

Agente encubierto e infiltración policial: cuestiones procesales, reformas y aspectos de derecho comparado

Undercover agent and police infiltration: procedural issues, reforms and comparative law aspects

Adriano Jacinto Alfonso Rodríguez

Judicatura

ajalfonsorodriguez@hotmail.com

DOI: <https://doi.org/10.14201/cp.32673>

Recibido: 05-02-2026 | Aceptado: 19-03-2026

Resumen

El uso del agente encubierto es una realidad en nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, no podemos olvidar las garantías procesales que orbitan en torno a su empleo que puede ser autorizado por la Fiscalía y los Jueces. En este sentido, es una figura que transita peligrosamente sobre la línea del delito provocado, lo que obliga a verificar el modo de autorizar la operación de infiltración, concepto del que deberíamos separar la operación encubierta puntual que no está plenamente regulada y que sería conveniente abordar. En todo caso, es una suerte de infiltración menor que no requiere de autorización judicial al ser, más bien, un ejercicio de simulación. Las aportaciones del Derecho comparado son variadas y ricas, siempre afrontando la lucha contra la criminalidad grave con este recurso, y donde los sucesivos proyectos, que buscan mutar el sistema procesal en nuestro país, podrían reflejarse para adoptar determinadas figuras foráneas de interés.

Palabras clave: Garantías procesales; Proceso penal; Infiltración policial; Operación encubierta.

Abstract

The use of undercover agents is a reality in our legal system. However, we cannot overlook the procedural safeguards surrounding their employment, which can be authorized by the

Public Prosecutor's Office and judges. In this sense, it is a practice that dangerously skirts the line of entrapment, which necessitates examining how the infiltration operation is authorized. We should distinguish this concept from the specific undercover operation, which is not fully regulated and which should be addressed. In any case, it is a type of minor infiltration that does not require judicial authorization, as it is, rather, an exercise in simulation. Comparative law offers varied and valuable contributions, always addressing the fight against serious crime with this resource, and the successive projects seeking to reform the procedural system in our country could draw upon it to adopt certain relevant foreign legal concepts.

Keywords: Procedural guarantees; Criminal proceedings; Police infiltration; Undercover operation.

1

¿Ha cambiado todo con las nuevas formas de criminalidad?

Las necesidades policiales han variado de manera exponencial. Las reglas del juego han mutado. Ya no estamos, por tanto, en presencia de un marco estable que permita estandarizar la respuesta en materia de seguridad pública; al contrario, la criminalidad organizada ha dado un golpe en el tablero cambiado sus maneras clásicas y a ello han ayudado diversos factores. Así, la existencia de una internacionalización criminal ha venido de la mano de la disrupción tecnológica. Ya no hay un territorio claro ni unas fronteras diáfanas, y ante eso hay que repensar la capacidad de respuesta con nuevas herramientas de trabajo. Ante un adversario invisible (y temible), que se mueve entre las sombras, la exigencia de la infiltración policial se nos presenta como una necesidad operativa clara no solo en el espacio físico, cada vez más difícil de acotar, sino ante un escenario virtual que ha creado un “tecno-mundo” oscuro¹, y paralelo, juntamente con

1 Las herramientas de las que disponen son la “... la clearnet y en la red oscura. Por clearnet se entiende la web visible (o de superficie), que incluye los sitios web indexados mediante los motores de búsqueda tradicionales (Google, Bing, etc.). La web profunda está compuesta por sitios que no están indexados por los motores de búsqueda

un escenario de prestación de bienes y servicios –industria del ilícito– destinados a facilitar la actividad criminal², con poderosos instrumentos de intercambio financiero como las monedas digitales³. Es posible que la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, hecha en Nueva York el día 15 de noviembre de 2000 y firmada en Palermo el día 13 de diciembre de 2000 (en adelante Convenio de Palermo), se haya quedado relativamente obsoleta.

Los cambios vertiginosos que se han producido, lejos de reducir la impunidad, lo que han conseguido ha sido incrementarla, aunque no han eliminado el rasgo fundamental de las organizaciones

tradicionales y, por lo tanto, no son de fácil acceso para el público en general. Los sitios ubicados en la web profunda pueden incluir sitios de intranet y sitios protegidos por contraseñas, así como sitios que requieren programas informáticos especializados para acceder a ellos, como el enrutador cebolla (The Onion Router (Tor)), Freenet o el Proyecto de Internet Invisible (Invisible Internet Project (I2P)). Los sitios que son parte de una red superpuesta a la que solo se puede acceder mediante programas informáticos especializados se conocen como sitios de la red oscura” (Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito, 2022, p. 28).

- 2 Esto ya empieza a notarse como un fenómeno que va más allá de la seguridad pública. Así, “A este respecto, tal y como recogen los informes europeos, la delincuencia como servicio (crime as a service) ha experimentado un auge en los últimos años. En este sentido, se está expandiendo una industria de servicios delictivos que presta apoyo en el proceso de funcionamiento interno de muchas áreas criminales y contribuye a mayores niveles de especialización. Algunas redes delictivas altamente especializadas se centran en una única etapa del proceso como, por ejemplo, el suministro de materias primas y equipos para poner en marcha la actividad ilegal. Esto abarca desde productos químicos para la producción o extracción de drogas, (pre)precursores o equipos para plantas de producción de drogas sintéticas, hasta vehículos con compartimentos ocultos para el tráfico de mercancías y pequeñas embarcaciones para organizar el contrabando de inmigrantes, e incluso el suministro de herramientas técnicas y conocimientos especializados en ciberdelincuencia” (Departamento de Seguridad Nacional, 2023, pp. 175-176).
- 3 Como apunta la Orden PJC/846/2025, de 29 de julio, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Seguridad Nacional de 14 de julio de 2025, y se aprueba la Estrategia Nacional contra el Crimen Organizado y la Delincuencia Grave 2025 “El empleo de *criptoactivos como medio anónimo y de difícil rastreo para el blanqueo de capitales*, ha desplazado a otros métodos más comunes hasta ahora. Este anonimato también se pone en evidencia en el uso de la dark web para el tráfico de bienes ilícitos”. La cursiva es mía.

criminales que es la ley de silencio como norma fundamental de actuación (Perals Calleja, 2011, p. 2), lo que hace necesarias herramientas que quiebren el muro de *omertá* que constituye parte esencial de la anatomía de los grupos delictivos⁴.

Hay que señalar que ya no solo se combate a la delincuencia en un espacio físico, sino que la sociedad interconectada ha convertido escenarios no tangibles, como Internet, en un territorio que permite la comisión de una variada gama de hechos delictivos (desde aquellos que revisten naturaleza patrimonial a ciberataques, pasando por hechos de naturaleza sexual, entre otros) donde nos enfrentamos a delincuentes sin rostro que han alterado las reglas del juego, empezando por mutar el concepto tradicional de lugar de comisión del hecho delictivo, que obliga a relativizar el denominado “escenario del crimen” trasladándolo a lugares virtuales (STS 547/2022, 2 de junio, Sala II, Ponente: Sr. Marchena Gómez, FJ 3.º).

La tensión con los derechos fundamentales late con fuerza cuando hablamos de operaciones encubiertas e infiltración policial, situación que hay que compatibilizar con la necesaria eficacia en la lucha contra la criminalidad organizada (Moreno Catena y Cortés Domínguez, 2017, p. 265). Así, y siendo el uso del agente encubierto un método incisivo (Damián Moreno, 2006, p. 471), este se nos presenta como un medio imprescindible que permite

4 Así, el art. 20.1 del Convenio de Palermo indica: “Siempre que lo permitan los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno, cada Estado Parte adoptará, dentro de sus posibilidades y en las condiciones prescritas por su derecho interno, las medidas que sean necesarias para permitir el adecuado recurso a la entrega vigilada y, cuando lo considere apropiado, la utilización de otras técnicas especiales de investigación, como la vigilancia electrónica o de otra índole y *las operaciones encubiertas*, por sus autoridades competentes en su territorio con objeto de combatir eficazmente la delincuencia organizada”. La letra cursiva es mía. En todo caso, la ley del silencio parece propia de la denominada “delincuencia mafiosa” del sur de Italia, pero que hoy ya es generalmente extendida frente a los nuevos modelos de criminalidad organizada internacionalizados y que equivocadamente se identifican con la “mafia”. No olvidemos, lamento la reiteración, que la mafia es una forma de criminalidad organizada, pero no todas las formas de criminalidad organizada son mafiosas (Violante, 1997, p. 12), matiz que es preciso hacer porque en esta colaboración se usa un concepto amplio de “crimen organizado”.

conocer la cartografía exacta en la que las autoridades se mueven frente a una actividad ilícita y estructurada tremendamente correosa. No puede negarse su empleo a las autoridades encargadas de la persecución del delito, *algo consustancial con lo que se ha calificado como un legítimo derecho penal de lucha* (Domini, 2006, p. 651), salvo que aceptemos que es posible promover el cumplimiento de la ley con una mano atada a la espalda. Cuestión distinta es el necesario marco de garantías procesales (Sentencias TEDH de 9 de junio de 1998, Teixeira de Castro c. Portugal § 36; de 15 de junio de 1992, asunto Lüdi c. Suiza, § 40, y de 23 de octubre de 2018, asunto Guerni c. Bélgica, § 73) que permitan su autorización porque no dejamos de estar en presencia de una cierta actividad de espionaje limitada a confrontar fenómenos que afectan a la seguridad pública, pero que choca con los derechos procesales de los implicados.

Nuestro ordenamiento jurídico no reconoce, legalmente, otro mecanismo de infiltración que el estrictamente policial, y eso, pese a que hemos sido un país pionero en la UE, con la Ley 2/2002, de 6 de mayo, que ha establecido una suerte de aval judicial (Alfonso Rodríguez, 2024, p. 205), con la intervención de un magistrado del TS⁵, en lo que respecta a la vulneración del derecho a la inviolabilidad de comunicaciones y domicilio en el seno de actividades de inteligencia llevadas a cabo por nuestro servicio secreto (CNI). Ahora bien, la infiltración es consustancial con esta, singularmente en operaciones antiterroristas, con lo que de facto existían antes de cualquier regulación normativa en nuestro país (Zaragoza Tejada, 2019, pp. 48-49), o relacionadas con prevención en materia de seguridad nacional, de modo que sería, ciertamente, una suerte de redundancia contemplar legislativamente lo que históricamente ha sido, y es, la espina dorsal de la tarea de espionaje estratégico –diferente de la inteligencia criminal– con técnicas de simulación clandestinas.

5 Ciertamente es que, en este supuesto, no hay propiamente actividad procesal ni la actuación judicial lo es en un marco directivo de una instrucción penal (STS 1094/2010, 10 de diciembre, Sala II, Ponente: Sr. Marchena Gómez, en FJ 2.A). En Italia sí han dictado una ley que permite la operatividad de agentes encubiertos en el marco de los servicios secretos, que es la Ley n.º. 124, de 3 de agosto de 2007, del Sistema de Información para la Seguridad de la República y nueva normativa sobre el secreto (*vid.* art. 24).

No es improbable que tales actividades afecten de manera simultánea a la “seguridad pública” y a la “seguridad nacional”, donde la actuación criminal se mezcla con operaciones hostiles llevadas a cabo por determinados Estados, fusionando el hecho delictivo con una intervención subrepticia amparada por estructuras gubernamentales⁶. En todo caso, solo la infiltración policial, bajo supervisión judicial, tiene capacidad de impacto procesal ligada a una instrucción penal, desembocando en un neto valor probatorio que pueda enervar la presunción de inocencia. En suma, una cosa es la infiltración para obtener material de inteligencia estratégica, ayuna de regulación y otra, bastante diferente, la infiltración policial destinada a la persecución delictiva, contemplada por la LECRIM. La certeza nos dice que ambas pueden cruzarse e incluso entremezclarse, obligando a separar lo que tiene trascendencia procesal de aquello que es preciso, convenientemente, ignorar.

No hay que olvidar, empero, los claros, y tradicionales, desafíos prácticos que la infiltración policial trae consigo. En primer lugar, el diseño previo de la operación empezando con la fabricación de una identidad/es supuestas, creando una vida absolutamente ficticia destinada a penetrar con eficacia en determinados ambientes delictivos. En segundo lugar, el peligroso escenario en el que se mueve el propio agente encubierto rodeado de riesgos físicos, pero, también, la proximidad con ilícitos de los que es testigo o en los que se puede ver envuelto, con la delgada línea de separación que supone el denominado “delito provocado” (SSTS 525/2020, de 20 de octubre, Sala II, Ponente: Sr. Martínez Arrieta, FJ 2.º con la jurisprudencia de la que se hace eco; 173/2019, 1 de abril, Sala II, Ponente: Sr. Jorge Barreiro; FJ 7.º), cornisa que es preciso transitar con suma prudencia.

6 Así, “Los cibercriminales, que tradicionalmente operaban con fines exclusivamente financieros, están comenzando a ser utilizados por Estados para llevar a cabo operaciones de ciberespionaje, sabotaje o desinformación. A su vez, los actores estatales se están beneficiando de la infraestructura y capacidades de los grupos de ciberdelincuencia, aprovechando su experiencia en ataques masivos y evasión de medidas de seguridad. Esta fusión de intereses convierte al ciberespacio en un terreno aún más peligroso, donde las amenazas son más sofisticadas y difíciles de atribuir” (Departamento de Seguridad Nacional, 2024, p. 111).

En tercer lugar, la injerencia en los derechos fundamentales de los investigados en el desarrollo de la actividad del agente encubierto (*vid.* captación de imágenes, grabación de conversaciones o control de los desplazamientos, entre otros) y cómo evitar que dicha conculcación autorizada pudiera afectar al conjunto del procedimiento con eventuales nulidades probatorias⁷.

A lo anterior unimos cuestiones adicionales que, también, se convierten en el objeto de esta colaboración. Por un lado, el debate entre la posible infiltración de civiles bajo supervisión o con la única participación de agentes de Policía Judicial. Por otro, la distinción entre una infiltración permanente y compleja en una organización criminal de una intervención única con una falsa identidad y con relación a un hecho concreto (por ejemplo, un intercambio puntual de armas o drogas). Y la cuestión referida a la diferencia entre el agente que interviene en una operación encubierta física de aquel que lo hace en el marco del ciberespacio con todas las dificultades que ello tiene. No hay que olvidar, asimismo, la necesaria y constante adaptación normativa del concepto de infiltración (Consejo de Seguridad Nacional, 2019 p. 13), ante una sociedad en permanente evolución, donde la criminalidad organizada va un paso por delante siempre, y en que la urgencia en la actuación choca con la aduana judicial, requisito previo que, a veces, puede pugnar con la necesaria rapidez en la intervención policial. Tampoco, finalmente, se pueden preterir los cambios de modelo procesal, singularmente en nuestro país, con la constante advertencia, todavía no consumada, de sustitución del juez instructor por un fiscal encargado de

7 Cuestión que ha preocupado desde los primeros tiempos a nuestro TC. Así, en palabras de la STC 114/1984, de 29 de noviembre, en su FJ 4.º: “En realidad el problema de la admisibilidad de la prueba ilícitamente obtenida se perfila siempre en una encrucijada de intereses, debiéndose así optar por la necesaria procuración de la verdad en el proceso o por la garantía –por el ordenamiento en su conjunto– de las situaciones jurídicas subjetivas de los ciudadanos. Estas últimas acaso puedan ceder ante la primera exigencia cuando su base sea estrictamente infraconstitucional, pero no cuando se trate de derechos fundamentales que traen su causa, directa e inmediata, de la norma primera del ordenamiento. *En tal supuesto puede afirmarse la exigencia prioritaria de atender a su plena efectividad, relegando a un segundo término los intereses públicos ligados a la fase probatoria del proceso*”. La cursiva es mía.

la investigación, circunstancia que hay que tener en cuenta para ver en qué medida la estrategia de operaciones encubiertas, con agente designado al efecto, pudiera verse afectada ante un nuevo marco de garantías. Analicemos estos aspectos, pero empezemos por el comienzo.

2

Anatomía del agente encubierto: el artículo 282 bis LECRIM

24

El precepto que regula el agente encubierto (art. 282 bis LECRIM) fue introducido con la Ley Orgánica 5/1999, de 13 de enero, con modificaciones por parte de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, y la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, a través de la introducción de los apartados 6 y 7, implicando un cambio de paradigma destinado a confrontar hechos ilícitos graves (Sentencia TEDH de 30 de octubre de 2014, asunto Nosko y Nefedov c. Russia, § 49). Por tanto, no puede hablarse de una diligencia de investigación destinada a un uso sistemático y bajo cualquier presupuesto. La infiltración debe ser utilizada ante fenómenos de criminalidad relevante y bajo un paraguas garantista con contrapesos y controles que eviten el reproche desde la óptica procesal. Es una medida de investigación consistente en la entrada de uno o varios agentes de las Fuerzas de Seguridad, debidamente autorizados a tal fin, como miembros de una organización criminal y su participación en el entramado de ésta con el objeto de descubrir las acciones delictivas pasadas, prevenir las futuras y lograr la desaparición y el castigo de la banda, con todos los elementos que la integran (Gimeno Sendra *et al.*, 1999, p. 406).

Así, estamos ante una *figura incardinada dentro de las funciones de Policía Judicial* (art. 282 LECRIM). Por tanto, sin querer ser redundante, su presencia adquiere verdadero sentido en el marco de una tarea de persecución delictiva, pero dentro de un escenario estrictamente procesal. De tal manera que “... 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” (art. 282 bis 1 LECRIM). En este sentido, tienen que ser funcionarios de Policía Judicial específica, es decir, integrados en unidades orgánicas a disposición de Juzgados, Tribunales y Fiscalía, no puede ser un funcionario de Policía que no se comprenda dentro de esa función y condición (arts. 548-550 LOPJ; arts. 29-36 LO-FCSE, y la totalidad del RD 769/1987, de 19 de junio)⁸.

En suma, la infiltración policial no puede llevarse a cabo por decisión autónoma de los propios investigadores ni se construye administrativamente bajo reglas propias de una suerte de “Derecho Policial”. La infiltración o es procesal o no es infiltración propiamente dicha, al no ser apta para producir efectos de naturaleza probatoria⁹. Cuestión diferente es la aportación “logística” del Ministerio de Interior (“La identidad supuesta será otorgada por el Ministerio del Interior por el plazo de seis meses prorrogables por períodos de igual duración, quedando legítimamente

8 Con relación al Proyecto LOECRIM 2025, el juez de garantías que autoriza la designación de un agente encubierto informático indicará la unidad actuante (art. 515.1 e) Proyecto LOECRIM), algo que el Consejo General del Poder Judicial refleja como un avance al señalar en su informe del entonces ALECRIM 2025: “Se valora positivamente la referencia a ‘La unidad de la policía judicial que se haga cargo de la investigación’, lo que desliga la investigación de la necesidad de determinación de un único ‘agente encubierto informático’, que no responde adecuadamente a la mecánica y ejecución práctica de esta diligencia” (Consejo General del Poder Judicial, 2024, Centésimo Nonagésima).

9 Como señala la STS 395/2014, de 13 de mayo, Sala II, Ponente: Sr. Martínez Arrieta: “La actuación de los agentes encubiertos y su investigación no puede servir de base probatoria sobre los hechos pues éstos no han comunicado íntegramente el resultado de su investigación. *El agente encubierto no sólo es un agente policial*, de policía judicial. Precisamente por la autorización que se comunica para actuar en el seno de una organización que se investiga, incluso en actuaciones que pueden suponer, de no mediar la autorización judicial, hechos delictivos, *impone unas especiales exigencias de lealtad al proceso que en la ley procesal se traduce en la exigencia de la aportación íntegra de las investigaciones realizadas*. Esa sujeción especial incorpora un ‘plus’ de lealtad al proceso que en el caso enjuiciado no se ha producido al no comparecer a las citaciones de testifical realizados desde el órgano judicial del enjuiciamiento” (FJ 3.º). La cursiva es mía.

habilitados para actuar en todo lo relacionado con la investigación concreta y a participar en el tráfico jurídico y social bajo tal identidad” ex. art. 282 bis1 LECRIM), evidenciando que estamos en presencia de una colaboración entre Poder Judicial y Ejecutivo en la lucha contra el crimen organizado. Esto implica que se configuren dos piezas procesales, la que corresponde a la reservada, donde se constata la identidad supuesta del agente *al que no tendrán nunca acceso las partes*, y otra separada donde se constatan los resultados de la investigación del agente encubierto al que, una vez concluida la investigación, sí tendrán acceso para el ejercicio oportuno del derecho de defensa.

El agente encubierto es una figura subordinada a la autoridad judicial o, en su caso al Ministerio Público, y a las investigaciones que se desarrollen bajo su dirección. *Es personal policial voluntario* (art. 282 bis 2 II LECRIM) “cedido” a la Administración de Justicia. No existe la infiltración civil bajo control policial del derecho francés (vid. art. 706-87 del *Code de Procédure Pénale*, Código de Proceso Penal en adelante CPPF), portugués (art. 1.2 de la Ley 101/2001, de 25 de agosto) o colombiano (art. 242. II del Código de Procedimiento Penal Colombiano en adelante CPPC).

Hay que apuntar que estamos en presencia de una medida de investigación de carácter temporal (6 meses) que implica la interdicción clara de una situación de infiltración indefinida *ab initio*, a la vez que establece una situación de control dado que, si bien es posible una prórroga constante, lo cierto es que dicha prórroga tiene que estar debidamente motivada y justificada por la necesidad de las investigaciones con lo que la supervisión judicial se mantiene durante todo el desarrollo de la infiltración policial. Aunque los elementos ficticios que alimentan la identidad falsa es obra del Ministerio de Interior sujeta a ese plazo de 6 meses, *el mantenimiento de la medida es decisión del sujeto que la autoriza* y ello por la propia exigencia de una dación de cuenta periódica de la que se va a hablar a continuación.

La presencia judicial, y en menor medida de la acusación pública por la que se puede optar en la solicitud (STS 171/2019, Sala II, Ponente: Sra. Polo García, FJ 3.º), condiciona su actividad.

En primer lugar, por cuanto el juez interviene como órgano autorizante como regla general –única en el caso del ciberagente–, en tanto que la Fiscalía pierde, una vez consentida la medida, el control de la causa si da cuenta a la autoridad judicial (art. 773.2 *in fine* LECRIM). Su intervención evidencia una faceta netamente garantista, por cuanto, a la vez que supone un freno a infiltraciones masivas y por motivos indeseados (espionaje político, por ejemplo), hay una inmisión gubernativa en determinados derechos fundamentales (derecho a no confesar o a no declarar contra uno mismo, a la intimidad personal o a la inviolabilidad domiciliaria, entre otros; STS 173/2017, 11 de abril, Sala II, Ponente: Sr. Del Moral García, FJ 7.º)¹⁰ que requiere una supervisión y control del juez¹¹, coherente, por otro lado, con la previsión del art. 282 bis 3 LECRIM.

En segundo lugar, la dación de cuenta se convierte en un elemento *ex post* de control (“La información que vaya obteniendo el agente encubierto deberá ser puesta a la mayor brevedad posible en conocimiento de quien autorizó la investigación. Asimismo, dicha información deberá aportarse al proceso en su integridad y se valorará en conciencia por el órgano judicial competente”; art. 282 bis 1 III LECRIM; STS 395/2014, de 13 de mayo, Sala II, Ponente: Sr. Martínez Arrieta, FJ 3.º). En este sentido, informar no equivale a trasladar la totalidad de las comunicaciones mantenidas, con el conjunto de elementos que integran dichas comunicaciones, sino aquello que resulte relevante, amparando la medida

10 Como apunta, institucionalmente, la Fiscalía, en la Circular 2/2022, de 20 de diciembre, sobre la actividad extraprocesal del Ministerio Fiscal en el ámbito de la investigación penal, cuando las pesquisas del agente encubierto puedan afectar a derechos fundamentales será necesario recabar previa autorización judicial. Así, el fiscal pierde o no asume el control de la investigación preliminar.

11 La STC 87/2024, de 4 de junio, señala que “Debe indicarse que la exigencia constitucional o legal de autorización judicial cuando la actuación del agente encubierto afecte a los derechos fundamentales que el precepto prevé, e incluso el derecho a que se incorporen íntegramente al proceso las informaciones obtenidas, es una garantía del investigado tenga o no la actuación del funcionario de policía judicial cobertura de agente encubierto, *pues dimanarían respectivamente de los derechos fundamentales que exigen constitucional o legalmente la intervención judicial y del derecho a un proceso con todas las garantías*” (FJ 2.º B). La cursiva es mía.

y que permita conocer los hechos y a su autor (STS 503/2021, de 10 de junio, Sala II, Ponente: Sr. Magro Servet, FJ 2.º.4).

Por tanto, la clandestinidad no hace desaparecer la responsabilidad para con la causa penal objeto de investigación ni con la autoridad judicial, al contrario. Si bien el agente encubierto debe operar con relativa autonomía, ello no implica desvincularse del motivo por el que fue nombrado: *Servir para que una investigación penal pueda prosperar procesalmente aportando datos a la causa que permitan evaluar la pesquisa, la existencia de hechos ilícitos, autoría y hallazgos*. Asimismo, no rendir cuentas podría pervertir la figura situándola supraordenamiento con el telón de fondo de una posible impunidad, absolutamente inaceptable, ni tan siquiera en un plano teórico. El riesgo de la corrupción aparece, siempre, ante la falta de todo control.

Se ha dicho con anterioridad, pero hay que reiterarlo. Los motivos para poner en juego la figura del agente encubierto dependen de la tipología delictiva. En este sentido, estamos en presencia de un *numerus clausus* de supuestos para su designación (art. 282 bis 4 LECRIM) por tratarse “... de un método de investigación que la ley permite para desbaratar ciertas organizaciones criminales de envergadura, lo que no podría conseguirse por otros sistemas o pruebas efectivas de su implicación delictiva” (STS 250/2017, de 5 de abril, Sala II, Ponente: Sr. Sánchez Melgar, FJ 8.º). Efectivamente, lo excepcional de su designación viene condicionado por el hecho delictivo a investigar, precisamente, porque se quiere hacer de la infiltración un recurso limitado y no habitual en la investigación penal. En este sentido, la presencia indiciaria de crimen organizado implica una convergencia cierta y elaborada de voluntades (“... la asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada...”)¹² para cometer los delitos que, tasadamente, prevé el art. 282 bis 4 LECRIM¹². No se está hablando de la obligatoria concurrencia de un delito de organización o grupo criminal (art. 570 bis y ss., CP) para que, necesariamente,

12 Así solo cabe en “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

quepa acordar la intervención de un agente encubierto¹³, sino, más bien, de la ejecución organizada de determinados hechos de naturaleza delictiva (STS 767/2007, de 3 de octubre, Sala II, Ponente: Soriano Soriano, FJ 4.º) que motiva la designación del agente encubierto para identificar a los autores y a los delitos que, de manera mancomunada, podrían estar perpetrando, lo que sirve para una organización estable debidamente jerarquizada o estructurada, pero también en “asociaciones delictivas”, sin estructura jerárquica identificable, pero con una finalidad delictiva constante (“reiterada”).

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. 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”.

- 13 En palabras de la STS 575/2013, de 28 de junio, Sala II, Ponente: Sr. Marchena Gómez, FJ 1.2 F): “En efecto, el art. 282 bis, apartado 4.º, cuando incorpora una definición de delincuencia organizada –la asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer alguno de los delitos enumerados–, deja bien claro que ese concepto se refiere, exclusivamente, ‘... a los efectos señalados en el apartado 1 de este artículo’, es decir, ‘... cuando se trate de investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada’. El precepto, como puede apreciarse, circunscribe su alcance a la fase de investigación, en la que, por definición, no pueden manejarse verdaderas pruebas, sino indicios que luego merecerán o no su traducción en una tipicidad más agravada. *Además, alude a actividades propias de la delincuencia organizada, locución más flexible, referida a la metodología de la dedicación delictiva, más que a la prueba efectiva de la pertenencia del sospechoso a una organización, dato que podrá luego confirmarse o no*”. La cursiva es mía.

La infiltración mediante agente encubierto supone ventajas operativas. En primer lugar, el otorgamiento, antes señalado, de una identidad supuesta que implica la creación de una ficción (antecedentes penales, títulos, documentos de identidad, permiso de conducir...) que permite esquivar la sospecha de los investigados, preservando una necesaria esfera de protección al agente policial. En segundo lugar, la exención de responsabilidad penal respecto de aquellos delitos que hubiera podido cometer en la condición de infiltrado con arreglo a un criterio de proporcionalidad (“razonabilidad”) (art. 282 bis 5 LECRIM). *Sin embargo, el otorgamiento de tales elementos implica, simultáneamente, una protección de derechos para el investigado.* No se trata solo de facilitar la actividad policial de comprobación y descubrimiento, sino que es necesario blindar al sospechoso que pudiera verse afectado por un delito provocado sin que pueda quebrantarse su derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE; art. 6.1 CEDH). Es decir, la actitud del agente encubierto *no puede constituir una incitación a la comisión de hechos ilícitos que luego sirvan para construir un caso penal y crear un acervo probatorio de cargo que funde una condena en tanto vulnera el derecho a un juicio justo* (Sentencia TEDH de 16 de diciembre de 2021, asunto Yakhymovych c. Ucrania, § 30).

El agente encubierto no implica una licencia para inducir. Antes, al contrario, de lo que se trata es que dentro de una posición policial pasiva se descubra a aquel que ya abriga, con carácter previo, la voluntad de cometer un hecho de naturaleza delictiva, pero no se trata, en absoluto, de allanarle el camino para algo que no había pensado sin la presencia e influencia del agente encubierto, convertido, ahora, en agente provocador. La designación del agente encubierto bajo control judicial, por tanto, es una herramienta de garantía procesal (Sentencia TEDH de 4 de abril de 2017, asunto Matanović c. Croacia, § 123), no solo un medio de investigación. Por otro lado, su condición de agente encubierto lo blindo de hipotéticas responsabilidades penales ante la comisión de hechos delictivos que, accesoriamente, tuviera que cometer para sostener su ficción.

Finalmente, las garantías se estrechan más cuando se trata del *ciberagente*. Es decir, del agente encubierto que opera en el ámbito tecnológico que nos recuerda que ahora “Las fuerzas y cuerpos de seguridad patrullan por la Red del mismo modo que sus agentes patrullan

por las calles [...] Esta labor de vigilancia virtual en la Red tiene una importancia fundamental, porque son muchos y muy graves los delitos que se cometen a través de Internet, afectando en muchas ocasiones a las personas más vulnerables” (SAN 11/2017, de 17 de marzo, Sala de lo Penal, Ponente: Sra. Fernández Prado, FJ 1.º).

Tenemos que partir de que la autorización judicial es la única que puede habilitar su participación (art. 282 bis 6 I LECRIM) en el ámbito operativo de la “delincuencia organizada informática”, *aunque puede utilizarse en un delito doloso y grave que implique el uso de las nuevas tecnologías* –haciendo un examen de proporcionalidad claro (SSTC 66/1995, de 8 de mayo, FJ 5.º; 55/1996, de 28 de marzo, FFJJ 6.º, 7.º, 8.º y 9.º, 37/1998, de 17 de febrero, FJ 8.º)– *o estén castigados, usando aquellas, con pena de, al menos, tres años* (arts. 588 ter a y 579.1 LECRIM), de tal manera que su intervención implica un contacto con un universo virtual y paralelo donde la “criminalidad sin rostro” opera con cierta comodidad bajo el paraguas de una dirección IP.

Hay, no lo olvidemos, una suerte de *ciberindustria criminal organizada*, en muchos casos especializada en la comisión de determinados hechos delictivos, que van desde el fraude patrimonial a la pornografía infantil, donde no podemos establecer una geografía concreta por cuanto cabe que se pueda cometer el hecho entre continentes, ya no solo entre víctima y autor del hecho, sino que los propios ciberdelincuentes pueden interactuar, auxiliándose, en diferentes lugares. Por tanto, hay que descartar la territorialidad en la comisión del hecho delictivo y la naturaleza centralizada y jerarquizada que configura la existencia de organizaciones criminales típicas caracterizadas por el control de un espacio físico concreto¹⁴. Es obvio que esto implica un claro problema de

14 Por poner un ejemplo. Ocurre con las organizaciones mafiosas, en tanto que sabemos que Cosa Nostra opera en Sicilia-Palermo, la ‘Ndrangheta en Regio-Calabria o la Camorra en Nápoles y, en menor medida, la Sacra Corona Unita en Apulia. *Con la ciberdelincuencia el “control del territorio” desaparece físicamente* con la posibilidad de intervención de más organizaciones en un espacio más amplio. En resumen, y aplicándolo a la legislación actual, Internet es un medio apto para posibilitar la coordinación y el concierto delictivo estructurado en organización o grupo criminal, sin necesidad de formatos piramidales o jerárquicos ni de que sus componentes tengan un conocimiento entre sí personal o superior al que la Red posibilita (Velasco Núñez, 2011, p. 69).

actuación policial cuya intervención directa, en tareas de prevención, se ve enormemente complicada.

Paralelamente a los peligros que implica, igualmente, no podemos olvidar la faceta garantista pues nuevamente está en juego el art. 18 CE, pero, no solamente, pues en virtud de las conversaciones que se pueden tener en canales cerrados, de ahí la necesidad de autorización judicial, con las personas investigadas puede resentirse, también, el derecho de defensa previsto en el art. 24.2 CE por cuanto podrían existir confesiones, o autoinculpaciones, respecto de los hechos cometidos. Y todo ello, en íntima conexión con el *derecho al entorno virtual* (STS 287 /17, 19 de abril, Sala II, Ponente: Sr. Marchena Gómez, FJ 2.º) en cuanto cesión autorizada judicialmente respecto de los datos asociados a la comunicación (STS 197/2021, 4 de marzo, Sala II, Ponente: Sr. Del Moral García, FJ 3.º).

En el caso del ciberagente, parece que el sentido de su configuración, aunque no único por supuesto, *vendría dado por la comisión de delitos relacionados con los circuitos de tráfico y transmisión de pornografía infantil*. No se entiende sino la regulación contenida en el art. 282 bis 6 II LECRIM cuando señala: “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*”. Esto es fruto de la reciprocidad, en cuanto al intercambio de material, que se da en comunidades de pedófilos, un *do ut des* que permite la infiltración más fácilmente otorgando mayor verosimilitud respecto del iniciado que facilita material novedoso al resto de integrantes. No obstante, es posible que para poder tener un conocimiento previo haya que llevar a cabo una actividad policial de “ciberpatrullaje” que no precisa de una autorización judicial¹⁵,

15 Como ha apuntado la STS 173/2018, de 11 de abril, Sala II, Ponente: Sr. Del Moral García: “Doctrinalmente, se diferencia entre lo que se conoce como ciber patrulleo (el agente realiza exploraciones o indagaciones por canales abiertos de comunicación) y el estricto agente encubierto online que opera en canales cerrados. Solo en este segundo caso la legislación reformada en 2015 requiere autorización judicial, lo que no inexorablemente habría de proyectarse a casos como el ahora examinado en que no estamos ante una infiltración policial en la red, sino ante el uso por la policía del canal creado por quien ha sido detenido, *valiéndose de su nickname*” (FJ 7.º).

desarrollándose en canales abiertos con la mera creación de un seudónimo digital que garantice un relativo anonimato.

La infiltración telemática, *donde cobra singular fuerza inspiradora el Convenio de Budapest de 23 de noviembre de 2001 sobre ciberdelincuencia*, tiene complejidades teniendo presente la variada gama de delitos que pueden ser cometidos a través de la red faltando patrones fijos a nivel organizativo en función del hecho delictivo, de su *naturaleza interpersonal* (pornografía infantil, captación de personas), *patrimonial* (fraudes o estafas) o *instrumental* (servicios delictivos de apoyo a otras actividades ilícitas). Además, los cibergrupos delictivos disponen de sus propias reglas de seguridad que, precisamente, buscan prevenir el acceso policial a sus canales, tienen su jerarquía y distribución de funciones en atención a las particulares capacidades de sus integrantes con influencia, incluso, de roles de género (Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito, 2022, pp. 20-25). Y todo esto tiene trascendencia en la estrategia de actuación del agente encubierto. Sin embargo, y al margen de la propia fisonomía, difícil de generalizar, de las diferentes “ciberestructuras criminales”, lo cierto es que hay elementos adicionales que implican una delgada línea por la que transita el agente infiltrado. Se trata, ya se anticipó antes, de los supuestos de las operaciones en los denominados “canales cerrados”, concepto difícil de concretar con una definición universal. En todo caso, el marco de “razonable expectativa de privacidad” implica un muro de contención frente a las investigaciones policiales autónomas. En este sentido:

La *expectativa razonable de privacidad* se pone voluntariamente en riesgo en la navegación en redes abiertas, mientras que en comunicaciones cerradas la expectativa de privacidad es mayor y por tanto se hace preciso evitar los abusos de la Policía y del poder del Estado para garantizar el derecho a la libertad y la vida privada. De ahí, el fundamento de la exigencia de autorización y control judicial (STSJ-IB 6/2023, de 26 de enero, Sala Civil y Penal, Ponente: Sr. Gómez-Reino Delgado, FJ V).

Los canales cerrados se caracterizan por estrictas normas de seguridad que impiden una participación masiva, de tal manera

que solo determinadas personas y bajo concretos requisitos pueden adentrarse en aquellos. Así, el concepto de “privacidad” se ve impuesto por reglas internas y supone un elemento que solo puede ser orillado por una autorización judicial que habilite la intromisión so riesgo de liquidar todo acervo que, con efecto probatorio, pueda obtenerse. Igualmente, el canal cerrado impide toda autonomía policial a la hora de, una vez dentro del grupo, obtener datos identificativos. Es decir, se precisa autorización judicial para llevar a cabo, con los datos obtenidos (por ejemplo, una IP o correo electrónico), una identificación de los integrantes requiriendo al prestador de servicios (art. 588 ter j) LECRIM; STSJ-IB 6/2023, de 26 de enero, Sala Civil y Penal, FJ VI.1, 2 y 3, Ponente: Sr. Gómez-Reino Delgado).

Finalmente, *está nuevamente la necesaria transmisión de información que recabe el agente encubierto cibernético a la autoridad judicial* (art. 282 bis 1. III LECRIM). Su actuación temporal (6 meses), al estar amparada por una resolución en el marco de una instrucción penal, “encapsula” la hipotética responsabilidad penal del infiltrado telemático, por eso, juntamente con la participación simulada en canales cerrados, es preciso que se informe de qué hace y qué consigue en atención, antes se señaló, a los derechos fundamentales que están en juego, juntamente con la posibilidad autorizada de tener y disponer de material que *per se* implica la comisión de un hecho delictivo como puede ser la tenencia y distribución de archivos de pornografía infantil (art. 189 CP).

3

Agente encubierto u operación encubierta: ¿dos tipos de infiltrados?

Hay que diferenciar, en el marco de trabajo de lucha contra la delincuencia, el desarrollo de actividades encubiertas destinadas a descubrir el delito de lo que es la intervención con agente encubierto. Dicho de otra manera, podemos hablar de una infiltración con dos velocidades. Una para operaciones concretas donde, lógico es, los policías que van a intervenir no lo hacen amparados por una resolución judicial, se valen de la táctica de la simulación para favorecer el operativo, pero sin ningún manto

protector exonerativo en cuanto a la comisión de hechos delictivos accesorios y sin el uso de una identidad permanente ficticia, y otra que es la que resulta del art. 282 bis LECRIM, cuyas líneas maestras apunté en el epígrafe anterior. Es posible, por tanto, diferenciar entre la actividad permanente, en un escenario complejo de encaje en una organización o grupo criminal, del agente encubierto avalado por el respaldo judicial y la laboriosa mecánica de creación de una identidad, siempre en el marco de una instrucción penal, de un trabajo de índole administrativa donde se disimula la condición policial ya sea para obtener información, ya sea para descubrir el hecho delictivo concreto, lo que permite que hablemos de una operación encubierta o, si se prefiere, de una especie de infiltración limitada.

Un ejemplo de lo anterior lo podemos ver en el derecho comparado. Así, en *Argentina* con la Ley 27319, de 2 de noviembre de 2016, de Investigación, Prevención y Lucha de los delitos complejos. Herramientas. Facultades. Norma prevista para afrontar, entre otros, hechos relacionados con el narcotráfico (art. 2), donde hace una doble distinción en los arts. 3 y 5. Por tanto, separa al “agente encubierto” que es

... todo aquel funcionario de las fuerzas de seguridad autorizado, altamente calificado, que presta su consentimiento y ocultando su identidad, se infiltra o introduce en las organizaciones criminales o asociaciones delictivas, con el fin de identificar o detener a los autores, partícipes o encubridores, de impedir la consumación de un delito, o para reunir información y elementos de prueba necesarios para la investigación, con autorización judicial (art. 3).

del llamado “agente revelador” que es

... todo aquel agente de las fuerzas de seguridad o policiales designado a fin de simular interés y/o ejecutar el transporte, compra o consumo, para sí o para terceros de dinero, bienes, personas, servicios, armas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o participar de cualquier otra actividad de un grupo criminal, con la finalidad de identificar a las personas implica-

das en un delito, detenerlas, incautar los bienes, liberar a las víctimas o de recolectar material probatorio que sirva para el esclarecimiento de los hechos ilícitos. En tal sentido, el accionar del agente revelador no es de ejecución continuada ni se perpetúa en el tiempo, por lo tanto, no está destinado a infiltrarse dentro de las organizaciones criminales como parte de ellas (art. 5).

El anterior criterio distintivo procede de la necesidad de separar las infiltraciones permanentes de actos concretos de simulación policial destinada a desbaratar operaciones individualizadas, pero, en ambos casos, tiene un sentido claramente probatorio, teniendo presente que, y con arreglo a la anterior norma, la decisión en torno *al uso de ambas herramientas es de estricta titularidad del Juez* (arts. 4 y 6). Es interesante la regulación contemplada. Primero, por contemplar los supuestos de operaciones determinadas, que no requieren una infiltración permanente, del uso del agente encubierto, situando bajo control judicial ambos supuestos. Segundo, en el caso del “agente revelador” parece que, con esa autorización y supervisión judicial (art. 7), se quiere evitar la autonomía policial que pueda desembocar en casos de corrupción y confraternización con elementos delictivos. En definitiva, la finalidad no es que el agente revelador se infiltre dentro de la organización criminal, sino que se restringe a poner de manifiesto la existencia de una actividad ilícita previa a su participación de tal manera que podrá realizar una compra de sustancias estupefacientes con el fin de revelar la efectiva comercialización de ese material, simular interés para acceder a un servicio vinculado a la trata de personas con fines de explotación sexual para poner de manifiesto la existencia de una red con esa finalidad o adquirir bienes para exponer una maniobra de lavado de activos (Roibón, 2024, pp. 10-11). En definitiva, simulan requerir de otro la ejecución de una conducta delictiva con el propósito de lograr la concreción de los propósitos delictivos de este (Alcaino Arellano, 2026, p. 270).

Asimismo, también en Latinoamérica, consta el uso del agente revelador en el *derecho chileno* (art. 226.D Código Procesal Penal Chileno, en adelante CPPCh), que es un funcionario policial que puede tener identidad ficticia que busca concretizar propósitos

criminales; en *México*, a través del “usuario simulado” para la prevención de delitos (Ley de Policía Federal, de 1 de junio de 2009, art. 10 XII), o la *regulación peruana*, que contempla al “agente revelador”, si bien parece ser un confidente que puede llegar a facilitar “evidencias criminales” respecto de organizaciones, pudiendo ser un particular incluso (art. 341.1.3 Código Procesal Penal Peruano, en adelante CPPP). Hay que apuntar que Europa no ha sido receptiva a esta figura que, en mi opinión, nos permite diferenciar la *operación encubierta puntual de la infiltración permanente*, escenarios que es preciso deslindar con cierta claridad.

Nuestro ordenamiento jurídico, ya está apuntado, no ha contemplado la *operación puntual simulada o encubierta*, sino que se ha limitado a regular la figura central de la infiltración permanente (Sánchez González, 2024a, p. 112) en atención a que puede conculcar los derechos fundamentales. ¿Implica esto que no pueden llevarse a cabo hechos de infiltración puntual ante operaciones delictivas?

En este sentido, hay que separar los aspectos de investigación policial de los propiamente constitutivos de la seguridad ciudadana. Ambos están integrados dentro del concepto de seguridad pública (STC 55/1990, de 28 de marzo, FJ 5.º), pero que no cabe mezclar en ningún caso. La tarea de la Policía Judicial es llevar a cabo el descubrimiento del delincuente y del delito (arts. 126 CE y 282 LECRIM; STC 303/1993, de 25 de octubre, FJ 4.º); ahora bien, no cabe asumir la ingenua creencia que impide la existencia de actuaciones y relaciones entre agentes y los ambientes delincuenciales para obtener información, ya sea para identificar y capturar a los autores de hechos ilícitos, ya sea como una actuación preventiva, lo que exige tener, por ejemplo, confidentes que conviven en marcos limítrofes con el delito (Gimeno Sendra y Díaz Martínez, 2018, p. 314). Esta relación es una estrategia normalizada y lógica. Y, para ello, *no es precisa la existencia de una infiltración permanente* ni de la presencia judicial, es más, la relación con las fuentes es una tarea previa al desarrollo de una operación policial de descubrimiento del delito, ya sea concreta, ya sea compleja, donde no es preciso el uso de una identidad falsa.

En todo caso, hay operaciones encubiertas, en tanto entra en juego una clara estrategia de ocultación por el funcionario

policial, que por su escasa duración no requieren de autorización judicial. Así:

... Pero no toda incidencia en ese derecho reclama inexorablemente habilitación judicial como demuestran las *simulaciones policiales investigadoras de corta duración* (v. gr., requerimiento de droga por un agente que oculta su identidad a quien parece estar vendiéndola en una vía pública) que, según entiende generalizadamente la doctrina y unánimemente la jurisprudencia, *no precisan de ese previo plázet judicial* (STS 835/2013, de 6 de noviembre) (STS 173/2018, de 11 de abril, Sala II, Ponente: Sr. Del Moral García, FJ 7.º).

Por tanto, una operación encubierta breve y con identidad disimulada, seguida de previas investigaciones (STS 835/2013, de 6 de noviembre, Sala II, Ponente: Sr. Andrés Ibáñez, FJ 1.º) por el agente interviniente, no precisa de autorización judicial para actuar, de tal manera que admitimos una suerte de “agente revelador” que puede trabajar, no con identidad supuesta, pero sí engañando a los delincuentes sobre su condición siempre que estos ya hubieran abrigado, previamente, una actuación delictiva y para una operación concreta.

No es necesario, por tanto, la existencia del paraguas que implica la designación judicial de un agente encubierto, creando ad hoc una identidad, y con el blindaje exonerativo de la responsabilidad penal¹⁶, lo que no elude, tampoco, la consideración de estar

16 Como apunta la STC 87/2024, 4 de junio, FJ 2.º A: “En supuestos más excepcionales, son los investigados quienes toman la iniciativa en el contacto con quien saben que es agente de policía, pero le suponen erróneamente corrupto a fin de que facilite la comisión del delito. En tal caso, su intervención puede prolongarse en el tiempo. *No es necesario que dicho agente, pese a ocultar sus verdaderas intenciones al ser contactado, sea habilitado como agente encubierto al no exigirse para preservar su seguridad y el éxito de su investigación que actúe con identidad supuesta, ni tan siquiera la debe ocultar al ser su condición de policía conocida y buscada por los investigados.* En estos supuestos, el agente de policía puede interactuar con el investigado del mismo modo que pudiera hacerlo el agente encubierto, pero sin que quede amparado por la exención de responsabilidad que el art. 282 bis LECRIM prevé, y, consiguientemente con el riesgo jurídico de verse sometido a un proceso penal, por lo que deberá buscar, en su caso, en otros preceptos distintos el fundamento de su exoneración”.

en presencia de una operación encubierta de baja intensidad, *una operación encubierta, al fin al cabo, donde se disimula la condición policial, lo que facilita descubrir el delito y al delincuente para proceder a una detención inmediata*. Lo que tenemos es una situación fáctica ayuna de regulación jurídica estricta, pero que puede tener encaje perfectamente en el marco del art. 282 LECRIM.

Lo anterior implica las comunicaciones previas entre el agente policial y la persona investigada, es decir, no hay intromisión en ningún derecho fundamental cuando un agente no manifiesta su condición y mantiene, por ejemplo, comunicaciones con el presunto delincuente con la intención de obtener información sobre algún hecho o hechos, simulando la intención de participar o cooperar en un ilícito penal previamente planificado con la idea de frustrarlo. No es una infiltración en absoluto, pero puede precederla, con lo que es posible que sea preciso llevar a cabo una designación de un agente encubierto ulteriormente a la vista del trabajo previo desarrollado. En todo caso, la cuestión se nos antoja relativamente compleja en algunas cuestiones que afectan a una operación encubierta. Por ejemplo, en el marco de estas conversaciones previas donde el agente policial oculta su condición se pueden suscitar dudas en orden a qué ocurre con los supuestos de confesión de comisión de hechos delictivos por el sospechoso o cuando, también, se entra en el domicilio del delincuente que, obviamente, ignora la condición de funcionario policial que con él interacciona y le exhibe, por ejemplo, armas, drogas o ambas.

Empezando por el acceso al domicilio en una operación encubierta parece que se suscita un problema. Tangencialmente, nuestro TS señaló en su día lo siguiente:

I) Estima la defensa que se habría vulnerado también el derecho a la intimidad de Nicanor, en la medida en que el agente encubierto compartió numerosos contactos, algunos de ellos, desarrollados en el propio domicilio del investigado. Tampoco esta alegación es viable. *La necesidad de incorporar a nuestro sistema procesal una norma que proporcione cobertura a las posibles entradas en el domicilio del investigado, sin otra autorización que un consentimiento viciado por el desconocimiento de la*

*verdadera identidad del agente encubierto, resulta inapla-
zable. Sin embargo, en el presente caso, la Audiencia
no ha dado por probada la existencia de contactos, ni
previos ni simultáneos a la autorización, en el domici-
lio del sospechoso (STS 575/2013, de 28 de junio, Sala
II, Ponente: Sr. Marchena Gómez, FJ 2.º I).*

Si efectivamente nuestro Alto Tribunal abrigaba fundadas du-
das, invocando la necesidad de una regulación legal expresa ante
la figura del agente encubierto, parece claramente constituirse
en un óbice claro cuando estamos ante una operación limitada
en el tiempo con un agente que disimula su verdadera condición.
Si bien el derecho fundamental a la intimidad (art. 18.1 CE) cede
ante el consentimiento del sujeto (SSTC 83/2002, de 22 de abril,
FJ 5.º; 196/2006, de 3 de julio, FJ 5.º), lo cierto es que la penetra-
ción en un domicilio con un permiso viciado genera en una opera-
ción puntual, cuando menos, dudas, máxime cuando no estamos ni
tan siquiera ante una infiltración autorizada judicialmente. Esto
da pie a defender que *una operación encubierta sin infiltración* debe
desarrollarse fuera de espacios domiciliarios o íntimos. El consen-
timiento viciado no ampara la entrada, y mucho menos el regis-
tro ni la permanencia en tales escenarios ni, por tanto, tampoco
la grabación en dichos espacios de conversaciones, algo que solo
se permitiría a un agente encubierto, pero con una autorización
judicial expresa que lo habilitara; si bien el agente encubierto
nombrado por Fiscalía podría mantener comunicaciones y llevar
a cabo entradas puntuales, pero no registros, en las viviendas de
los sospechosos (art. 282 bis 1. 3 y 7 LECRIM; STS 932/2025, 12
noviembre, Sala II, Ponente: Sr. Hernández García, FJ 1.7.º)¹⁷.

17 El PLOECRIM 2025 en su art. 408.2 II, respecto del consentimiento para el acceso al domicilio a un agente encubierto, señala que “No obstante, se considerará válidamente prestado el consentimiento cuando se permita la entrada de un agente encubierto cuya actuación haya sido autorizada por el Juez de Garantías conforme a lo establecido en la presente ley”. De tal manera que la mera habilitación judicial implica la posibilidad de entrada, nada dice del registro, en el domicilio de un sospechoso o del titular del inmueble. El art. 408. 1 del BCPP 2013 también indicó que “El agente encubierto podrá entrar en el domicilio de otro o en un lugar cerrado cuando sea autorizado para ello por alguno de los moradores o por una persona autorizada. El consentimiento del morador para la entrada del agente encubierto en su domicilio será válido, aunque para su obtención el agente se valga del engaño que deriva del uso de la identidad supuesta”.

La cuestión de las comunicaciones, en operaciones encubiertas limitadas en las que el delincuente confiesa hechos delictivos, presenta, también, algunas aristas de interés. En mi opinión, *una cosa es obtener una confesión mediante un interrogatorio forzado y subrepticio –sonsacando información deliberadamente simulando ser quien no se es y que impacta en el art. 24.2 CE– que no es admisible en un agente policial pues “Muy diferente sería el supuesto si lo que se hubiese buscado es desde una posición de superioridad institucional (agentes de la autoridad) una ‘confesión’ extraprocesal arrancada mediante engaño” (STS 298/2013, 13 de marzo, Sala II, Ponente: Del Moral García, FJ 1.º)¹⁸ y otra, muy distinta, es que la declaración fuera espontánea y desconectada de cualquier intento de obtenerla. Este último supuesto, efectivamente, tiene eficacia probatoria sujeta a determinadas formalidades a practicar por los agentes como testificar en la fase de plenario sobre lo oído, pero no tiene eficacia inculpativa per se (STS 932/2025, 12 de noviembre, Sala II, Ponente: Sr. Hernández García, FJ 1.17 y 18.º), puede ser valorada como prueba de cargo, con otros elementos concurrentes, siempre que nunca fuera buscada y la decisión del investigado fuera señalarla, por ejemplo, con la pretensión de impresionar a su interlocutor presentando, a su vez, elementos que lo acrediten. No puede responsabilizarse al agente de la manifestación voluntaria del investigado y donde la simulación no ha tenido nada que ver como herramienta para su*

18 La STS 652/2016, de 15 de julio, Sala II, Ponente: Conde-Pumpido Touron, en su FJ 11.º, haciéndose eco de la STS 298/2013, deja claro que “De lo que podemos concluir que conforme a la doctrina jurisprudencial *sí estarían afectadas de nulidad las grabaciones realizadas engañosamente por agentes de la autoridad a modo de confesión extrajudicial, por vulnerar el derecho constitucional a no confesarse culpable, pero no en las relaciones privadas*”. Señala, igualmente, la STS 197/2021, de 4 de marzo, Sala II, Ponente: Sr. Del Moral García, FJ 2.º: “Cuestión distinta es cuando las declaraciones se producen en un interrogatorio policial preliminar, en sede policial, y en respuesta a preguntas referidas específicamente al hecho delictivo investigado, como sucede en el caso actual. Constituiría un verdadero fraude procesal que, no constituyendo prueba de cargo la autoincriminación policial con asistencia de abogado, no ratificada en sede judicial, *se admitiese como prueba de cargo válida la misma inculpativa en un interrogatorio preliminar, sin abogado y sin previa información de derechos*”. En este supuesto, la simulación no puede ser un atajo que sirva para obtener declaraciones mediante un interrogatorio guiado.

manifestación. Como ha apuntado nuestro TS –si bien por manifestaciones a agentes policiales identificados como tales–:

Respecto a las manifestaciones espontáneas de un acusado fuera del atestado, la doctrina de esta Sala (SSTS 418/2006, de 12-4, y 667/2008, de 5-11) precisa que el derecho a no declarar, que el recurrente habría expresado a los investigadores policiales, no se extiende a las declaraciones libres y espontáneas que el detenido quiera realizar, *porque lo prohibido es la indagación*, antes de la información de derechos o cuando ya se ha ejercido el derecho a no declarar, *pero no la audición de manifestaciones por los funcionarios policiales*. Como se dice en la sentencia 25/2005, de 21 de enero, las manifestaciones que fuera del atestado efectúa el detenido, voluntaria y espontáneamente, *no pueden considerarse contrarias al ordenamiento jurídico y pueden ser confluyentes con los fines de la justicia y, en definitiva, del interés social* (STS 597/2017, de 24 de julio, Sala II, Ponente: Sr. Jorge Barreiro, FJ 1.3.º).

Otra cuestión que, sin duda, y que entronca con el “agente revelador”, resulta de interés viene motivada por el posible *uso de un particular, que bien podría ser un confidente, hagan las fuerzas policiales para recabar información o indicios de responsabilidad penal*. Me refiero a aquellos supuestos en los que no es el agente policial el que lleva a cabo una tarea propiamente de infiltración, *sino que se apodera a un particular para, por ejemplo, llevar a cabo la grabación de una conversación con otros sospechosos, es decir, en cierta manera se infiltra*, y así obtener indicios claramente de cargo contra ellos. El propio TS –en un supuesto en el que el grupo investigador permitió la grabación subrepticia de un confidente con sujetos que iban a cometer un secuestro y robo, facilitando el dispositivo de grabación la propia unidad– ha negado su validez con rotundidad:

2.6.- La validez o nulidad probatoria de esa grabación no depende en exclusiva de quién asume la iniciativa de valerse de un dispositivo que hace posible ese registro. Habrá casos, cierto es, en los que la determinación del momento en el que se decide grabar la

conversación resulte decisiva. Pero lo verdaderamente definitivo será siempre la idea, tantas veces repetida en la jurisprudencia de esta Sala, de que *la ilicitud probatoria se asocia a la ventaja que obtienen los investigadores cuando eluden los límites impuestos por nuestro sistema constitucional al ejercicio del ius puniendi y se valen de un instrumento que les permite eludir la judicialización de las diligencias* y, por si fuera poco, obtener un testimonio de tan alto poder incriminatorio, grabado aprovechando la espontaneidad de quien conversa con su interlocutor sin saber que sus palabras van a servir para fundamentar su propia condena. *Aceptar sin reservas una declaración obtenida en esos términos supone abrir una inédita y peligrosa vía que permitiría a la investigación penal esquivar los perturbadores límites que imponen las garantías de nuestro sistema constitucional.* De atribuir normalidad a un escenario en el que la obtención de un testimonio incriminatorio puede lograrse por los agentes optando entre la legitimidad jurisdiccional de la injerencia o la grabación subrepticia y clandestina facilitada por un coimputado, estaríamos contribuyendo a una irreparable erosión de las garantías y derechos que limitan el ejercicio del ius puniendi. *El proceso penal permite a los investigadores, desde luego, valerse de un agente encubierto.* Pero su intervención no puede hacerse depender del incontrolado interés en obtener a cualquier precio pruebas incriminatorias. Por el contrario, ha de ajustarse a las previsiones del art. 282 bis de la LECrim (STS 875/2021, de 15 de noviembre, Sala II, Ponente: Sr. Marchena Gómez, FJ 2.6)¹⁹.

Este tipo de intervenciones implica una clara vulneración del art. 24.2 CE en lo que respecta al derecho a no declararse culpable y a la presunción de inocencia.

Cuestión distinta vendría dada por el hecho que fuera el particular quien, grabando sus conversaciones, por decisión propia,

¹⁹ La cursiva es mía. Puede, igualmente, consultarse la STS 311/2018, de 27 de junio, Sala II, Ponente: Sr. Marchena Gómez sobre el particular.

las facilitara ulteriormente a los agentes policiales, pero sin que estos tuvieran nada que ver en la consecución de un atajo operativo para descubrir el hecho delictivo, no vulneraría el art. 24.2 CE. El escenario es diferente al anterior, de tal modo que emplear a un particular como peón en el desarrollo de investigaciones policiales, convirtiéndolo en una herramienta mediata que vulnere derechos fundamentales, tiene como sanción la nulidad de todo lo actuado (art. 11.1 LOPJ).

Nuestro ordenamiento jurídico, en suma, se esfuerza en contemplar el agente encubierto, dando, quizá, por supuesto que el trabajo policial implica una actividad que puede comprender operaciones con identidad disimulada, que no simulada, para facilitar la identificación de hechos y responsables. No obstante, es observable que el conflicto con los derechos fundamentales puede estar servido y, sin embargo, ni es necesaria autorización judicial alguna ni la designación de un agente encubierto, siendo relevante que los investigadores policiales transiten con enorme prudencia por el raíl marcado por el art. 24.2 CE. Ni cabe acudir a aparentes ventajas operativas para obtener confesiones forzadas hábilmente mediante engaño ni acudir a dudosas estrategias de infiltración con la intención de obtener información incriminatoria ignorando la necesidad de autorización judicial para la conculcación de derechos fundamentales. Disimular la identidad profesional para desarrollar una operación encubierta concreta y limitada no requiere de autorización judicial cuando se busca descubrir delitos concretos –no correlacionados con el crimen organizado– y a sus responsables, al ser una actividad cubierta por el art. 282 LECRIM.

4

El agente encubierto en las investigaciones de Fiscalía

Se produce en nuestro ordenamiento jurídico procesal penal un debate paradójico en torno al papel que tiene que asumir el Ministerio Público teniendo presente que ya existe el fiscal investigador reconocido en el art. 5 EOMF y 773.2 LECRIM juntamente con la doctrina que permite el desarrollo de tales investigaciones como la Circular 2/2022, de 22 de diciembre, sobre la

actividad extraprocesal del Ministerio Fiscal en el ámbito de la investigación penal. Y otra, la mal llamada intención de otorgar la “instrucción de las causas” al acusador público²⁰, pretensión escenificada en los sucesivos proyectos del Ministerio de Justicia, de diferentes signos, que hasta el momento no han fructificado (ALECRIM 2011, BCPP 2013, ALECRIM 2020 o el PLOECRIM 2025).

No podemos olvidar que la instrucción penal tiene una *naturaleza mixta*, como se ha encargado de apuntar nuestro TS (SSTS 228/2015, de 21 de abril, Sala II, Ponente: Sr. Martínez Arrieta FJ 1.º, y 138/2021, de 17 de febrero, Sala II, Ponente: Sr. Magro Servet, FJ 1.º), con lo que encierra en su interior una faceta netamente jurisdiccional con la tutela de los derechos fundamentales (interceptación de comunicaciones, entradas domiciliarias, decisión sobre la prisión provisional, entre otras, con arreglo al art. 117.4 CE) que es titularidad estricta del juez, y otra, de carácter administrativo, que encierra la “investigación” como parte de un todo que es la instrucción misma y que supone un conjunto de actividades instrumentales destinadas a la averiguación del hecho delictivo y de su autor que no requieren la intervención judicial en tanto no suponen vulneración de derechos fundamentales, salvo actividades puntuales que suponen restricciones momentáneas y excepcionales como la detención que se permite tanto a las fuerzas policiales (art. 492 LECRIM) como a la Fiscalía (arts. 773.2. II LECRIM y 5 EOMF), pero para la puesta, en su caso, a disposición de la autoridad judicial. Por tanto, no cabe hablar de una futura instrucción por el acusador público, sino de *la dirección única por este de la investigación*, recopilando evidencias para sustentar la acción penal y despojando al juez de estas funciones (Alfonso Rodríguez, 2024, p. 195).

20 Como institucionalmente se ha explicado por la propia acusación pública: «Por el Fiscal Superior de Andalucía se aclara que, en tanto no se produzca una reforma del proceso penal atribuyendo la instrucción al fiscal, nos hemos de referir no al Fiscal «instructor» sino al Fiscal «investigador», entendiéndolo por tal aquel Magistrado que realiza de manera imparcial una actividad previa al proceso inspirada en los principios de proporcionalidad, contradicción y defensa» (Fiscalía General del Estado, 2017, p. 865).

En todo caso, hasta que la reforma integral en la instrucción no se produzca²¹ tendremos que atender a los criterios que dimanen de apenas un par de preceptos y a la doctrina de la Fiscalía General del Estado, con un sistema en el que el Ministerio Público de nuestro país convive con la capacidad de investigación del juez instructor y de la Fiscalía Europea con arreglo a la Ley 9/2021, de 1 de julio, de aplicación del Reglamento (UE) 2017/1939, del Consejo, de 12 de octubre de 2017, que se encarga de la protección de los intereses financieros de la UE con competencia exclusiva sobre ellos. Las diligencias del Ministerio Fiscal derivadas del EOMF y de la LECRIM constituyen una actividad de parte, con rasgos preprocesales y preliminares, cuya función “no es otra que desplegar aquella investigación que resulte imprescindible para, dado el caso, presentar denuncia o querrela ante unos hechos que prima facie revistan relevancia penal, decretando el fiscal su archivo en otro caso. Su objetivo es, pues, la traslación fundada de la notitia criminis al órgano judicial competente, con el fin de que por este último se dé curso a la instrucción” (STC 59/2023, de 23 de mayo, FJ 4.º). Esta actividad preparatoria no genera, a su vez, material probatorio (STS 280/2016, de 11 de enero, Sala II, Ponente: Sr. Marchena Gómez, FJ 2.º B).

Por tanto, en el curso de las actuaciones indagatorias de la Fiscalía es posible que se designe a un agente encubierto. Hay que destacar que, si bien no estamos en presencia de actividades que son procesales, se reconoce una eventual designación en el curso de sus investigaciones, que se llevará a cabo en decreto dictado al efecto, de la misma manera que un auto acordado por un juez o magistrado, y por el fiscal jefe responsable, donde es preciso recabar la colaboración del Ministerio de Interior para que construya la identidad supuesta del designado.

No obstante, si bien es una posibilidad teórica, la práctica apunta a un uso meramente testimonial y singularmente en la

21 Si bien se ha dictado la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia que ha impactado fundamentalmente en el aspecto organizativo, pero relativamente poco en el esquema de investigación procesal penal.

Fiscalía Antidroga de la Audiencia Nacional, donde constan en el año 2024 apenas diez autorizaciones y cuatro por los delegados en materia de lucha contra el narcotráfico en las Fiscalías Territoriales (Fiscalía General, 2025, pp. 514 y 528). Por tanto, se limita a operaciones relacionadas con el narcotráfico y, por supuesto, a gran escala. En todo caso, siempre ha latido la idea del traslado preceptivo al juez (Gascón Inchausti, 2001, 202) una vez se acordase por Fiscalía para que procediese a ratificar o no la medida²² lo que sin duda contribuía a una cierta fugacidad en su adopción que haría ilusorio el sentido del decreto en el que se acordase. No obstante, esta previsión ha sido claramente mutada, de manera muy trascendental, en la STC 87/2024, de 4 de junio, resolución que estima que solo cabe dar traslado de las diligencias de Fiscalía a la autoridad judicial *una vez concluidas* y así:

A tal fin, el Ministerio Fiscal incoará diligencias preprocesales que cuando alcancen la finalidad pretendida por su incoación y en todo caso transcurrido el plazo de duración legalmente previsto (art. 5.2 EOMF) deberán ser comunicadas sin demora, de modo inmediato, al órgano judicial. *Ese es el momento al que*

22 En el *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados* n.º 507, sesión n.º 51 de la VI Legislatura, de 10 de septiembre de 1998, p. 14631, donde se discutió acerca de esta cuestión, las palabras pronunciadas en la Comisión por el diputado de Convergencia y Unión Silva Sánchez no dejan lugar a dudas acerca de la posibilidad de revocación judicial indicando que “Sin embargo, procedimos a enmendar el artículo 282 en la medida en que entendíamos que atribuía al Ministerio Fiscal unas funciones de instrucción y de investigación que no se ajustaban estrictamente al modelo actualmente vigente [...] Al final la solución ha sido una transacción, que consiste en que el Ministerio Fiscal puede autorizar la presencia o la identidad del agente encubierto *pero debe dar inmediata cuenta al órgano jurisdiccional correspondiente que obviamente podrá modificar, revocar ...la citada autorización...*”. También la postura expresada por el Grupo Socialista, y en concreto por el diputado Gago López y que se refleja en el *Diario de Sesiones del Congreso* de la VI Legislatura, Sesión plenaria n.º 175 de 24 de septiembre de 1998, p. 9738, incide en lo anterior y señala que “En cuanto al debate suscitado con el nuevo artículo 282 bis, que regula la figura del agente encubierto sobre la facultad de autorización, se resuelve atribuyendo también además de al Juez de instrucción competente al ministerio fiscal, si bien dando cuenta inmediata al Juez, *lo que posibilita la opción de revocación*”. La cursiva del párrafo es mía.

debe referirse la exigencia legal “dando cuenta inmediata al juez” y no al instante de dictarse el decreto de habilitación del agente encubierto. En caso contrario, de interpretarse que el precepto exige la inmediata dación de cuenta al juez del decreto inicial perdería sentido la propia previsión legal que habilita al fiscal a servirse de agentes encubiertos para la investigación de determinados delitos. En efecto, debe recordarse que la mera comunicación al juez de la existencia de hechos constitutivos de delito determinaría la apertura de diligencias previas por el órgano judicial (art. 774 LECrim) y, por imperativo del art. 773.2 LECrim, el cese de las diligencias preprocesales incoadas por el Ministerio Fiscal (FJ 2 C)²³.

El planteamiento del TC implica varias cuestiones que no son menores. En primer lugar, afirma la autonomía de las diligencias del Ministerio Público frente a las judiciales y con ello determina que no cabe subordinación alguna, y se trasladan a sede judicial cuando se concluyen dentro del plazo fijado por el propio EOMF (6 meses prorrogables, como regla general). En segundo lugar, y a los efectos que nos interesan, implica que la Policía puede acudir a la Fiscalía para solicitar un agente encubierto sin que la acusación pública pierda el control de la investigación, salvo que pudiera existir alguna colisión con los derechos fundamentales, lo que convierte esta medida en una herramienta importante de cara a una ulterior judicialización, permitiendo obtener información relevante. En este sentido, *es una plena infiltración policial desarrollada en un marco no procesal –las diligencias de Fiscalía no tienen ese carácter–*, con lo que es una alternativa a una operación encubierta policial autónoma de baja intensidad, que antes vimos, y quizá más útil en su posible empleo. Es más, el TC, en esa resolución, deja claro que “la mera habilitación del agente encubierto no afecta a derecho fundamental alguno...” (FJ 2 C), porque de ser así entraría en juego la garantía judicial (art. 117.4 CE), con lo que fija un espacio autónomo para la infiltración policial por la Fiscalía de manera permanente.

En todo caso, al margen de los límites que implican los derechos fundamentales para su actuación, el agente encubierto

²³ La cursiva es mía.

autorizado por Fiscalía tiene un ámbito limitado en su intervención reducido a recabar información de la que tendrá que dar traslado al responsable de las investigaciones preliminares. Podrá mantener, y ello con arreglo al art. 282 bis 1 LECRIM, comunicaciones con el grupo de sospechosos, ganarse su confianza²⁴ y dar traslado de su resultado, pero no podría grabar dichas conversaciones. Podría acceder al domicilio del sospechoso puntualmente, pero no podría registrarlo porque, tanto para grabar como para registrar, precisaría habilitación judicial (STS 932/2025, 12 de noviembre, Sala II, Ponente: Sr. Hernández García FJ 1.7.º; art. 282 bis 3 y 7 LECRIM).

Respecto de la regulación que presenta el ahora *Proyecto de Ley Orgánica de Enjuiciamiento Criminal*, en lo sucesivo LOECRIM 2025, último proyecto del Ministerio de Justicia en fechas recientes²⁵, su pretensión es convertir al fiscal en el órgano investigador sustituyendo al juez, quien asumirá funciones de garantía procesal. Se le aleja de cometidos relacionados con la fase de pesquisa y se limita a decidir sobre aquellas medidas limitativas de derechos fundamentales. Dicho esto, el LOECRIM 2025, a fecha de redacción de este artículo, diferencia entre los dos tipos de agente encubierto, con el que podríamos decir “clásico” (arts. 505-512 LOECRIM) y el que lleva a cabo la infiltración en canales cerrados de comunicación (arts. 513-517 LOECRIM), cuya autorización, en ambos casos, corresponde por petición del fiscal responsable de la investigación al juez de garantías (arts. 505. 4 y 513.1 LOECRIM). Se sigue manteniendo la condición de integrante de la Policía Judicial para poder fungir como agente encubierto (arts. 505.1 y 513.2 LOECRIM), con lo que no cabe infiltración de civiles²⁶. El uso de la diligencia del agente encubierto se

24 Como ha apuntado la STC 87/2024, de 4 de junio, en su FJ 5º b) “La confianza depositada en el agente encubierto no supone por sí misma una intromisión en la esfera íntima del investigado, nada desvela de aquellos espacios resguardados de la curiosidad ajena que el derecho invocado protege. Por tanto, no puede considerarse tan siquiera que tales extremos supongan una injerencia en el derecho a la intimidad”.

25 Cuya consulta puede hacerse en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales (BOCG)*, 74(1), de 14 de noviembre de 2025, donde ha sido publicado.

26 Que prohibía el ALECRIM 2011 al señalar “En ningún caso los particulares podrán

sigue reservando para supuestos de criminalidad grave organizada (art. 505.2 LOECRIM que relaciona con el art. 570 bis 2 CP y art. 513.1 LOECRIM que relaciona con los arts. 505 y 353 LOE-Crim LOECRIM)²⁷.

El criterio que motiva la adopción de esta diligencia de investigación se sustenta sobre una proporcionalidad en su adopción (art. 505.3 y 513.3 LOECRIM) lo que, necesariamente, obliga a analizar si la solicitud se ajusta a criterios de necesidad, utilidad y ponderación o proporcionalidad estricta (*cfr.* SSTC 128/1995, FJ 4.º, 207/1996 FJ 4 e); 37/1998, de 17 de febrero, FJ 8.º; 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 10.º; 8/2000, de 17 de enero, FJ 4.º). Esto, necesariamente, cambia el modelo de solicitud a cargo del Ministerio Fiscal al juez de garantías, al que se mantiene ajeno de toda la operativa, con una petición motivada con solidez tanto respecto de los requisitos estrictamente procesales como respecto de la existencia de una organización criminal, teniendo como fin la averiguación de la “concreta estructura y distribución de tareas o funciones, los centros de decisión, los medios y los integrantes de la organización criminal, sus modos operativos y sus ámbitos geográficos de actuación, o cualquier otra información imprescindible para lograr su desmantelamiento o la paralización de su actividad criminal” (art. 506.2 LOECRIM), aunque quizá el propósito más acertado, que debiera expresarse con claridad porque no se trata de recabar inteligencia, sea la de llevar a sus integrantes ante los tribunales para que allí se deduzca una hipotética responsabilidad penal o, en el caso de los canales cerrados de comunicación, es preciso detallar la identidad real o supuesta de la persona investigada, medio de comunicación con el sospechoso, delito investigado y unidad encargada de investigar, metodología de investigación incluida la necesidad de intercambiar archivos y duración de la medida (art. 514.2 LOECRIM).

— actuar como agentes encubiertos” (art. 407.2).

27 La entrada en canales cerrados está prevista con arreglo a lo dispuesto en el art. 353 LOECRIM para “a) Delitos dolosos castigados con pena igual o superior a tres años de prisión, b) Delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal. c) Delitos de terrorismo. d) Delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o

Ante la petición del fiscal investigador, el juez de garantías resuelve en un auto sobre su petición autorizando o no la solicitud (arts. 507 y 515 LOECRIM). El plázet judicial implica una serie de ventajas para el agente encubierto tales como la configuración de una identidad ficticia proporcionada por el Ministerio del Interior, la exención de responsabilidad penal, la posibilidad de utilizar medios de localización para su propia seguridad personal y el acceso al domicilio del sospechoso que desconoce su condición (arts. 508.1, 509, 510.2 LOECRIM). En el caso de la investigación en canales cerrados también resultará exento de responsabilidad penal (art. 513.6 LOECRIM) y podrá intercambiar archivos ilícitos y analizar algoritmos para su identificación o verse autorizado para la grabación y la obtención de imágenes de las comunicaciones entre él y la persona investigada (art. 517.2 y 3 LOECRIM). En todo caso, no hay que olvidar que la medida de infiltración será temporal y limitada a 6 meses prorrogables (arts. 507. 1 f) y 515.1 f) LOECRIM).

El agente encubierto está habilitado para investigar hechos concretos, que necesariamente han motivado su designación; sin embargo, se produce una extensión en el ámbito de la pesquisa por cuanto podrá extenderse “a los delitos que el grupo o la organización investigada pueda haber cometido en el pasado o esté preparando cometer o se cometan durante su actuación, siempre que la autorización judicial se extienda expresamente a cada uno de ellos”, por tanto no solo los concretos sino aquellos que resultaron desconocidos o los que se proyecten cometer en un futuro (art. 505.4.I PLOECRIM). Si han sido objeto de investigación previa y existen informaciones relevantes cabrá posibilidad de reapertura de la causa archivada (art. 505.4. II LOECRIM).

En el desarrollo de su actividad, el infiltrado tendrá que dar cuenta de sus progresos al fiscal investigador con información íntegra (art. 509.4 LOECRIM), debiendo aquel informar al juez de garantías, en el caso de la investigación en canales cerrados, de los resultados de la medida (art. 517.4 PLOECRIM). Hay que señalar que la información que obtenga el agente encubierto podrá ser utilizada en otro procedimiento en aquellos casos que exista autorización por el juez de garantías para esclarecer otros hechos de naturaleza delictiva (art. 512 LOECRIM) que en el caso del ciberagente sólo podrá ser con autorización del juez que conozca de la nueva

investigación (513.7 LOECRIM). Finalmente, el agente encubierto podrá testificar en el acto de juicio con su identidad supuesta limitando sus datos a un código o clave, manteniéndolo incluso después de haber finalizado el proceso (arts. 508.3 y 4 y 511 LOECRIM).

Como puede observarse, si bien se ha hecho una síntesis de la regulación proyectada, lo cierto es que opta por un articulado extenso donde refleja todas las cuestiones atinentes a la infiltración permanente y la desarrollada en canales cerrados lo que, en todo caso, supondría un avance respecto de la regulación escasa que resulta del art. 282 bis LECRIM que deja determinadas cuestiones sin abordar y que bien podrían producirse en la práctica policial. Quedan en el tintero la cuestión de las operaciones encubiertas puntuales con identidad simulada o la única atribución del nombramiento del agente encubierto al Ministerio Fiscal, que solo en el caso de conflicto con los derechos fundamentales obligarían acudir al juez de garantías a la vista del camino ya trazado por el art. 282 bis LECRIM que lo permite, o la posibilidad de designación policial, con convalidación judicial posterior, en supuestos de necesidad urgente de designación que limita la posibilidad de intervención inmediata y que implicaría dar un cierto impulso y cobertura frente a operaciones criminales inesperadas. Esperemos, en todo caso, al futuro para ver si legislativamente hay cambios de calado.

5

Infiltración policial y derecho comparado: algunas aportaciones

Teniendo presente la pretensión de mutar el ordenamiento jurídico procesal penal, trasladando la competencia de la dirección de las investigaciones al Ministerio Público, no está de más verificar el sistema que resulta, en lo que respecta al agente encubierto, en determinados países y qué aportaciones podrían servir para nutrir la reforma que nosotros pretendemos. Veamos algunos ejemplos.

En *Portugal*, habida cuenta de la dirección por el fiscal de las investigaciones preprocesales (*inquerito*) donde el Ministerio Público

cuenta con el auxilio de la Policía Judicial para el desarrollo de aquellas, con una situación de convivencia con el juez instructor (Gascón Inchausti, 2011, p. 18), se opta por contemplar al agente encubierto en la Ley 101/2021, de 25 de agosto, función que puede asumir un miembro de la Policía Judicial o un tercero bajo su control (art. 1), tercero que, en mi opinión, realmente lo que llevará a cabo será una operación encubierta (art. 3) para la prevención de un hecho delictivo, con lo que se contempla, parece, un doble tipo de infiltración. En este sentido, solo los agentes de Policía Judicial pueden actuar bajo identidad ficticia (art. 5.1), por tanto, únicamente ellos pueden actuar como oficiales encubiertos. No hay previsión para que un particular actúe como tal, sino meramente como infiltrado, pero sin posibilidad de tener una identidad supuesta si no es miembro de la Policía Judicial.

El agente encubierto cibernético resulta de la Ley 109/2009, de 15 de septiembre (Ley de Cibercrimen), en su art. 19, que remite específicamente a la Ley 101/2021, respecto de las operaciones encubiertas y con relación a delitos que impliquen el uso de equipos informáticos, comprendiendo hechos contra la libertad sexual, fraude, delitos de discriminación o financieros; remitiendo, en todo caso, a la regulación en materia de interceptación de comunicaciones en lo que le fuera aplicable (art. 19.2).

La autorización del agente encubierto es competencia del Ministerio Fiscal con comunicación a la autoridad judicial (art. 3.3), salvo que se trate de una operación para la prevención de un delito, en cuyo caso es autorizada judicialmente (art. 3.4 y 5). Así, la concesión de la identidad supuesta al agente de policía judicial es competencia del Ministerio de Justicia a propuesta de la Dirección Nacional de Policía Judicial (art. 5.2) con un período temporal de seis meses (art. 5.3). La orden que otorga la identidad ficticia es secreta (art. 5.4) y los propios organismos policiales se encargan de su actualización permanente (art. 5.5).

Igualmente, opta por limitar el tipo de delitos que son susceptibles de verse afectados por esta medida de investigación, pero sin ceñirlo únicamente a los supuestos de crimen organizado por cuanto cabe usarlo, entre otros, en delitos como el asesinato, contra la libertad sexual, trata de personas, corrupción política o delitos contra la seguridad colectiva (art. 2). Se garantiza la

exención de la responsabilidad penal del agente encubierto en los actos preparatorios y de complicidad (art. 6.1). Respecto del impacto procesal de su intervención, es la autoridad judicial la que decide su declaración, en función de su indispensabilidad probatoria, que se llevará a cabo con arreglo a su identidad supuesta (art. 4.3 y 4).

La *República Italiana* tiene un claro problema con el crimen organizado por la presencia de la Mafia en su territorio. Sus miembros, en una clara evolución paulatina, han sido mercenarios al servicio de los reyes borbónicos de Sicilia; Policía del libertador Garibaldi; simples *gabelottos* (administradores de fincas) de los terratenientes y príncipes que pretendían someter a los campesinos díscolos, secuestradores, cuatreros y bandidos o auxiliares de la ocupación americana de Italia después de la II Guerra Mundial, aunque la fisonomía “mafiosa” se empieza a dibujar en el siglo XIX siempre situando a sus miembros como actores privilegiados en un lento y complejo proceso de desamortización y liquidación del sistema feudal vigente en la propiedad agrícola del sur de Italia, siendo evidente que la Mafia siempre ha gozado de “autonomía institucional”, es decir, ha sido un sujeto político y económico jugando su papel en el difícil proceso de integración de Sicilia en el Estado italiano (Caciagli, 1996, p. 113). Sin embargo, no se acertaría si se pretendiese simplificar la aparición del fenómeno y reducirlo a criminales que acaban sofisticándose con el paso del tiempo. Es algo más complejo y difícil de abordar en unas pocas líneas introductorias, y más propio de un trabajo histórico que estrictamente jurídico, por cuanto la Mafia es un sistema, una mentalidad, una moral y una forma de gobernanza. En todo caso, además de la delincuencia mafiosa, también el terrorismo, los daños a bienes culturales o delitos informáticos han motivado extender el uso de la figura del agente encubierto.

Dicho lo anterior, la necesidad de sofisticar las técnicas de investigación, necesariamente, pasa por la articulación de mecanismos de potente infiltración y en un marco procesal, en el que la Fiscalía, en cuanto magistratura, dirige las investigaciones preliminares con un juez de la indagación que actúa como una suerte de contrapeso. En todo caso, la Policía Judicial actúa bajo la dirección del acusador público en secciones adscritas a los Tribunales. Y también, al igual que en el caso portugués,

debemos atender a una regulación legal aparte, en concreto las siguientes normas: Ley n.º 146, de 16 de marzo de 2006 (Ley 146/2006); Ley n.º 136, de 13 de agosto de 2010 (Ley 136/2010), y Ley n.º 3, de 9 de enero de 2019 (Ley 3/2019). El ámbito delictivo comprende delitos correlacionados con la criminalidad organizada, desde el tráfico de drogas al secuestro, la corrupción o la inmigración ilegal, pero también terrorismo o delitos ambientales, entre otros, lo que permite hablar de una adición constante de delitos que permiten su uso, en un escenario mucho más amplio que el previsto por nuestro ordenamiento jurídico procesal (Sánchez González, 2024a, p. 420).

Conjugando la normativa aplicable, solo pueden actuar como agentes encubiertos (*agente sotto copertura*) los integrantes de Policía Judicial que pertenezca a la Policía Estatal, Carabineros y la Guardia de Finanzas (policía tributaria) integrados en “estructuras especializadas” o de la Dirección de Investigación Antimafia –en cuanto órgano que aúna la lucha contra el crimen organizado– y también respecto de aquellos agentes de Policía Judicial que luchen contra el terrorismo o su financiación, delitos que afecten a los bienes culturales y delitos informáticos, quienes se verán exentos de responsabilidad penal (art. 9.1 Ley 146/2006). No consta una necesidad de autorización judicial, sino que la adopción de esta diligencia de investigación *es de estricta decisión policial*, se adopta por propia determinación, si bien con aviso y comunicación al Ministerio Público (art. 9.2 y 4 Ley 146/2006). Quizá el sentido de la autonomía policial, en su decisión, viene motivado por no dificultar actuaciones, ante la situación de criminalidad existente, con lo que se trata una técnica de investigación como una actividad, a la vez, de prevención.

El agente encubierto puede utilizar documentos, identidades e información supuesta, informando al fiscal (art. 9.2 Ley 146/2006) y para llevar a cabo sus operaciones se le puede conceder el uso temporal de bienes muebles, inmuebles o documental de cobertura (art. 9.5 Ley 146/2006). Los agentes encubiertos pueden dar refugio o auxiliar a sus asociados, comprar, recibir, sustituir u ocultar dinero u otros beneficios, armas, documentos, drogas, bienes o cosas que sean objeto, producto, beneficio o precio para cometer el delito o aceptar la oferta o promesa de los mismos u obstaculizar de otro modo la identificación de su

origen o permitir su utilización o pagar dinero u otros beneficios en ejecución de un acuerdo ilícito ya celebrado por otros, prometer o dar dinero u otros beneficios solicitados por un funcionario público o por persona a cargo de un servicio público o solicitados como precio de una mediación ilícita hacia un funcionario público o una persona a cargo de un servicio público o remunerarlo o realizar actividades preparatorias e instrumentales (art. 9.1 a) Ley 146/2006).

En lo que respecta al agente encubierto informático hay que atender a la Ley n.º 269, de 3 de agosto de 1998 (Ley 269/1998), que se refiere a supuestos de represión de delitos referidos a la explotación de los menores como prostitución, pornografía infantil y turismo sexual, juntamente con la Ley 146/2006. La Ley 269/1998 establece la posibilidad de infiltración cibernética al amparo del art. 14. 2, pero sin olvidar la regulación antes abordada del art. 9 de la Ley 146/2006, que le permite activar sitios de red y creación y gestión de áreas de comunicación o intercambio en redes o sistemas informáticos (art. 9.5 Ley 146/2006).

Alemania es otro país caracterizado procesalmente por el uso de un fiscal director de las investigaciones preliminares (*Ermittlungsverfahren*) y del ejercicio de la acusación pública, que ostenta en régimen de monopolio, con arreglo a la Ordenanza Procesal Penal o *Strafprozessordnung* (StPO), sin consideración de parte, recogiendo los hechos que hablen en su favor y en su contra (Gómez Colomer, 2003, p. 61). La relación con las fuerzas policiales es clave, de hecho, siempre late la idea de un importante margen de autonomía que aquellas ostentan (Fuentes i Gasó, 2002, p. 328), hablándose de una verdadera fuerza instructora con un dominio solo aparente por la acusación pública (Martínez Pérez, 2001, p. 354). En todo caso, la inclusión del agente encubierto dentro de su engranaje procesal implica recoger una práctica de tipo policial que había sido sancionada jurisprudencialmente (Guariglia, 1994, p. 49), introducida en la ley para el combate de tráfico ilícito de estupefacientes y otras formas de aparición de la criminalidad organizada. No se contempla una regulación especial para el agente encubierto informático.

La figura del agente encubierto (*verdeckter ermittler*), visto el marco de intervención procesal, hay que verlo dentro del poder

policial de primera intervención o deber de primera actividad (Roxin, 1982, p. 172), lo que permite una designación policial *motu proprio* temporal durante 3 días hábiles hasta la obtención del consentimiento del fiscal, no de la autoridad judicial (§ 110 b. 1 StPO). En este sentido, el agente encubierto alemán es, valga el juego de palabras, un “agente de policía”, por tanto, no cabe la intervención de un particular en esta calidad, que actúa mediante identidad alterada (“leyenda”) de modo permanente (§ 110a.2 StPO). Es una infiltración estructural, y se utiliza para delitos penales graves (tráfico de drogas, armas, falsificaciones, seguridad del Estado) o delitos reiterados o cometidos organizadamente (§ 110a.1 StPO). Por tanto, como regla general, es el fiscal el que autoriza el uso del agente encubierto, excepcionalmente por la Policía, y se le permite el uso de documentos ficticios (§ 110a.3 StPO), pudiendo participar en actividades ordinarias del tráfico legal (§ 110a.2 StPO).

La autorización judicial solo procede en supuestos que afecten a un investigado específico y cuando se trate del ingreso del agente encubierto en una vivienda no accesible a una generalidad de personas (§ 110b.2 StPO). En todo caso, cabe la posibilidad de designación por el fiscal en casos de “peligro inminente” que debe ser convalidada en el plazo de tres días hábiles por parte de la autoridad judicial (§ 110b.2.II StPO). El agente encubierto podrá acceder a una residencia utilizando su identidad supuesta mediante la obtención del consentimiento de la persona (§ 110c StPO), lo que no puede hacer para ingresar es falsear adicionalmente su condición para obtener dicho ingreso simulando una condición que le permitiría entrar (por ejemplo, fingir que es el portero del edificio). Finalmente, una vez finalizada la operación, puede mantener su identidad en secreto (§ 110b.3 StPO).

De *Latinoamérica*, además de las aportaciones antes vistas, podemos señalar, nuevamente, el caso de Chile y, también, de Colombia. En *Chile*, el Código Procesal Penal Chileno (CPPCh; Ley 19696, de 29 de septiembre de 2000) encomienda al fiscal, que es un organismo autónomo jerarquizado, la investigación de aquellos hechos que revistan caracteres delictivos, recogiendo tanto los hechos favorables como los perjudiciales, sin embargo, toda medida que afecte a los derechos constitucionales del sujeto deberá ser autorizada por el juez de garantías. No

obstante, en Chile la autorización del agente encubierto, que es un funcionario policial, es adoptada por el fiscal regional (art. 226 B CPPCh), no el fiscal encargado de la investigación; por tanto, no hay intervención judicial y siempre en el marco de una asociación delictiva o criminal para desvelar su identidad, planes y prevenir los delitos cometidos o por cometer (art. 226 B CPPCh) y para ello podrá disponer de una identidad y una historia ficticias, inclusive una cuenta bancaria, licencia de conducir o contratación de servicios básicos (art. 226 C CPPCh). El agente encubierto tiene autorización para intervenir por plazos prorrogables de 60 días (art. 226 b) B CPPCh).

El ordenamiento procesal chileno reconoce igualmente el agente encubierto virtual, pero lo lleva a cabo en una norma aparte, en la Ley 21459, de 9 de junio de 2022, sobre delitos informáticos, que deroga la Ley n.º 19223, buscando adecuar el ordenamiento legal al ya señalado Convenio de Budapest de 23 de noviembre de 2001. Y, efectivamente, ahí reconoce en su art. 12 el posible uso del ciberagente, pero con la peculiaridad que es el juez de garantía, no el Ministerio Público, quien “podrá ordenar a funcionarios policiales actuar bajo identidad supuesta en comunicaciones mantenidas en canales cerrados de comunicación...” para esclarecer los hechos delictivos y su autoría y así “podrá intercambiar o enviar por sí mismo archivos ilícitos por razón de su contenido, pudiendo obtener también imágenes y grabaciones de las referidas comunicaciones”, estableciendo su exención de responsabilidad penal por los delitos en los que deba incurrir, o que no haya podido impedir, en cuanto consecuencia necesaria de su investigación y guarden la debida proporcionalidad.

Colombia también reconoce la regulación del agente encubierto en su Código de Procedimiento Penal (CPPC, Ley 906 de 2004), y así los órganos que llevan a cabo la indagación y la investigación de los hechos delictivos son la Fiscalía General de la Nación y la Policía Judicial (arts. 111 y 200 CPPC), teniendo como contrapeso al juez de control de garantías (art. 39 CPPC); aunque nos encontramos con una Fiscalía General con un conjunto de atribuciones que le permiten “ordenar registros, allanamientos, incautaciones e interceptación de comunicaciones” para su ulterior puesta a disposición del juez (art. 114.3 CPPC), con lo que vemos que no precisa, al menos *ab initio*, plácet judicial. Por tanto, y en el marco

de una organización criminal y previo análisis por la Policía Judicial (art. 241 CPPC), no nos debe extrañar que quien tiene competencia para designar al agente encubierto sea el Ministerio Público, que puede atribuir dicha condición a miembros de la Policía Judicial pero también a particulares (art. 242 CPPC), lo que les permite “... intervenir en el tráfico comercial, asumir obligaciones, ingresar y participar en reuniones en el lugar de trabajo o domicilio del indiciado o imputado y, si fuere necesario, adelantar transacciones con él” (art. 242 CPPC).

Cabe la posibilidad de modificar la identidad, pero, en el caso de la intervención de un particular, puede que no sea preciso llevar a cabo dicha simulación cuando exista una relación de confianza con la persona investigada (art. 242 CPPC). El plazo de uso de un agente encubierto tiene un período inicial de un año que puede ser prorrogado por un año más y, transcurridos sin resultado, se procederá a poner fin a la operación desarrollada (art. 242 CPPC).

El derecho colombiano igualmente reconoce la figura del agente encubierto en supuestos de corrupción oficial, exonerando al agente de responsabilidad penal por los delitos contra la Administración Pública que hubiera cometido (art. 242 A CPPC), y el agente encubierto cibernético (art. 242 B CCPC) cuando se constate “la posible existencia de hechos constitutivos de delitos cometidos por organizaciones criminales que actúan a través de comunicaciones mantenidas en canales cerrados de comunicación virtual”; pudiendo, para ello, intercambiar o enviar archivos ilícitos, analizar los resultados de los algoritmos aplicados para la identificación de dichos archivos ilícitos y obtener imágenes y grabaciones de las conversaciones que puedan mantenerse en los encuentros previstos, si bien, tratándose de interferir las comunicaciones, requerirá autorización judicial.

6

Epílogo: cuestiones procesales, conclusiones y propuestas

El agente encubierto es una técnica de investigación especial que facilita la infiltración en el seno de organizaciones

criminales, pero como toda actuación indagatoria debe tener una clara traducción procesal. Es decir, el trabajo del infiltrado no concluye con su mera intervención y participación destinada a descubrir delitos o delincuentes y, en consecuencia, proceder a su detención. Es preciso que su actuación surta efectos procesales mediante su aportación testifical y que sirva para fundar una condena respecto de las personas acusadas. Por ello, es preciso verificar que su actuación recopilatoria, en el marco de la investigación, no haya supuesto exceso alguno que implicara, a su vez, vulneración de derechos fundamentales como ya apunté *supra*. Hay que indicar que nuestro ordenamiento jurídico no ha contemplado, salvo aspectos muy concretos, el testimonio del policía infiltrado.

No obstante, al agente encubierto que va a testificar en el acto de juicio se le puede aplicar a la Ley 19/1994, de 23 de diciembre, de protección de peritos y testigos (LOPTP) que implica, previa resolución judicial, el mantenimiento de la identidad falsa que le fue otorgada (art. 282 bis 2 LECRIM). En todo caso, se podrá evitar que se le fotografíe o se le retrate a través de cualquier tipo de soporte pudiendo requisarse el material para su comprobación (art. 3.1 LOPTP) o protección policial (art. 3.2 LOPTP).

No es necesario aportar su declaración en sede de instrucción, pero, obviamente, *sí es precisa su intervención en el acto de juicio manteniendo su identidad reservada*. Es necesario, siempre que lo soliciten las partes, para permitir la contradicción en sede de plenario y facilitar la defensa del acusado (SSTC 187/2003, de 27 de octubre FJ 3.º; 68/2010, de 18 de octubre, FJ 5.º, y 134/2010, de 2 de diciembre, FJ 3.º). Por tanto, surtiría efecto su declaración incluso en aquellos supuestos de agentes encubiertos extranjeros que pudieran operar autónomamente, sin cumplir las exigencias del art. 282 bis LECRIM, testimonio igualmente que resulta necesario (*cfr.* STS 864/2000, de 22 de mayo, Sala II, Ponente: Sr. Granados Pérez, FJ 1.º; STS 154/2009, de 6 de febrero, Sala II, Ponente: Sr. Maza Martín, FJ 2.1.º). El agente encubierto, además, tiene una obligación de informar al juez o fiscal de los progresos (art. 282 bis 1.III LECRIM) que, en el curso de su actividad, va obteniendo sin que la ley indique el cómo y el cuándo, con lo que ante la existencia de una deficiente documentación

por aquel, su *testifical* en el acto de juicio sirve para subsanar cualquier defecto de información (STS 861/2025, de 22 de octubre, Sala II, Ponente: Sra. Polo García, FJ 1.6.º).

Es posible que los datos para iniciar una causa penal en nuestro país procedan de un infiltrado extranjero en operaciones desarrolladas por terceros países que pueden facilitar datos a sus servicios y estos, a su vez, trasladen información a nuestras fuerzas policiales. En este supuesto, no entra dentro del proceso con todas las garantías que la fuente de conocimiento tenga la obligación de precisar, a su vez, sus propias fuentes (SSTS 445/2014, de 29 de mayo, Sala II, Ponente: Sra. Ferrer García, FJ 2.º; 884/2012, de 12 de noviembre, Sala II, Ponente: Sr. Marchena Gómez, FJ 8.º; *vid.*, igualmente, la STS 746/2022, de 21 de julio, Sala II, Ponente: Sra. Polo García, FJ 3.3), con lo que el procedimiento no se ve afectado, ni puede alegarse vicio alguno, salvo que se acredite la vulneración de un derecho fundamental, lo que es bastante difícil.

Los *informes del agente encubierto*, que tienen que incorporarse a la causa, pueden ser valorados igualmente como prueba documental (art. 726 LECRIM) que, ante la ausencia de testimonio, pudiera verse corroborada por otras testificales en juicio de agentes que trabajaron en la operación y, por tanto, pudiera servir para enervar la presunción de inocencia y fundamentar una condena.

La figura del agente encubierto se nos ha revelado como clave para poder infiltrarse en el marco de organizaciones criminales. En este sentido, la infiltración solo puede ser llevada a cabo por agentes de policía judicial específica, no por particulares, de manera voluntaria, temporal y bajo autorización del juez o el fiscal en un marco de *numerus clausus* delictivo en casos de criminalidad organizada. No cabe, por tanto, el uso del agente encubierto de manera sistemática y para cualquier hecho delictivo y es lógico por cuanto supone una ventaja operativa, pues, bajo engaño justificado, se entra en colisión con diversos derechos fundamentales (intimidad, inviolabilidad domiciliaria o derecho a un proceso justo) con trascendencia procesal. Por tanto, la excepcionalidad debe presidir su uso y su adopción debe estar sometida a requisitos de necesidad, utilidad y proporcionalidad

estricta. No hay que olvidar que el Estado, personificado en el agente, entra en la vida de las personas investigadas para poder obtener información sobre la actuación ilícita que, presuntamente, está cometiendo (Zafra Espinosa de los Monteros, 2021, p. 1994).

En este sentido, y como podemos observar, el uso de la infiltración policial implica una realidad en los ordenamientos procesales comparados de países de nuestro entorno con independencia de quién sea el sujeto que dirija las investigaciones. En este sentido, en los países donde el Ministerio Público se encarga de liderar a la policía en las indagaciones se convierte en el sujeto autorizante único, lo que, en caso de reforma de nuestro sistema procesal, no implica objeción alguna a esta atribución sin intervención judicial como regla general. En todo caso, la variante que supone el cibragente, que interviene en un circuito cerrado, y su intromisión en la esfera de la intimidad, aconseja la presencia judicial en la adopción de dicha medida.

Sin perjuicio de que la regulación actual ha abordado algunos asuntos de interés, ampliando las posibilidades de actuación, lo cierto es que hay que responder a interrogantes que deberían contemplarse como los supuestos de designación del agente encubierto de manera autónoma y en supuestos de urgencia cuando no sea posible acudir a la designación de la Fiscalía o de la autoridad judicial, y tras haber sido acordada, y en un plazo de 48-72 horas, dar traslado para la convalidación por la autoridad judicial. Sería conveniente, también, regular los supuestos de “agente revelador”, es decir, cuando estemos en presencia de infiltraciones puntuales que no requieran una intervención permanente porque la operación es singular y, por tanto, no es necesario fabricar una identidad nueva que facilite dicha penetración, sino “disimular” la del agente policial que interviene articulando un blindaje respecto del policía que actúe en esa situación. Igualmente, solo en el ámbito de persecución de hechos delictivos debería regularse la figura del agente encubierto de nuestro servicio de inteligencia (CNI) ampliando sus capacidades de infiltración y blindaje procesal penal bajo un marco legal.

Sería interesante afrontar la preconstitución probatoria por un agente encubierto, es decir, al contrario de lo que se hace

ahora y una vez finalizada la operación, recabar ya su testimonio en fase de instrucción con contradicción de todas las partes que permitiese fijar ya, en ese momento, su actuación como prueba sin necesidad de acudir a sede judicial ulterior. Con ello, se evitarían riesgos para el propio agente encubierto como evitar una posterior comparecencia en juicio o que, si por cualquier tipo de razón, no pudiese intervenir, dicha prueba ya quedase practicada y su declaración efectuada con pleno respeto a los derechos de los implicados. Finalmente, podría atenderse a la regulación de los supuestos de infiltración de un tercero que no fuera agente de policía como recurso excepcional y bajo control, algo que, como hemos observado, no es raro en otras legislaciones. En todo caso, la regulación del PLOECRIM 2025 va en la dirección correcta por abordar una regulación más detallada y completa. Veamos qué nos depara el futuro.

7 Bibliografía

- Alcaino Arellano, E. (2026). Las medidas especiales de investigación relativas a la colaboración de informantes, agentes encubiertos y agentes reveladores. En L. Villarraga Zschommler, A. M. Martínez Agudelo, J. J. Romero Morales y A. F. Canizo Ramírez (Coords.), *Las respuestas a la corrupción desde el derecho procesal penal. Especial atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional (III) Las actuaciones de investigación* (vol. 42, pp. 269-308). Tirant lo Blanch.
- Alfonso Rodríguez, A. J. (2024). El cómo frente al quién en la reforma de la instrucción penal: Diagnóstico y cambios. *Revista de Derecho UNED*, 33, 191-239. <https://doi.org/10.5944/rdu-ned.33.2024.41928>
- Caciagli, M (1996). *Clientelismo, corrupción y crimen organizado*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Consejo de Seguridad Nacional. (2019). *Estrategia nacional contra el crimen organizado y la delincuencia grave 2019-2023* (p. 13). <https://www.dsn.gob.es/es/publicaciones/estrategias-sectoriales/EN-CODG2019-2023>

Consejo General del Poder Judicial. (2024). *Informe sobre el anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal*. <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-sobre-el-anteproyecto-de-Ley-Organica-de-Enjuiciamiento-Criminal>

Damián Moreno, J. (2006). ¿Un Derecho Procesal de Enemigos? En M. Cancio Meliá y C. Gómez-Jara Díez (Coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión* (vol. I, pp. 457-472). Edisofer.

Departamento de Seguridad Nacional. (2023). *Informe Anual de Seguridad Nacional* (pp. 175-176). <https://www.dsn.gob.es/index.php/es/publicaciones/informes-anuales>

Departamento de Seguridad Nacional. (2024). *Informe Anual de Seguridad Nacional* (p. 111). <https://www.dsn.gob.es/index.php/es/publicaciones/informes-anuales>.

Domini, M. (2006). El Derecho Penal frente al “enemigo”. En M. Cancio Meliá y C. Gómez-Jara Díez (Coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión* (vol. I, pp. 603-684). Edisofer.

Fiscalía General del Estado. (2017). *Memoria elevada al Gobierno de S. M. presentada al inicio del año judicial por el Fiscal General del Estado Excmo. Sr. Don José Manuel Maza Martín (I)*. Fiscalía General del Estado. <https://www.fiscal.es/>

Fiscalía General del Estado. (2025). *Memoria elevada al Gobierno de S. M. presentada al inicio del año judicial por el Fiscal General del Estado Excmo. Sr. Álvaro García Ortiz*. Fiscalía General del Estado. <https://www.fiscal.es/>

Fuentes i Gasó, J. R. (2002). *Alemania, un modelo de policía y seguridad para Europa*. Cedecs Editorial.

Gascón Inchausti, F. (2001). *Infiltración policial y agente encubierto*. Comares.

Gascón Inchausti, F. (2011). Características de los grandes sistemas de investigación penal del Derecho comparado. En M. C. Rodríguez-Medel Nieto (Dir.), *Instrucción penal en el Derecho compa-*

- rado (pp. 1-29). Cuadernos Digitales de Formación, 4. Consejo General del Poder Judicial. <https://doi.org/10.62659/CF1100401>
- Gimeno Sendra, V., Cortés Domínguez, V. y Moreno Catena, V. (1999). *Derecho Procesal Penal*. Colex.
- Gimeno Sendra, V. y Díaz Martínez, M. (2018). *Derecho Procesal Penal (para policías y criminólogos)*. Edisofer Libros Jurídicos.
- Gómez Colomer, J. L. (2003). *El Tribunal Penal Internacional: Investigación y acusación*. Tirant Monografías.
- Guariglia, F. (1994). El agente encubierto: ¿Un nuevo protagonista en el procedimiento penal? *Jueces para la Democracia*, 23, 49-60.
- Martínez Pérez, R. (2001). *Policía Judicial y Constitución*. Editorial Aranzadi.
- Moreno Catena, V. y Cortés Domínguez, V. (2017). *Derecho Procesal Penal*. Tirant lo Blanch.
- Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito. (2022). *Compendio de Ciberdelincuencia Organizada* (p. 17). Naciones Unidas. https://www.unodc.org/documents/Cybercrime/publications/compendio_de_delincuencia_organizada_es.pdf?v=3.6digest_cyber_organized_crime_2nd_ed.pdf?v=3.6
- Perals Calleja, J. (2011). Técnicas de investigación del crimen organizado: el agente encubierto; confidente, regulación en España; validez de la prueba obtenida en el extranjero; problemas prácticos de la heterogénea regulación de la materia. En S. J. Pedraz Gómez y M. de Azcárraga Urteaga (Dirs.), *Crimen organizado* (pp. 1-52). Cuadernos Digitales de Formación, 42. Consejo General del Poder Judicial. <https://doi.org/10.62659/CF1004201>
- Roibón, M. M. (2024). El agente revelador en la legislación argentina. *Revista Pensamiento Penal*, 498, 1-20. <https://www.pensamientopenal.com.ar>
- Roxin, K (1982). Introducción a la Ley Procesal Penal alemana de 1877. *Cuadernos de Política Criminal*, 16, 171-186.

- Sánchez González, S. (2024a). Las operaciones encubiertas en España. Evolución legal y perspectivas de futuro. *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, 24, 103-129.
- Sánchez González, S. (2024b). El agente encubierto en el ordenamiento jurídico italiano, un acercamiento desde el punto de vista procesal. *Revista Boliviana de Derecho*, 38, 398-441.
- Velasco Núñez, E. (2011). Crimen organizado, Internet y nuevas tecnologías. En S. J. Pedraz Gómez y M. de Azcárraga Urteaga (Dirs.), *Crimen organizado* (pp. 54-93). Cuadernos Digitales de Formación, 42. Consejo General del Poder Judicial. <https://doi.org/10.62659/CF1004202>
- Violante, L. (1997). *No es "la piovra". Doce tesis sobre la mafia* (Trad. E. Dobry). Grupo Anaya.
- Zafra Espinosa de los Monteros, R. (2021). El ciberagente en la lucha de la pornografía infantil. En P. Martín Ríos y M. A. Pérez Marín (Dirs.), *La Administración de Justicia en España y América (José Martín Ostos Liber Amicorum)* (pp. 1973-1997). Astigi Editorial.
- Zaragoza Tejada, J. (2019). El agente encubierto online. Aspectos legales y jurisprudenciales y problemas procesales originados en su práctica. En A. I. Pérez Asenjo y J. García Marcos (Dirs.) en *Taller de instrucción (2018). Cuestiones problemáticas tras las últimas reformas procesales y sustanciales en derecho penal de Cuadernos Digitales de Formación* 59 (pp. 43-72). Consejo General del Poder Judicial. <https://doi.org/10.62659/CF1805902>

Glosario

ALECRIM: Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal.

ART: Artículo.

BCPP: Borrador de Código Procesal Penal.

CE: Constitución española.

CEDH: Convenio Europeo de Derechos Humanos.

CNI: Centro Nacional de Inteligencia.

CP: Código Penal.

CPPC: Código de Procedimiento Penal Colombiano.

CPPCh: Código Procesal Penal Chileno.

CPPP: Código Procesal Penal Peruano.

EOMF: Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

LECRIM: Ley de Enjuiciamiento Criminal.

LOFCS: Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial.

LOPTP: Ley Orgánica de Protección de Testigos y Peritos.

PLOECRIM: Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal.

STEDH: Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

SAN: Sentencia de la Audiencia Nacional.

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.

StPO: Código Procesal Penal Alemán.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

STSJ: Sentencia de Tribunal Superior de Justicia.

TC: Tribunal Constitucional.

TS: Tribunal Supremo.

UE: Unión Europea.