

Sacramento Ruiz Bosch

Juez Sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia.
Socia de la FICP.

~La figura del agente encubierto~

I. INTRODUCCIÓN

Esta modalidad de actuación de la policía judicial en la investigación de hechos delictivos se introduce en nuestro ordenamiento por la Ley Orgánica 5/99, de 13 de enero, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras acciones delictivas graves, que añade a nuestra ley procesal penal el artículo 282 bis, con la finalidad de posibilitar el otorgamiento y la utilización de una identidad supuesta a los funcionarios de Policía Judicial en el marco de las investigaciones relacionadas con la denominada “delincuencia organizada”.

El precepto tiene su antecedente en el Derecho Alemán, donde el término *undercover* o agente encubierto se utiliza para designar a los funcionarios de policía que actúan en la clandestinidad, con identidad supuesta y con la finalidad de reprimir o prevenir el delito.¹

La figura del agente encubierto, de frágil límite con la del agente provocador, se introdujo en *nuestro Derecho con la finalidad explícita de facilitar las investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada*.²

En opinión de LÓPEZ MUÑOZ, la regulación del agente encubierto no es en algunos aspectos tan novedosa, ya que lo regulado ha sido la antigua actividad de compra-venta simulada de drogas o de otros efectos, que ya venía amparada en la doctrina del Tribunal Supremo.³

¹ PAZ RUBIO, J. M., en: GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N./LÓPEZ DE BARJA QUIROGA, J./PAZ RUBIO, J. M./PUENTE SEGURA, L./RODRÍGUEZ RAMOS, L., *Ley de Enjuiciamiento Criminal y Ley del Jurado*, 19ª edición, Colex, Madrid, 2012, p. 204.

² GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI F./VALCÁRCE LÓPEZ, M., (dirs.), *Cooperación Internacional frente a la Criminalidad Organizada*, Secretariado de Publicaciones, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2001, p. 105.

³ LÓPEZ MUÑOZ, J., *Criminalidad Organizada. Aspectos jurídicos y criminológicos*, Dykinson, Madrid, 2015, p. 131.

II. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA DE LA FIGURA DEL AGENTE ENCUBIERTO

En nuestro ordenamiento jurídico el agente encubierto será el policía judicial especialmente seleccionado, que bajo identidad supuesta actúa pasivamente con sujeción a la ley, o bajo el control del Juez, para investigar delitos propios de la delincuencia organizada y de difícil averiguación, cuando han fracasado otros medios de investigación, o estos sean manifiestamente insuficientes para su descubrimiento.⁴

*El agente encubierto ha de ser siempre un miembro de la Policía Judicial que, autorizado por resolución judicial o por el Ministerio Fiscal, puede bajo una identidad supuesta infiltrarse en una organización delictiva para investigar delitos determinados anteriores o reventar los futuros, estando legitimado incluso para realizar actos que tendría la consideración de delictivos, pero amparados por la ley a los fines de descubrir la trama criminal, a cuyo fin la norma le exime de responsabilidad penal.*⁵

La figura del agente encubierto se produce cuando los agentes de la autoridad sospechan o conocen la existencia de una actividad delictiva y se infiltran entre quienes la llevan a cabo, en busca de información o pruebas que permitan impedir o sancionar el delito. En estas ocasiones, la decisión de delinquir ya ha surgido firmemente en el sujeto con independencia del agente, que, camuflado bajo una personalidad supuesta, se limita a comprobar la actuación del delincuente e incluso a realizar algunas actividades de colaboración con el mismo, en la actualidad reguladas, desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/1999, de 13 de enero, en el artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que se refiere, concretamente, a adquirir y transportar los objetos, instrumentos o efectos del delito. La intervención policial puede producirse en cualquier fase del *iter criminis*, en el momento en que el delito ya se ha cometido o se está cometiendo, especialmente en delitos de tracto sucesivo como los de tráfico de drogas, y aun en sus fases iniciales de elaboración o preparación, siendo lícita mientras permita la evolución libre de la voluntad del sujeto y no suponga una inducción a cometer el delito que de alguna forma la condicione.

⁴ PAZ RUBIO, J. M., en: GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N./LÓPEZ DE BARJA QUIROGA, J./PAZ RUBIO, J. M./PUENTE SEGURA, L./RODRÍGUEZ RAMOS, L., Ley de Enjuiciamiento Criminal y Ley del Jurado, p. 204.

⁵ ASENCIO MELLADO, J. M., Derecho Procesal Penal. 6ª edición, Tirant lo Blanc, Valencia 2012, p. 163.

La jurisprudencia ha destacado el carácter absolutamente excepcional de esta medida de investigación criminal.

El número de los agentes encubiertos y los cambios que se vayan produciendo a lo largo de la investigación tendrán que ser autorizados por el Juez competente.⁶

El agente encubierto actúa siempre bajo una identidad supuesta, motivo por el que no estará obligado a proporcionar su verdadera identidad al momento de declarar en el juicio oral, pues nada aportaría al proceso el conocimiento de una identidad ajena por completo a la investigación.⁷ *Y es lógico que se reserve secretamente el nombre verdadero, al constituirse en una presunción iuris et de iure el peligro de la seguridad personal del agente.*

*La identidad supuesta la otorga el Ministerio del Interior, en resolución distinta de la judicial, por un plazo inferior a 6 meses, aunque prorrogables por periodos de igual duración. Esa identidad le otorga legitimación para actuar en todo lo relacionado con la investigación concreta, y participar en el tráfico jurídico y social bajo tal identidad. La redacción de los dos primeros párrafos del artículo 282 bis, apartado 1º, LECrim, parece indicar que además de la resolución judicial autorizante de la medida, que necesariamente se unirá al procedimiento penal, existirá otra resolución dictada por el Ministerio del Interior a los solos efectos de conceder la identidad supuesta, y que por las razones de seguridad expuestas no tendrá entrada a las actuaciones judiciales.*⁸

El agente encubierto podrá ser protegido por las medidas establecidas en la LO 19/1994, de 23 de diciembre de Protección de testigos y peritos en causas criminales.⁹

No obstante, peligrosamente, el Juez tiene la facultad de poder optar, según su criterio, por obligar al agente encubierto a declarar con su identidad real, lo que

⁶ PAZ RUBIO, J. M., en: GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N./LÓPEZ DE BARJA QUIROGA, J./PAZ RUBIO, J. M./PUENTE SEGURA, L./RODRÍGUEZ RAMOS, L., Ley de Enjuiciamiento Criminal y Ley del Jurado, p. 205.

⁷ ASENSIO MELLADO, J. M., Derecho Procesal Penal, 2012, p. 163.

⁸ PAZ RUBIO, J. M., en: GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N./LÓPEZ DE BARJA QUIROGA, J./PAZ RUBIO, J. M./PUENTE SEGURA, L./RODRÍGUEZ RAMOS, L., Ley de Enjuiciamiento Criminal y Ley del Jurado, pp. 204-205.

⁹ RODRÍGUEZ NUÑEZ, A./IBÁÑEZ LÓPEZ-POZAS, F. L., en: RODRÍGUEZ NUÑEZ, A. (coord.), ARANDA GUERRERO, F. J./COLLADO MEDINA, J./GONZÁLEZ MÁS, J. L./IBÁÑEZ LÓPEZ-POZAS, F. L./MAGAZ ÁLVAREZ, R./MANZANERO PUEBLA, A. L./OTERO SORIANO, J. M./PARDO MATEOS, R. J./PECHARROMÁN LOBO, Y./TOVAL MARTÍN, L., La investigación policial y sus consecuencias jurídicas, Dykinson, Madrid, 2.013, p. 151.

*constituye un riesgo para el agente de policía que en la totalidad de los casos, “desprendido de miedos y con espíritu de servicio a la sociedad tuvo la tenacidad de entrar a formar parte de una organización criminal”, bajo el amparo de una ley que dejará en una inseguridad jurídica a los miembros de la fuerzas de seguridad que se ven abocados a realizar operaciones de infiltración en bandas criminales.*¹⁰

III. ÁMBITO OBJETIVO DE ACTUACIÓN DEL AGENTE ENCUBIERTO

La actuación del agente encubierto viene limitada a los delitos de naturaleza grave y compleja, *en el ámbito de las actividades propias de la delincuencia organizada, que vienen enunciados en el artículo 282 bis, apartado 4, LECrim, apartado que fue objeto de modificación por la LO 5/2010, de 22 de junio. Estos delitos son:*

a.- Delitos de obtención, tráfico ilícito de órganos humanos y trasplante de los mismos, previstos en el artículo 156 bis del Código Penal.

b.- Delito de secuestro de personas previsto en los artículos 164 a 166 del Código Penal.

c.- Delito de trata de seres humanos previsto en el artículo 177 bis del Código Penal.

d.- Delitos relativos a la prostitución previstos en los artículos 187 a 189 del Código Penal.

e.- Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico previstos en los artículos 237, 243, 244, 248 y 301 del Código Penal.

f.- Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial previstos en los artículos 270 a 277 del Código Penal.

g.- Delitos contra los derechos de los trabajadores previstos en los artículos 312 y 313 del Código Penal.

h.- Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros previstos en el artículo 318 bis del Código Penal.

i.- Delitos de tráfico de especies de flora o fauna amenazada previstos en los artículos 332 y 334 del Código Penal.

¹⁰ LÓPEZ MUÑOZ, J., *Criminalidad Organizada*, 2015, p. 131, con cita de MORENO CATENA, V., *Los agentes encubiertos en España*. Revista Otrosí, nº 10, Colegio de Abogados de Madrid, 1999, p. 44.

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.

NIETO MARTIN *critica que no se hayan incluido los delitos contra la Administración Pública, puesto que sí están incluidos delitos de características criminológicas similares, como los socioeconómicos, y en los que además el estado de necesidad probatorio no tiene porqué ser tan agudo.*¹¹

IV. EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL.

El agente encubierto ha de tratarse de un miembro de la Policía Judicial que, por resolución motivada, recibe una especie de autorización para transgredir la norma respecto a alguno de los delitos que se relacionan en el art. 282 bis, una especie de excusa absolutoria impropia recogida en una norma procesal. La exención de la responsabilidad criminal por los delitos en los que hubiera podido incurrir el agente encubierto se refiere a aquellas ilicitudes cometidas y que sean consecuencia directa de la autorización para la que se le confiere la condición de agente encubierto. Esa autorización no comprende la realización de actividades que puedan lesionar derechos fundamentales. En tales supuestos, el art. 282 bis dispone que cuando las actuaciones de investigación puedan afectar a derechos fundamentales, el agente encubierto deberá solicitar del órgano judicial competente las autorizaciones que, al respecto, establezcan

¹¹ NIETO MARTÍN, A., Sección II: La corrupción en las transacciones comerciales internacionales, en: NIETO MARTÍN, A., (coord.) Estudios de Derecho Penal. Ediciones del Instituto penal europeo e internacional de la Universidad de Castilla-La Mancha y Grupo español de la AIDP, Ciudad Real, 2004, p. 96.

la Constitución y la ley y cumplir con las demás previsiones legales aplicables (STS 395/2014, de 13 de mayo, ponente Martínez Arrieta).

El párrafo primero del apartado 5º del artículo 282 bis LECrim afirma la exención de responsabilidad criminal del agente encubierto por aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación y siempre que guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma y no constituyan una provocación al delito. La exención de responsabilidad exige la concurrencia de los siguientes requisitos:

a.- Ha de tratarse de un agente encubierto, en el sentido *anteriormente expuesto*.

b.- *Las actuaciones realizadas por el agente encubierto que generan la exención de responsabilidad criminal han de ser consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, es decir, si no son una consecuencia necesaria, no habrá exención de responsabilidad. El examen sobre la necesidad de la actuación ha de realizarse ex ante*, lo que significa que aunque un examen *ex post* revelara la innecesariedad de la actuación, no por ello debe inaplicarse la exención si un examen *ex ante* pone de manifiesto lo acertado de la conclusión sobre la necesidad de llevar a cabo la actuación.

c.- Proporcionalidad: la ley no dice ni quiere que sea examinada la proporcionalidad de la actuación individualmente considerada, sino que el test de proporcionalidad ha de ser aplicado en relación a la finalidad de la investigación. La proporcionalidad se averiguará tomando en consideración la actuación del agente encubierto y la finalidad de la investigación. Lo correcto es pensar que la finalidad de una investigación es averiguar quién ha sido el autor y el partícipe del hecho así como las demás circunstancias del mismo, por lo que desde este punto de vista *nunca será proporcional una actuación que tenga una finalidad distinta. Existen límites constitucionales que resultarán de gran ayuda a la hora de restringir el ámbito de aplicación del apartado 5º del artículo 281 bis CP. Y así, interceptar comunicaciones telefónicas, telegráficas o postales, o realizar entradas y registros pueden ser consideradas consecuencias necesarias e incluso proporcionadas con la investigación que se lleva a cabo, pero si el agente encubierto realiza estas actuaciones sin contar con la previa autorización judicial, estará llevando a cabo acciones delictivas que nunca podrán ser amparadas por la exención de responsabilidad del apartado 5º. La Constitución impide que ciertas prácticas puedan resultar legítimas. El legislador fue consciente de ello, por eso en el apartado 3º del artículo 282 bis LECrim señala que*

*cuando las actuaciones de investigación puedan afectar a los derechos fundamentales, el agente encubierto deberá solicitar al órgano judicial competente las autorizaciones que establezca la Constitución y la Ley, así como cumplir las demás previsiones legales aplicables.*¹²

d.- Ausencia de provocación. El último requisito previsto es que la actuación del agente encubierto para estar exenta *de responsabilidad criminal no ha de constituir una provocación al delito*¹³, pues distinto del agente encubierto es el del delito provocado por las Fuerzas de Seguridad.¹⁴

En modo alguno el agente encubierto podrá instar la provocación de un delito, es decir, actuar como inductor en la comisión de un hecho delictivo, ya que una cosa es intervenir en una organización y participar en sus actividades ilícitas con el objeto de obtener información, y otra bien distinta es provocar él mismo la comisión de un delito. Por ello, el artículo 282 bis, apartado 5, LECrim, establece que si el agente encubierto provoca un delito no quedará amparado por la exención de responsabilidad que el mismo establece.¹⁵

La existencia del delito provocado supone que el agente policial induce a otra persona a delinquir, de suerte que sin esa inducción tal persona no habría cometido el delito. En síntesis, es el agente provocador quien injerta el dolo de delinquir en la otra persona, por lo que el delito cometido por éste, sería delito provocado (STS de 10 de mayo de 2013, rec. 39/201).

Diferente es la actuación del agente encubierto que con conocimiento de la intención de delinquir ya existente en la persona concernida, trata con su actuación de obtener pruebas del delito que se quiere cometer.

El delito provocado se integra por una actuación engañosa del agente policial que supone una apariencia de delito, ya que desde el inicio existe un control absoluto por parte de la policía. Supuesto distinto es la actividad del agente tendente a verificar

¹² LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., Instituciones de Derecho Procesal Penal, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, Argentina, 2001, pp. 170-172.

¹³ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., Instituciones, 2001, p. 172.

¹⁴ PAZ RUBIO, J. M., en: GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N./LÓPEZ DE BARJA QUIROGA, J./PAZ RUBIO, J. M./PUENTE SEGURA, L./RODRÍGUEZ RAMOS, L., Ley de Enjuiciamiento Criminal y Ley del Jurado, p. 205.

¹⁵ ASENSIO MELLADO, J. M., Derecho Procesal Penal, 2012, p. 163.

la comprobación del delito. No puede pues confundirse el delito provocado instigado por el agente con el delito comprobado a cuya acreditación tiende la actividad policial.

El delito provocado se integra por tres elementos:

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

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

c) Un elemento material que consiste en la inexistencia de riesgo alguno para el bien jurídico protegido, y como consecuencia la atipicidad de tal acción. (STS de 10 de mayo de 2013, rec. 39/2012)

El delito provocado es una rechazable e inadmisibles actividad policial que traspasa los límites de la legalidad (STS 571/2008). La policía está para impedir la comisión de delitos y detener a los autores pero no para inducir a terceros a delinquir (SSTS 1114/2002, 848/2003, 1110/2004, 1154/2006, 975/2007, 571/2008 y 313/2011).

Ciertamente, en teoría es clara la diferenciación entre el delito provocado instigado por la policía, y aquella otra actividad policial tendente a acreditar el delito ya decidido de forma autónoma y libre por la persona concernida reduciéndose la actividad del agente policial a comprobar tal delito, pero en la práctica pueden darse situaciones ambiguas, a resolver en cada caso con el estudio de las circunstancias concretas. Pero en cualquier caso, la actuación policial no puede suponer una provocación, pues la decisión del sujeto activo siempre debe ser libre y anterior a la intervención puntual del agente encubierto, aunque éste, siempre por iniciativa del autor de la infracción criminal, llegue a ejecutar labores de adquisición o transporte de los efectos del delito, u otras tareas de auxilio o colaboración similares, simulando así una disposición a delinquir que permite una más efectiva intervención policial.

La actuación del agente encubierto tendente a acreditar el delito es perfectamente diferenciable de la provocación delictiva o mediación engañosa, que supone injertar en otra persona el dolo de delinquir y cuando esto se hace con la colaboración policial (STS 1166/2009 de 19 de noviembre), situación se produce el efecto perverso de que la policía lejos de prevenir el delito, instiga a su comisión (elemento subjetivo) bien que sin poner en riesgo ningún bien jurídico, pues en la medida que lo apetecido es la

detención del provocado (elemento objetivo), toda la operación está bajo el control policial por lo que no hay tipicidad ni culpabilidad, ya que los agentes de la autoridad tienen un control absoluto sobre los hechos y sus eventuales consecuencias (elemento material), siendo estos tres elementos los que vertebran y arman la construcción del delito provocado, figura que es distinta a la actividad del agente encubierto que tiende exclusivamente a hacer aflorar a la superficie, la actividad delictiva de quien por su propia voluntad y sin instigación ajena, está dedicado a una actividad delictiva.

No existe delito provocado en casos de comprobación delictiva de una previa ideación criminal, cuando el investigado no comete el delito como consecuencia de la actuación policial, a modo de inducción o instigación, sino que ya está resuelto a cometerlo, o bien se dedica a una permanente actividad criminal, que únicamente pretende comprobarse. En esos casos, los funcionarios policiales no provocan nada, sino que se limitan a comprobar la veracidad de la *notitia criminis*, mediante técnicas de investigación, que bien pueden consistir en la comprobación directa de los hechos denunciados. Obsérvese que no solamente se trata de obtener pruebas de lo que un tercero les informa acerca de una realidad delictiva ya existente, o, si se quiere, permanente, sino de impedir la continuación del delito, y eventualmente, la detención de sus autores, para frustrar nuevas realidades delictivas (STS STS de 27 de diciembre de 2001).

En cualquier caso, debe quedar claro que la exención no alcanza a los supuestos constitutivos de provocación del delito, pues al margen de las deficiencias técnicas, parece claro que continúa plenamente vigente la distinción entre provocación policial, impune, y provocación al delito, punible.¹⁶

Por otra parte, el Tribunal Supremo ha resaltado que el hecho de que un funcionario policial lleve a cabo tareas de investigación antes de llegar a tener el carácter de agente encubierto que regula el art. 282 bis no implica que no pueda servir válidamente como testigo respecto a lo visto y oído en tiempo anterior. Lo que diferenciará uno y otro tiempo, según la jurisprudencia, es que la exención de responsabilidad penal, que regula el número 5 de dicho artículo, para actividades dotadas de proporcionalidad con la finalidad de la investigación y que no constituyan

¹⁶ GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRRADI F./VALCÁRCE LÓPEZ, M., (dirs.), Cooperación Internacional, 2001, p. 105.

provocación al delito, no será aplicable al período previo (SSTS 755/2013, de 28 de junio, 154/2009, 6 de febrero y 655/2007, 25 de junio).

V. INCORPORACIÓN AL PROCESO PENAL DEL MATERIAL OBJETO DE INVESTIGACIÓN POR EL AGENTE ENCUBIERTO

La labor de la Policía Judicial resulta esencial en el proceso penal, y así lo reconocen tanto la Ley de Enjuiciamiento Criminal como las distintas normas reguladoras de la Policía Judicial (Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, RD 769/1987, de 19 de junio, sobre regulación de la Policía Judicial). Que el papel de la Policía Judicial en el proceso penal español actual ha cambiado es algo evidente. Su movilidad, su intermediación respecto a los hechos y su propia preparación en orden a la investigación criminal, hacen de la Policía Judicial un elemento insustituible en la averiguación de los delitos. Sin embargo, su intervención se enfrenta al problema de una regulación legal parca e insuficiente que ni tan siquiera acoge las funciones que la propia práctica ha impuesto y que normalmente desarrolla la Policía Judicial, de manera que existen intervenciones policiales que no gozan de cobertura legal adecuada. Por otra parte, el valor probatorio que se otorga a los actos de la Policía Judicial tampoco está previsto en la ley, en clara correlación a que tampoco se regula su actividad, por lo que es la jurisprudencia la que viene marcando, no siempre de forma unánime y uniforme, las pautas al respecto.¹⁷

Para ASECIO MELLADO la mejor definición de los actos de investigación es la que se contiene en el artículo 299 LECrim cuando ofrece el concepto del sumario, que según el precepto, está constituido por todas las actuaciones encaminadas a averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación y la culpabilidad de los delincuentes. Desde este punto de vista, los actos de investigación deberían agotar su vigencia en la fase de instrucción, y en el juicio oral practicarse los medios de prueba sobre los que fundamentar la sentencia. Pero muchos actos de investigación, policiales, fiscales o judiciales, tienen el carácter de irrepetibles, por lo cual han de extender sus efectos hasta el juicio oral y gozar de valor probatorio. De ahí la importancia de extremar las garantías en su práctica.¹⁸

¹⁷ ASECIO MELLADO, J. M., Derecho Procesal Penal, 2012, pp. 93-94.

¹⁸ ASECIO MELLADO, J. M., Derecho Procesal Penal, 2012, p. 149.

Los actos de investigación llevados a cabo en la fase de investigación que sean irrepetibles podrán adquirir valor probatorio siempre que se hayan ejecutado con respeto a las normas de procedimiento.¹⁹

El material objeto de la investigación del agente encubierto debe ser incorporado al proceso penal para acreditar el hecho, señalando la ley procesal que el agente deberá dar cuenta a la mayor brevedad a la autoridad que le nombró y su información aportarse al proceso en su integridad, correspondiendo su valoración al órgano judicial competente (STS 395/2014, de 13 de mayo, ponente Martínez Arrieta).

Como es de lógica, las actuaciones realizadas por el agente encubierto no podrán ser practicadas en el juicio oral por su carácter irrepetible, por lo que tan solo cabrá su ratificación formal cuando sea necesario llamar a los autores para impugnar el modo en que se hayan realizado, que deberá adoptar la forma apropiada a la naturaleza del delito investigado, y con las garantías de seguridad previstas en la ley respecto del agente (*LO 19/1994, de 23 de diciembre de Protección de testigos y peritos en causas criminales*).

El problema que suscitan los agentes encubiertos en lo concerniente a sus declaraciones y a la ponderación de las mismas, se refiere, por lo general, a casos en los que se pretende hacer valer mediante testigos de referencia, las informaciones proporcionadas por el agente infiltrado sin que éste haya comparecido en el juicio oral (SSTC 146/2003 de 14 de junio, 41/2003 de 27. De febrero y 119/2002 de 25 de noviembre), no siendo factible tal posibilidad.

VI. LA CONDICIÓN DE PROCEDIBILIDAD PREVISTA EN EL SEGUNDO PÁRRAFO DEL APARTADO 5º DEL ARTÍCULO 282 BIS DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

*El párrafo segundo del apartado 5º del artículo 282 bis LECrim, contiene una condición de procedibilidad consistente en que para poder proceder penalmente contra el agente encubierto es preciso que el Juez competente requiera informe de quien hubiere autorizado la identidad supuesta. De manera que el informe aparece como una condición para que pueda perseguirse al agente.*²⁰

¹⁹ ASECIO MELLADO, J. M., Derecho Procesal Penal, 2012, p. 281.

²⁰ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., Instituciones, 2001, p. 172.

No existe acuerdo en la doctrina española acerca de los denominados requisitos o condiciones de procedibilidad o de perseguibilidad, no siempre de fácil distinción respecto de otras figuras afines como las condiciones objetivas de punibilidad.

*Para DELITALA las condiciones de procedibilidad consisten en verdaderos actos jurídicos destinados y coordinados exclusivamente al proceso penal, mientras que las condiciones objetivas de punibilidad no son actos, sino hechos jurídicos.*²¹ *QUINTANO se refirió a supuestos de “ejercicio condicionado” (de la acción penal).*²²

*LUZÓN CUESTA y CEREZO MIR incluyen dentro de esta categoría la previa licencia del Juez o Tribunal en los delitos de calumnias o injurias vertidas en juicio.*²³ *A mi modo de ver, mutatis mutandi, esta tesis resulta extrapolable a la autorización o licencia prevista para la perseguibilidad de los delitos que pudiera haber cometido el agente encubierto en la misión encomendada. Según el Tribunal Constitucional (STC 100/1987, de doce de abril), referida al supuesto referido de licencia judicial para la persecución de la calumnia o injuria vertida en juicio, la exigencia de licencia y su eventual denegación no vulneran el derecho a la tutela judicial efectiva, si bien, su otorgamiento no es cuestión dejada al arbitrio judicial, sino que debe resolverse en atención a la finalidad de la institución, palabras que en esencia considero plenamente extrapolables y aplicables a la autorización judicial que ahora examinamos, que responde a la misma ratio decidendi.*

*En opinión de LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, parece que hubiera sido más correcta la ubicación de esta exención de responsabilidad criminal en el Código Penal, salvo que se piense que se trata de una condición de exención concreta y sólo aplicable en función de las características especiales del autor.*²⁴

Siguiendo a este último autor, la mecánica de esta cuestión resulta sencilla: el Juez competente para el conocimiento de las acciones delictivas, cuando tenga conocimiento de que el responsable de ellas es un agente encubierto, debe pedir informe al Juez que autorizó la existencia del agente encubierto, y una vez con el informe en su poder, resolverá lo procedente. El párrafo segundo del apartado 5º del artículo 282 bis parece restringir el informe a la circunstancia relativa al hecho de que

²¹ CEREZO MIR, J., Curso de Derecho Penal Español. Parte General, Tecnos, Madrid, 2001, p. 275.

²² LUZÓN CUESTA, J. M., Compendio de Derecho Penal. Parte General. Dykinson, Madrid, 1997, p. 149.

²³ LUZÓN CUESTA, J. M., Compendio, 1997, p. 149, y CEREZO MIR, J., *op. cit.*, p. 275.

²⁴ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., Instituciones, 2001, p. 172-173.

*tal persona está autorizada para tener una identidad supuesta y actuar como agente encubierto, sin embargo, si el informe abarcara tan sólo este extremo quedaría el Juez competente imposibilitado para aplicar el párrafo primero de este apartado 5º, es decir, la exención de responsabilidad del agente encubierto. Pues en efecto, con el informe, el Juez competente debe decidir si prosigue o no la causa contra el agente encubierto, y por tanto si procede o no la exención de responsabilidad. Para ello precisa examinar la concurrencia de los requisitos exigidos en el primer párrafo del apartado 5º, y si el informe no los refleja, el Juez de instrucción competente no podrá resolver de acuerdo con la exención y deberá proceder contra el agente encubierto, sin perjuicio de que durante el juicio oral pueda suscitarse y examinarse nuevamente la concurrencia de la exención. Lógicamente el Juez competente deberá dictar resolución motivada, que será recurrible conforme a las reglas generales, dependiendo de que se trate del procedimiento abreviado o del ordinario.*²⁵

Si consideramos que la naturaleza jurídica de la exención es la de constituir una causa de justificación, esto implica que la exención ampara a los partícipes, tanto en el ámbito de la responsabilidad penal como de la responsabilidad civil. Por el contrario, si estimamos que su naturaleza jurídica es la de una excusa absolutoria, habrá responsabilidad penal y civil de los partícipes y la responsabilidad civil subsidiaria del Estado, salvo que se conforme como una excusa absolutoria de carácter objetivo, en cuyo caso la responsabilidad penal del partícipe podría quedar excluida. En cualquier caso, la responsabilidad civil del Estado existe por el funcionamiento normal o anormal de los Servicios Públicos.²⁶

VII. BIBLIOGRAFÍA

ASENCIO MELLADO, J. M., Derecho Procesal Penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

CEREZO MIR, J., Curso de Derecho Penal Español. Parte General, Tecnos, Madrid, 2001.

GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N./LÓPEZ DE BARJA QUIROGA, J./PAZ RUBIO, J. M./PUENTE SEGURA, L./RODRÍGUEZ RAMOS, L., Ley de Enjuiciamiento Criminal y Ley del Jurado, 19ª edición, Colex, Madrid, 2012.

²⁵ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., Instituciones, 2001, p. 172-173.

²⁶ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., Instituciones, 2001, p.173.

GUTIERREZ-ALVIZ CONRADI F./VALCÁRCE LÓPEZ, M., (dirs.) Cooperación Internacional frente a la Criminalidad Organizada, Secretariado de Publicaciones, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2001.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., Instituciones de Derecho Procesal Penal, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, Argentina, 2001.

LÓPEZ MUÑOZ, J., Criminalidad Organizada. Aspectos jurídicos y criminológicos, Dykinson, Madrid, 2015.

LUZÓN CUESTA, J. M., Compendio de Derecho Penal. Parte General, Dykinson, Madrid, 1997.

NIETO MARTÍN, A., (coord.) Estudios de Derecho Penal. Ediciones del Instituto penal europeo e internacional de la Universidad de Castilla-La Mancha y Grupo español de la AIDP, Ciudad Real, 2004, Sección II: La corrupción en las transacciones comerciales internacionales, págs. 45-194.

RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A. (coord.)/ARANDA GUERRERO, F. J./COLLADO MEDINA, J./J GONZÁLEZ MÁS, J. L./IBÁÑEZ LÓPEZ-POZAS, F. L./MAGAZ ÁLVAREZ, R./MANZANERO PUEBLA, A. L./OTERO SORIANO, J. M./PARDO MATEOS, R. J./PECHARROMÁN LOBO, Y./TOVAL MARTÍN, L., La investigación policial y sus consecuencias jurídicas, Dykinson, Madrid, 2013.