núm. 4.
- Martínez Pérez, Roberto (2001). *Policía judicial y Constitución*. Navarra: Aranzadi.
- Moreno Catena, Victor (junt amb Cortés Domínguez) (2004). *Introducción al Derecho Procesal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Rey Huidobro, Luis Fernando (1999). *El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Rifá Soler, José Maria (1999). *El agente encubierto o infiltrado en la nueva regulación de la LECrim*”. Poder Judicial, núm. 55.
- Sanz Mulas, Nieves (2006) *El desafío de la criminalidad organizada*. Granada: Comares.
- Sequeros Sazatornil, Fernando (2000). *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico. Evolución normativa, doctrinal y jurisprudencial*. La Ley, Madrid.
- Zafra Espinosa de los Monteros, Rocío (2010). *El policía infiltrado: Los presupuestos jurídicos en el proceso penal español*”. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.

- Zaragoza Aguado, Javier (1999). En *Cuestiones penales y procesales relacionadas con la delincuencia organizada*. Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal, núm. 6.

### **Webgrafia:**

- Avantprojecte de Llei d'Enjudiciament Criminal de l'any 2012. Disponible a: [http://www.elderecho.com/actualidad/Anteproyecto-Ley-Enjuiciamiento-Criminal\\_EDEFIL20110728\\_0006.pdf](http://www.elderecho.com/actualidad/Anteproyecto-Ley-Enjuiciamiento-Criminal_EDEFIL20110728_0006.pdf). Última consulta 01/05/2016.
- Rodríguez Caro, María Victoria (2015). *La infiltración policial: en el límite del Estado de Derecho. El inminente agente encubierto informático*. Disponible a: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10222-la-infiltracion-policial:-en-el-limite-del-estado-de-derecho-el-inminente-agente-encubierto-informatico/>. Última consulta el 01/05/2016.

### **Legislació:**

- Espanya. Real Decret de 14 de setembre de 1882 pel que s'aprova la Llei d'Enjudiciament Criminal. BOE núm. 260, 17-09-1882.
- Espanya. Llei Orgànica 6/1985, de 1 de juliol, del Poder Judicial. BOE núm. 157, 02-07-1985.
- Espanya. Llei Orgànica 2/1986, de 13 de març, de Forces i Cossos de Seguretat. BOE núm. 63, 14-03-1986.
- Espanya. Llei Orgànica 10/1995, de 23 de novembre, del Codi Penal. BOE núm. 281, 24-11-1995.
- Espanya. Llei Orgànica 12/1995, de 12 de desembre, de repressió del contraban. BOE núm. 297, 13-12-1995.

### **Jurisprudència:**

#### *Tribunal Europeu dels Drets Humans:*

- Sentència del Tribunal Europeu de Drets Humans 2008/7, de 5 de febrer.
- Sentència del Tribunal Europeu dels Drets Humans 2011/26, de 1 de març.

#### *Tribunal Suprem:*

*La infiltració policial a la llum de la jurisprudència més recent*

- Sentència del Tribunal Suprem 1992/1993, de 15 de setembre.
- Sentència del Tribunal Suprem 626/1999, de 3 de febrer.
- Sentència del Tribunal Suprem 1114/2002, de 12 de juny.
- Sentència del Tribunal Suprem 4287/2002, de 12 de juny.
- Sentència del Tribunal Suprem 8929/2002, de 30 de setembre.
- Sentència del Tribunal Suprem 7334/2002, de 5 de novembre.
- Sentència del Tribunal Suprem 848/2003, de 13 de juny.
- Sentència del Tribunal Suprem 1500/2004, de 5 de març.
- Sentència del Tribunal Suprem 6197/2004, de 5 d'octubre.
- Sentència del Tribunal Suprem 975/2007, de 15 de novembre.
- Sentència del Tribunal Suprem 5/2009, de 8 de gener.
- Sentència del Tribunal Suprem 104/2011, de 1 de març.
- Sentència del Tribunal Suprem 406/2012, de 7 de maig.
- Sentència del Tribunal Suprem 427/2013, de 10 de maig.
- Sentència del Tribunal Suprem 575/2013, de 28 de juny.
- Sentència del Tribunal Suprem 395/2014, de 13 maig.
- Sentència del Tribunal Suprem 253/2015, de 24 d'abril.
- Sentència del Tribunal Suprem 589/2015, de 28 de setembre.
- Sentència del Tribunal Suprem 77/2016, de 10 de febrer.

*Audiència Nacional:*

- Sentència de l'Audiència Nacional 53/2010, de 5 de juliol.