



El agente encubierto ante la criminalidad organizada transnacional

The undercover agent in the face of transnational organised crime

Norberto Aser González Trigo

Miembro del las FFCCSSEE. Oficial de la Guardia Civil

asertrigo@gmail.com

ORCID. 0009-0006-4794-4123

Resumen

El Estado tras haber asumido el monopolio de poder de modo exclusivo y excluyente sobre su territorio y personas que en el residen, se ha convertido en soberano único. Si bien, estas últimas décadas la soberanía estatal ha sufrido un proceso de desgaste sobre sus cimientos y estructuras, lo que a su vez ha generado brechas de poder que amenazan las sociedades democráticas. De tal manera que, esas debilidades son aprovechadas por la delincuencia transnacional organizada, la cual requiere para impedir su proliferación, entre otras medidas, de técnicas especiales de investigación tales como el agente encubierto y el agente encubierto informático. A su vez, otro aspecto diferenciador de estas estructuras criminales es su transnacionalidad, en su contra, el concurso interestatal resulta imprescindible para llevar a cabo una lucha eficaz para evitar su propagación. De esta necesidad, se conforman Equipos Conjuntos de Investigación en el ámbito de la UE, el poder disponer del apoyo de Europol e Interpol, e incluso, existe una tendencia hacia la armonización normativa global para facilitar, desde la legalidad, la coordinación interestatal.

Palabras clave: agente encubierto, agente encubierto informático, criminalidad organizada transnacional.

Abstract

The State, after assuming a monopoly of power in an exclusive way over its territory and the people who reside in it, becomes the sole sovereign. Although, in recent decades, state sovereignty has suffered a process of wear and tear or degradation on its foundations and structures, which in turn has generated power gaps that threaten democratic societies. These weaknesses are taken advantage of by transnational organized crime, which requires, among other measures, special investigative techniques such as undercover agents and technological secret agents to prevent its proliferation. An interstate competition is essential to carry out an effective fight to prevent its spread. From this need, Joint Investigation Teams are formed at the EU level, with the ability to have the support of Europol and Interpol, and there is even a trend towards global regulatory harmonization to facilitate, from legality, interstate coordination.

Key words: undercover agent, undercover computer agent, transnational organized crime.

Cómo citar este trabajo: González Trigo, Norberto Aser. (2023). El agente encubierto ante la criminalidad organizada transnacional.. *Cuadernos de RES PUBLICA en derecho y criminología*, (2), 85–94. <https://doi.org/10.46661/respublica.8062>

Recepción: 06.12.2022

Aceptación: 22.01.2023

Publicación: 05.05.2023



Este trabajo se publica bajo una licencia de Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional.

1 Introducción

El siglo XVII ha sido testigo de una serie de acontecimientos históricos que incitaron al Estado a mutar para dejar atrás las Instituciones concebidas y vinculadas al poder absolutista que poseían los monarcas sobre su territorio y personas que en él residían. Esto es, ejercían bajo su dirección la política interior y exterior, la elaboración de las leyes, la administración de justicia, el mando de sus ejércitos, y a través de un cuerpo de funcionarios dependientes del rey recaudaba impuestos. Así, tras la Paz de Westfalia en el año 1648, que pone fin a la guerra de los Treinta Años, no sólo altera los límites territoriales de determinadas naciones sino que movidos por la corriente racionalista nacida de la Ilustración que da comienzo en el año 1685, los Estados se transforman en comunidades políticas cuya dirección gubernativa ya no corresponde al monarca en exclusiva, sino que éste se subordina a la Ley emanada del Parlamento.

Fruto de las circunstancias descritas, el Estado se estructura en tres órganos para el reparto de Poder: Ejecutivo, Legislativo y Judicial, que a lo largo de estos siglos han ido mantenido relaciones institucionales tendentes a lograr un equilibrio de poder, de no confusión, ya que la división rígida y absoluta del mismo según Roca, no ha dejado de “ser un mito, una ilusión desprovista de sentido histórico”¹.

Nace así el concepto de soberanía nacional, principio político que se sustenta en la cesión del poder al pueblo de un determinado Estado-nación (un territorio definido,

población constante y gobierno) que es ejercido a través de los poderes del Estado (ejecutivo, legislativo y judicial) como se ha citado. De forma análoga surge el principio de integridad territorial, propósito de capital importancia y actualidad recogido en el artículo 2.4² de la Carta de Naciones Unidas. Estos hechos convierten al Estado en una organización política que de forma plena, exclusiva y excluyente ejerce la soberanía sobre su territorio (plataforma continental, subsuelo, mar territorial y espacio aéreo), cuya injerencia externa sobre alguno de estos tres elementos e independencia política, ha de considerarse un acto hostil a su soberanía. Desde este instante, el Estado ha de evitar el fraccionamiento de su poder, a la vez que impedir la quiebra del principio indivisible de soberanía, fuente de su autoridad unitaria, y cuya segmentación provocaría la incapacidad de garantizar la paz interna y por ende su existencia misma.

Siguiendo este hilo argumental, se plantea la interrogante de si los estados, tras el fin del periodo de guerra fría, poseen los recursos necesarios para garantizar por sí mismos la seguridad interna e incluso externa, o si por el contrario, se encuentran en disposición de acometer los peligros que la delincuencia transnacional organizada³ pueda provocar sobre las instituciones políticas gubernamentales, y aquellas otras que vertebran la sociedad democrática.

De relieve son las medidas normativas⁴ que sobre esta amenaza estratégica se están adoptando, en el caso del Estado español, se trata de la Estrategia de Seguridad Nacional

¹ Roca, F. J. G. (2000:47).

² *Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas.*

³ Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Transnacional Organizada, en Palermo en diciembre del año 2000. En su art. 2.2 define qué se entiende por grupo delictivo organizado: “se entenderá

un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material”.

⁴ Real Decreto 1150/2021, de 28 de diciembre, por el que se aprueba la Estrategia de Seguridad Nacional 2021.

regulada por Real Decreto, esta norma jurídica destaca la necesidad de la identificación temprana de este tipo de amenaza, y coordinación entre Servicios de Inteligencia, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y autoridades fiscal y judicial.

En ese mismo plano cooperativo y preventivo, el Estado español también apuesta por un multilateralismo reforzado para dar respuestas punitivas transnacionales concretas a un tipo de delincuencia que opera más allá de los estrictos límites territoriales donde el Estado no puede ejercer su poder legítimo. Así, es perentorio aunar esfuerzos coordinados entre estados para evitar los daños⁵ que el crimen organizado causa a la sociedad, al ser sobre los que recae –en última instancia- el control y la dirección a seguir por la política global al residir en ellos la fuente de poder formal.

Con todo, son distintas las iniciativas que de mayor a menor amplitud espacial, recogen la necesidad de establecer vínculos de coordinación y técnicas especiales de investigación con el fin de luchar de modo eficaz en contra de la delincuencia transnacional organizada. Tal es así, que en una esfera global se encuentra la ya mencionada Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, que se ofrece como instrumento eficaz y marco jurídico global para establecer vínculos bilaterales o multilaterales de cooperación internacional.

⁵ Daño reconocido en la Orden PCI/161/2019, de 21 de febrero, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Seguridad Nacional, por el que se aprueba la Estrategia Nacional contra el Crimen Organizado y la Delincuencia Grave.

⁶ 1. Siempre que lo permitan los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno, cada Estado Parte adoptará, dentro de sus posibilidades y en las condiciones prescritas por su derecho interno, las medidas que sean necesarias para permitir el adecuado recurso a la entrega vigilada y, cuando lo considere apropiado, la utilización de otras técnicas especiales de investigación, como la vigilancia electrónica o de otra índole y las operaciones encubiertas, por sus autoridades competentes en su

Ese mismo Convenio, resalta que la cooperación se subordina al respeto de los principios de igualdad soberana e integridad territorial de los estados, además de la no intervención en los asuntos internos de los mismos, que como se ha señalado, son los límites infranqueables de la soberanía.

Reseñable es el contenido del artículo 20⁶ del citado Convenio que hace mención a las susodichas técnicas especiales de investigación, a la entrega vigilada, a la vigilancia electrónica, y a las operaciones encubiertas, método este último sobre el que se desarrollará la figura del agente encubierto. Esta modalidad de investigación resulta propicia para los supuestos de criminalidad organizada transnacional, que en ámbito europeo, se encuentra regulada en el Convenio europeo de asistencia judicial, en concreto, el artículo 19.1⁷ del Segundo Protocolo Adicional⁸, que abre la posibilidad de llevar a cabo operaciones conjuntas encubiertas en el territorio de los Estados parte, y cuyos mecanismos para su materialización se pueden articular por medio de la Decisión Marco del Consejo⁹, que en su artículo 1, permite la creación de Equipos Conjuntos de Investigación, en adelante ECI, para la persecución de infracciones penales.

2. Agente encubierto

La postmodernidad se caracteriza por ser disruptiva, vivimos en un mundo

territorio con objeto de combatir eficazmente la delincuencia organizada.

⁷ **19. Investigaciones encubiertas.** 1. La Parte requirente y la Parte requerida podrán convenir en colaborar para la realización de investigaciones penales llevadas a cabo por agentes que actúen de manera encubierta o con una identidad falsa (investigaciones encubiertas).

⁸ Instrumento de ratificación del Segundo Protocolo Adicional al Convenio europeo de asistencia judicial en materia penal, hecho en Estrasburgo el 8 de noviembre de 2001.

⁹ Decisión marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre equipos conjuntos de investigación. (2002/465/JAI).

excesivamente cambiante e incierto, este panorama permite que afloren nuestras debilidades por la propia incapacidad de adaptarnos a un entorno que torna de modo rápido y profundo. A la sazón, la criminalidad organizada reta al Estado, porque demanda de éste respuestas inmediatas y eficaces para frenarla, esto exige mostrar una capacidad de adaptación notable, de lo contrario, los responsables de este tipo de actividades delictivas tomarán partida y ventaja por los pingües beneficios que este modo criminal de vivir ofrece.

Se deduce que no es una alternativa sino una necesidad urgente poner en marcha instrumentos de prevención y represión para evitar que afloren este tipo de actividades criminales organizadas. De ello, surge el agente encubierto como instrumento de política criminal, al cual se le asigna un rol preponderante al ofrecerse como recurso valioso al sistema de respuestas estatales. Ya que, aunque el Estado dispone de muchos recursos, estos son insuficientes para evitar que las organizaciones criminales internacionales, a la vez que franquean el muro de la soberanía, puedan socavar los cimientos sobre los que se sustentan las sociedades democráticas, en síntesis, se demandan una serie de reacciones ordenadas

y coordinadas para no incurrir en actos que pongan en riesgo las relaciones interestatales.

Entonces, salvar este escollo exige que la normativa interna recoja esta técnica de investigación, la cual requiere de la infiltración voluntaria de un miembro de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, que en sus funciones de Policía Judicial, mediante una identidad supuesta o falsa otorgada por un plazo inicial de seis meses por el Ministerio del Interior, desarrolla su actividad de investigación visada por el Juez Instructor o el Ministerio Fiscal.

Todos estos requisitos han sido regulados en el año 1999 por Ley Orgánica 5/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en adelante LECRIM, en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves. Que en su artículo segundo añade al Título III del Libro II de la LECRIM, un artículo 282 bis¹⁰, quedando así establecida la posibilidad legal que los funcionarios policiales de la Policía Judicial puedan utilizar una identidad supuesta, para mediante control judicial y fiscal, poder obtener pruebas lícitas en escenarios de delincuencia organizada.

Los delitos sobre los que puede investigar el agente encubierto son los enumerados en el apartado 4 del artículo 282 bis¹¹, además de

¹⁰ **Artículo 282 bis 1.** A los fines previstos en el artículo anterior y cuando se trate de investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada, el Juez de Instrucción competente o el Ministerio Fiscal dando cuenta inmediata al Juez, podrán autorizar a funcionarios de la Policía Judicial, mediante resolución fundada y teniendo en cuenta su necesidad a los fines de la investigación, a actuar bajo identidad supuesta y a adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos.

¹¹ a) Delitos de obtención, tráfico ilícito de órganos humanos y trasplante de los mismos, previstos en el artículo 156 bis del Código Penal.

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

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

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

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

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

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

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

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

j) Delito de tráfico de material nuclear y radiactivo previsto en el artículo 345 del Código Penal.

k) Delitos contra la salud pública previstos en los artículos 368 a 373 del Código Penal.

los señalados en el art. 588 ter a¹² en relación con el art. 579.1¹³, ambos de la LECRIM.

Con posterioridad a esta modificación legislativa, la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, el legislador, ha decidido añadir dos nuevos apartados 6 y 7¹⁴ al artículo 282 bis, incorporando *ex novo* la figura del agente encubierto informático.

Esta decisión trae causa por la dificultad que entraña la detección y persecución de delitos que se cometen a través de internet, un tipo de criminalidad que se sirve de este medio masivo de comunicación al proporcionar anonimato de los autor/es y extraordinaria capacidad extensiva.

Mencionar también, que el informe sobre la cibercriminalidad en España del año 2021¹⁵,

elaborado por la Dirección General de Coordinación y Estudios de la Secretaría de Estado de Seguridad, muestra que en el año 2017 se habían cometido un total de 117.399 hechos delictivos conocidos, para pasar en el año 2021 a un total de 305.477, siendo la tipología delictiva dominante, el fraude informático con un porcentaje del 87.4%; el resto se reparte del modo que sigue: contra el honor 0,5%, amenazas y coacciones 5,7%, falsificación informática 3,4%, acceso e interceptación ilícita 1,7%, delitos sexuales 0,5%, interferencia de datos y en sistema 0,7%.

De este notorio incremento delictivo se hace eco la prensa española en el sentido de situar a España en el foco de los ciberataques: líderes mundiales en robo de datos y claves bancarias¹⁶, colocando a nuestro país en la

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.

¹² Artículo 588 ter a *Presupuestos*

La autorización para la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas solo podrá ser concedida cuando la investigación tenga por objeto alguno de los delitos a que se refiere el artículo 579.1 de esta ley o delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier

¹³ Artículo 579 De la correspondencia escrita o telegráfica.

1. El juez podrá acordar la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica, incluidos faxes, burofaxes y giros, que el investigado remita o reciba, así como su apertura o examen, si hubiera indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación del algún hecho o circunstancia relevante para la causa, siempre que la investigación tenga por objeto alguno de los siguientes delitos: Delitos dolosos castigados con pena con límite máximo

de, al menos, tres años de prisión. Delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal. Delitos de terrorismo.

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

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

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

¹⁵

<https://www.interior.gob.es/opencms/pdf/prensa/balances-e-informes/2021/Informe-Cibercriminalidad-2021.pdf>

¹⁶

https://www.elespanol.com/omicrono/tecnologia/2020/03/20703/espana-ciberataques-lideres-mundiales-datos-claves-bancarias/684181643_0.html

octava¹⁷ posición en la lista de los países del mundo más ciberatacados por amenazas de 'ransomware'¹⁸.

En síntesis, a la dificultad intrínseca que requiere la persecución de delitos cometidos en este ámbito espacial, se le une en ocasiones al carácter transnacional de determinadas conductas delictivas, lo que hace necesario recurrir en uno u otro caso a la infiltración policial en la red para poder luchar de modo eficiente contra las organizaciones criminales, las cuales mantienen sus estructuras ocultas o distantes del lugar de consumación del delito. En otras palabras, "la eficacia de las tareas investigadoras realizadas en red presenta unas circunstancias específicas en cuanto a medios, estructuras y operativa policial, vista la inmediata capacidad expansiva de los efectos dimanantes de los hechos investigados"¹⁹.

Conviene aclarar, que la figura del agente encubierto informático posee unas características que lo hacen distinto del agente encubierto convencional, pues en el primer caso actúa sobre canales cerrados de comunicación.

Como señalan Marcos & Tejada²⁰, para considerar que se trata de un canal cerrado de comunicación han de concurrir dos elementos, esto es: "la existencia de una clasificación de seguridad para acceder al mismo. Dicha clasificación de seguridad, además, deber ser de una cierta entidad, de

tal manera que permita realizar una criba, o delimitación, de los sujetos que pueden ser parte en dicho canal de comunicación".

Según los autores, no formarían parte de este tipo de canales "páginas web, redes sociales, foros de comunicación, en que sea suficiente aportar un nombre y apellidos ficticios para conseguir el alta (...) matizan que la clasificación de seguridad de ser de una cierta entidad, invitación previa, aportación de documentación auténtica, aportación de material ilícito... (...); el segundo elemento sería la existencia de una expectativa razonable de privacidad (...) debe suponer que todos aquellos que intervienen en el canal de comunicación tienen que tener una expectativa razonable de que todo lo que van a publicar, o compartir, en el seno del mismo no vaya a ser observado por terceros ajenos".

Abundando sobre este asunto, los canales cerrados se diferencian del ciberpatrullaje, que es el rastreo que realizan las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en virtud de una actividad policial encaminada a la prevención de actos delictivos, estas labores cotidianas de vigilancia policial en redes abiertas facilitan la realización de diligencias de investigación²¹ cuando se detectan hechos presumiblemente delictivos.

A su vez, tampoco resulta indispensable que el agente encubierto informático actúe en escenarios de delincuencia organizada, ya que el art. 282bis.6 LECRIM, permite que la

¹⁷

<https://www.europapress.es/portaltic/ciberseguridad/noticia-espana-octavo-pais-mas-atacado-ransomware-segunda-mitad-2021-20220215123135.html>

¹⁸ Definición según INCIBE (Instituto Nacional de Ciberseguridad): El ransomware es un tipo de malware que toma por completo el control del equipo bloqueando o cifrando la información del usuario para, a continuación, pedir dinero a cambio de liberar o descifrar los ficheros del dispositivo.

¹⁹ Gómez, R. S. (2016). El agente encubierto informático. La ley penal.

²⁰ Marcos, J. G., & Tejada, J. I. Z. (2021:7). Las medidas de investigación tecnológica en el anteproyecto de ley

de enjuiciamiento criminal de 2020. Una aproximación preliminar. Revista Aranzadi Doctrinal, (2), 2.

²¹ TS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia núm. 767/2007 de 3 octubre. "(...) lo cierto es que los agentes de la autoridad, cuando realizan las labores habituales de vigilancia para prevenir la delincuencia informática tuvieron noticia casual de la existencia de un posible delito de difusión de pornografía infantil. Realizaron las investigaciones oportunas y, sólo cuando tuvieron la convicción de estar efectivamente en presencia de hechos presuntamente delictivos, confeccionaron el oportuno atestado que remitieron a la Fiscalía de la Audiencia Provincial donde se instruyeron las pertinentes diligencias informativas y, acto seguido, tras la denuncia en el Juzgado de Instrucción, las Diligencias Previas".

investigación se lleve a cabo en ausencia de tales contextos, sólo basta que la operación policial entienda de los delitos recogidos en el apartado 4 del art. 282bis LECRIM, o bien, que sean delitos dolosos con penas de, al menos, tres años de prisión, art. 579.1 LECRIM.

Este mismo artículo también sirve, de acuerdo a Tejada²², para evitar que el agente encubierto informático incurra en responsabilidad penal al permitir que éste pueda intercambiar archivos ilícitos, actividad que se enmarca dentro de una investigación tendente al descubrimiento de delitos ya cometidos.

Otra de las diferencias introducidas al momento de regular el agente encubierto informático, ha sido la duración de las medidas de intromisión, puesto que varía al afectar al secreto de las comunicaciones art. 18.3 CE²³, regulada en el artículo 588 ter a²⁴.

Esta medida limitativa del derecho fundamental descrita se circunscribe a un espacio temporal máximo de dieciocho meses²⁵, a diferencia del agente encubierto convencional la duración de las medidas de seis meses iniciales puede prorrogarse por iguales periodos sin límite temporal.

3. Agente encubierto y mecanismos internacionales de cooperación

La globalización ha derribado o ha hecho transparente los muros de la soberanía estatal, estas circunstancias han permitido que las organizaciones criminales ocupen los espacios donde el Estado no puede llegar o le resulta imposible por sí solo. De esta suerte, resulta ineludible integrar esfuerzos para de modo conjunto y cooperativo, ocupar esos vacíos de control al objeto de evitar la proliferación de este tipo de criminalidad.

Si bien, como se ha señalado, existen herramientas de cooperación tanto entre miembros de la Unión Europea, como terceros países, en ambos casos, permiten llevar a cabo operaciones internacionales, siempre y cuando se respete la soberanía del Estado dónde se realiza la investigación, las normas de derecho interno de dicho Estado, y que las actuaciones se encuentren sujetas al control jurisdiccional del Estado donde se desarrollen.

Con carácter previo, conviene matizar que los procesos para iniciar la investigación son distintos, es decir, si se trata de estados miembros de la Unión Europea, o de terceros países. En el primer supuesto, si la autoridad competente considera que las autoridades de otro Estado miembro deba colaborar en operaciones encubiertas podrá realizarlo por medio de la Orden Europea Investigación²⁶, en

²² Tejada, J. I. Z. (2017:13). El agente encubierto" online": la última frontera de la investigación penal. *Revista Aranzadi Doctrinal*, (1), 1.

²³ Artículo 18. 3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.

No precisa autorización judicial lo que se encuentra de modo público en internet. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) Sentencia núm. 752/2010 de 14 julio. "En relación con la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, no aporta dato alguno fuera de identificarla con la captación de los mensajes y contactos realizados por el mismo a través de internet, olvidando que el acceso a la información así producida puede efectuarla cualquier usuario, no precisándose autorización judicial para conseguir lo que es público cuando el propio usuario de la red ha introducido dicha información en la misma".

²⁴ Artículo 588 ter a Presupuestos. La autorización para la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas solo podrá ser concedida cuando la investigación tenga por objeto alguno de los delitos a que se refiere el artículo 579.1 de esta ley o delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o servicio de comunicación.

²⁵ Artículo 579 De la correspondencia escrita o telegráfica. 2. El juez podrá acordar, en resolución motivada, por un plazo de hasta tres meses, prorrogable por iguales o inferiores períodos hasta un máximo de dieciocho meses, la observación de las comunicaciones postales y telegráficas del investigado, así como de las comunicaciones de las que se sirva para la realización de sus fines delictivos.

²⁶ Ley 3/2018, de 11 de junio, por la que se modifica la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento

adelante OEI, esta Ley recoge en su articulado el régimen jurídico de los agentes actuantes, duración de la investigación, condiciones concretas..., si bien, todas ellas ha de respetar el Derecho interno del Estado donde se pretende llevar a cabo la investigación.

En el segundo caso, se necesitará una comisión Rogatoria Internacional, en adelante CRI; un modo de auxilio internacional en materia penal para poder llevar a cabo actos de instrucción dentro de una investigación o procedimiento penal. Estas CRI podrán ser solicitadas vía diplomática, o bien a través de Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional del Ministerio de Justicia, previa petición del Juez de Instrucción, que la podrá cursar por conducto del Presidente del Tribunal Supremo, del Tribunal Superior de Justicia o de la Audiencia Provincial.

Una vez se ha constatado que existe la posibilidad de participar en operaciones encubiertas fuera del ámbito territorial que es propio, por medio de ECI o equipos conjuntos interestatales, también existe la posibilidad de apoyarse en la agencia europea e intergubernamental policial Europol e Interpol²⁷ respectivamente. La primera se ofrece como centro de apoyo a las operaciones policiales; eje para la información sobre actividades delictivas; centro de conocimientos policiales especializados²⁸; y la segunda, como gestora de dieciocho bases de datos policiales con información sobre delitos y delincuentes, además de mostrarse como ayuda a la investigación en materia forense, operaciones sobre el terreno, formación o creación de redes²⁹.

De ambas agencias, nos hablaba hace más de una década Zafra Espinosa³⁰, en el sentido de creer posible la actuación de agentes pertenecientes a Europol como Interpol en la modalidad de agentes encubiertos por varias razones, por la propia esencia de ambas Agencias, que es la lucha contra amenazas graves a la seguridad, por su ámbito territorial de competencia que le ofrece una mayor movilidad interestatal, además del alto grado de especialización con la que cuentan sus miembros.

Tal es así, que no resulta extraño que la propia Estrategia Nacional contra el Crimen Organizado y la Delincuencia Grave 2019-2023, en su tercer eje, que es la lucha contra los mercados criminales y las graves formas delictivas, reitere la necesidad de realización de investigaciones conjuntas especialmente a través de Europol e Interpol.

4. Conclusiones

I.- El legislador ha creído necesario introducir en nuestro ordenamiento jurídico la figura del agente encubierto (año 1999), para que los miembros de la Policía Judicial puedan hacer uso de técnicas de investigación especiales. Esto se produjo porque las metodologías tradicionales se creyeron insuficientes para hacer frente a la delincuencia organizada transnacional. Más adelante (año 2015), ante el incremento de la actividad delictiva en entornos informáticos, de nuevo, se crean ex novo, medidas jurídicas eficaces al objeto de que los investigadores, en la modalidad de agente encubierto informático, pudiesen

mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, para regular la Orden Europea de Investigación. **Artículo 201. Emisión de una orden europea de investigación para realizar investigaciones encubiertas.** Cuando la autoridad competente considere necesario que las autoridades competentes de otro Estado miembro colaboren en la investigación encubierta de una o varias actividades delictivas, a través de agentes que actúen infiltrados o con una

identidad falsa, emitirá una orden europea de investigación solicitando dicha colaboración e indicará las razones por las que considera pertinente realizar una investigación encubierta.

²⁷ Cuenta con 195 países miembros.

²⁸ <https://www.europol.europa.eu/about-europol/es>

²⁹ <https://www.interpol.int/es/Quienes-somos/Que-es-INTERPOL>

³⁰ Zafra Espinosa de los Monteros, R. (2010:252-257).

desarrollar su actividad policial en entornos cerrados de comunicación.

Como se ha podido constatar, en uno y otro caso, las nuevas realidades delictivas que tratan de debilitar las sociedades democráticas, han hecho reaccionar al legislador en el sentido de ofrecer cobertura legal a los miembros de la Policía Judicial cuando desarrollan su actividad profesional mediante la figura del agente encubierto. Y esto ha de ser así, no sólo en el ámbito de derecho interno, sino que todos los estados deben incorporar a su normativa estatal mecanismos faciliten las investigaciones en sus territorios (armonización normativa), además de crear instrumentos jurídicos ágiles de colaboración para hacer frente común a la transnacionalidad delictiva. Claro está, que muchos estados bien por incapacidad interna o falta de interés en insertarse en la comunidad internacional para hacer un frente común, no sólo permiten que ciertas actividades criminales partan de sus territorios, delitos de carácter cibernético, sino que los propios autores se mantienen ajenos a una respuesta punitiva dada la incapacidad de un Estado, por sí solo, pueda extender su poder más allá de sus límites territoriales.

II.- Los factores que determinan si nos encontramos ante la técnica policial de investigación criminal en ámbitos de criminalidad organizada, donde opera el agente encubierto, son tres: ocultar la verdadera identidad, que se trate de agente de la Policía Judicial, y que se infiltre en la organización criminal para la averiguación y puesta a disposición judicial no sólo del autor/es del entramado criminal, sino de desmantelar la propia organización.

Así, la técnica especial de investigación, bajo la modalidad de agente encubierto se ofrece como herramienta eficaz en contextos de crimen organizado, así como las diferentes modalidades delictivas graves que utilizan como soporte la red. Y aunque el fin último, es la detención de los presuntos delincuentes que cometen la actividad criminal como se ha

dicho, no lo es menos, si cabe mayor, desvelar el modo en cómo se organiza la organización, su *modus operandi*, además del alcance e implicaciones de sus actividades criminales.

III.- Conscientes de las implicaciones y consecuencias que acarrea entrometerse en la jurisdicción de otro Estado, la creación de entornos supraestatales de investigación no son una alternativa, sino una necesidad. De esta forma, como se ha desarrollado en el texto, tanto en contextos territoriales que afectan a los miembros de la Unión Europea, como de terceros estados, existen posibilidades de actuar conjunta y coordinadamente en escenarios distintos, incluso con el valioso apoyo de las agencias Europol como Interpol.

Desde luego, el aunar esfuerzos conjuntos en pro de erradicar la delincuencia transnacional ha de entenderse como una necesidad estratégica, en tanto el incremento de este tipo de actividades se conviertan en sistémicas, y puedan debilitar las estructuras del Estado, incluso, extenderse a la sociedad en el sentido de ofrecerse como una lucrativa forma de vivir.

En conclusión, salvar los obstáculos que imponen la competencia y jurisdicción como elementos ligados al principio de territorialidad, sólo es posible con el concurso de otros estados igual de soberanos. Porque comprender y hacer saber a las redes criminales transnacionales, que habrá respuesta estatal independientemente del lugar de dónde parta el delito, *iter criminis*, cómo el lugar donde realmente produce los efectos, generará sobre sus miembros, la percepción real de que huir de la jurisdicción de un determinado Estado, para evitar responder de sus acciones delictivas, no tendrá sentido alguno.

Referencias

GARCÍA MARCOS, JULIAN Y ZARAGOZA TEJADA, JAVIER IGNACIO. (2021). Las medidas de investigación tecnológica en el anteproyecto de ley de enjuiciamiento criminal de 2020. Una aproximación

preliminar. *Revista Aranzadi Doctrinal*, (2), 2.

GARCÍA ROCA, FRANCISCO JAVIER. (2000). Del principio de la división de poderes (1). *Revista de estudios políticos*, (108), 41-75.

SÁNCHEZ GÓMEZ. RAUL. (2016). El agente encubierto informático. *La ley penal*. 116, 1-12,

ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, ROCÍO. (2010). El policía infiltrado: los presupuestos jurídicos en el proceso penal español. *El policía infiltrado*, 1-451.

ZARAGOZA TEJADA, JAVIER IGNACIO. (2017). El agente encubierto" online": la última frontera de la investigación penal. *Revista Aranzadi Doctrinal*, (1), 1.

Ley 3/2018, de 11 de junio, por la que se modifica la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, para regular la Orden Europea de Investigación.

Orden PCI/161/2019, de 21 de febrero, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Seguridad Nacional, por el que se aprueba la Estrategia Nacional contra el Crimen Organizado y la Delincuencia Grave.

Real Decreto 1150/2021, de 28 de diciembre, por el que se aprueba la Estrategia de Seguridad Nacional 2021.

NORMATIVA CONSIDERADA

Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

del Estado, B. O. (1978). Constitución española. *BOE*, 311(29), 29315-29339.

Ley Orgánica 5/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves.

Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Transnacional Organizada, en Palermo en diciembre del año 2000.

Instrumento de ratificación del Segundo Protocolo Adicional al Convenio europeo de asistencia judicial en materia penal, hecho en Estrasburgo el 8 de noviembre de 2001.

Decisión marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre equipos conjuntos de investigación. (2002/465/JAI).

Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica.