

INSTITUTO PACÍFICO

LOS ACTOS DE INVESTIGACIÓN CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO

Agente encubierto, entrega vigilada y videovigilancia

Víctor Cubas Villanueva / Miguel A. Girao Isidro
(Coordinadores)



INSTITUTO PACÍFICO

• Vincenzo Militello • Paola Maggio • Ignacio M. Soba Bracesco • Gustavo Fondevila • Alberto Mejía • Daniele Vicoli • Marianna Biral • Carlos García Valdés • Andrea Planchadell Gargallo • Rocío Zafra Espinosa de los Monteros • Lidón Montón García • Caviedes Estanislao Escalante Barreto • Miguel Rafael Pérez Arroyo • Verónica López Yagües • Ana Beltrán Montoliu • Julián López-Muñoz • Luis Fernando Rey Huidobro • Concepción Carmona Salgado • José Francisco Etxeberria Guridi • Emilio Frías Martínez • Edmundo Rodríguez Achútegui • Ignacio José Subijana Zunzunegui • Ignacio Villaverde Menéndez • Fany Soledad Quispe Farfán

LOS ACTOS DE INVESTIGACIÓN CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO

AGENTE ENCUBIERTO, ENTREGA
VIGILADA Y VIDEOVIGILANCIA

Víctor Cubas Villanueva / Miguel A. Girao Isidro
(Coordinadores)



INSTITUTO PACÍFICO
**Actualidad
Penal**
Al día con el Derecho



INSTITUTO
PACÍFICO

LOS ACTOS DE INVESTIGACIÓN CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO
Agente encubierto, entrega vigilada y videovigilancia

Coordinadores

Víctor Cubas Villanueva
Miguel A. Girao Isidro

Primera Edición - Enero 2016

Copyright 2016

© Instituto Pacífico S.A.C.

Diseño, diagramación y montaje:

Diego Camasca Borja
Georgina Condori Choque
Ricardo De la Peña Malpartida
José Carrascal Quispe
Luis Ruiz Martínez
Anyela Aranda Rojas

Edición a cargo de:

Instituto Pacífico S.A.C. - 2016
Jr. Castrovirreyna N° 224 - Breña
Central: 332-5766
E-mail: preprensa@aempresarial.com

Tiraje: 7,100 ejemplares

Registro de Proyecto Editorial : 21501051501469

ISBN : 978-612-4265-68-6

Hecho el Depósito Legal en la
Biblioteca Nacional del Perú N° : 2015-19149

Impresión a cargo de:

Pacífico Editores S.A.C.
Jr. Castrovirreyna N° 224 - Breña
Central: 330-3642

Derechos Reservados conforme a la Ley de Derecho de Autor.

Queda terminantemente prohibida la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, químico, óptico, incluyendo el sistema de fotocopiado, sin autorización escrita del autor e Instituto Pacífico S.A.C., quedando protegidos los derechos de propiedad intelectual y de autoría por la legislación peruana.



Índice

<i>Presentación</i>	15
---------------------------	----

PRIMERA PARTE PROCESO PENAL Y CRIMINALIDAD

Vincenzo Militello

Los nuevos modelos de incriminación de las organizaciones criminales al interior de la Unión Europea

1. La lucha contra la criminalidad organizada en el marco de la armonización penal como principio del derecho europeo	21
2. La variedad de modelos de incriminación	25
3. Las intervenciones europeas de armonización: alternativas de enfoques, bases normativas y soluciones adoptadas.....	36
4. Los efectos de las medidas de armonización: sin embargo (algo) se mueve	47

Paola Maggio

La lucha contra la criminalidad organizada y respeto de los Derechos Humanos en Europa

1. Premisa	59
2. Las estrategias de lucha y de armonización	61
3. Una visión eurounitaria del crimen organizado	65
4. Los instrumentos del combate a los patrimonios ilícitos	68
5. Las intervenciones en el frente de investigación: el reforzamiento de la fiscalía europea y la orden de investigación europea	72
6. La eficacia de <i>Eurojust</i> en algunos resultados de aplicación	77
7. Derechos Humanos y respuesta penal	81

Ignacio M. Soba Bracesco

**Las particularidades del proceso penal en materia de
delincuencia organizada**

1.	Consideraciones preliminares.....	87
2.	Los sujetos del proceso	88
3.	La prueba penal y la delincuencia organizada. Aspectos generales.....	95
4.	Las técnicas especiales reguladas en nuestro ordenamiento.....	104
5.	Otras particularidades.....	107
6.	Reflexiones finales: la técnica legislativa procesal	110
7.	Anexo	112

Gustavo Fondevila y Alberto Mejía

Debilidades de la extinción de dominio en México

Literatura	117
1. Instrumentos jurídicos del sistema penal mexicano contra el poder económico de la delincuencia organizada	118
1.1. El aseguramiento de bienes susceptibles de decomiso	118
1.2. El decomiso.....	119
2. El proceso en el juicio de extinción de dominio	120
2.1. Etapas del proceso del juicio de extinción de acción de dominio	121
3. Cifras de la extinción de dominio	122
4. Posibles fallas del juicio de extinción de dominio	123
5. Conclusiones	126

**SEGUNDA PARTE
EL AGENTE ENCUBIERTO**

Daniele Vicoli y Marianna Biral

**La regulación de las investigaciones encubiertas en el
sistema procesal penal italiano**

1.	El marco normativo.....	131
2.	Una distinción preliminar: no punibilidad del agente encubierto y la utiliza- bilidad de los elementos de prueba	133
3.	La línea límite entre agente encubierto y agente provocador	134
4.	Presupuestos de aplicación	136
5.	La tipología de las operaciones permitidas	138
6.	El inicio y el desarrollo de las operaciones: las relaciones entre la policía judicial y el Ministerio Público	139

7.	La inobservancia de los presupuestos de aplicación y de las modalidades operativas: reflexiones sobre la utilizabilidad de la prueba.....	142
8.	La deposición del agente encubierto: principales problemas interpretativos conexos a la calificación procesal del declarante	145
9.	(Sigue) dudas sobre la operatividad de las prohibiciones de testimonio indirecto referidos en los artículos 62 y 195 párrafo 4 CPP	147
10.	Tutela de la identidad del agente encubierto y derechos de defensa: un difícil equilibrio	152

Carlos García Valdés

El agente provocador en el tráfico de drogas

1.	Consideraciones previas.....	159
2.	Perspectiva jurisprudencial y problemas que se suscitan	160
2.1	La perspectiva jurisprudencial.....	160
2.2	Clasificación de los problemas que suscitan las resoluciones expuestas.....	165
3.	Soluciones que ofrece la doctrina y la jurisprudencia penal española	166
4.	Derecho comparado	170
5.	La teoría del delito provocado en el Código Penal de 1995.....	172
6.	Selección de jurisprudencia.....	173
6.1.	Sentencia 11/1983, de 21 de febrero.....	173
6.2.	Sentencia de 15 de noviembre de 1984.....	174
6.3.	Sentencia de 18 de junio de 1985.....	176
6.4.	Sentencia de 25 de septiembre de 1985	176
6.5.	Sentencia de 9 de octubre de 1987.....	177
6.6.	Sentencia de 15 de noviembre de 1989.....	177
6.7.	Sentencia de 27 de febrero de 1990	178
6.8.	Sentencia de 25 de junio de 1990.....	178
6.9.	Sentencia de 29 de noviembre de 1990.....	180
6.10.	Sentencia de 10 de diciembre de 1990	180
6.11.	Sentencia de 20 de febrero de 1991	181
6.12.	Sentencia de 21 de septiembre de 1991	182
6.13.	Sentencia de 15 de febrero de 1992	182
6.14.	Sentencia de 21 de marzo de 1992.....	183
6.15.	Sentencia de 10 de julio de 1992	184
6.16.	Sentencia de 17 de noviembre de 1992.....	185
6.17.	Sentencia de 22 de diciembre de 1992	185
6.18.	Sentencia de 14 de junio de 1993	186
6.19.	Sentencia de 1 de julio de 1994	187
6.20.	Sentencia de 11 de octubre de 1995.....	187

Andrea Planchadell Gargallo

El agente encubierto en la lucha contra la criminalidad organizada

1.	Introducción	189
2.	La técnica de la infiltración en general.....	191
3.	Breve distinción con figuras afines	193
3.1.	El confidente	194
3.2.	Colaboradores con la justicia (el "arrepentido").....	195
4.	El agente encubierto.....	197
4.1.	Características definitorias.....	201
a.	El engaño	201
b.	La excepcionalidad o subsidiariedad	202
4.2.	Ámbito objetivo.....	204
4.3.	Ámbito subjetivo.....	208
4.4.	Desarrollo de la medida	209
4.5.	El agente encubierto en el juicio oral.....	214
5.	Los límites de actuación del agente encubierto: la provocación del delito y el agente provocador	216
6.	Breve referencia al agente encubierto en otros ordenamientos.....	221
6.1.	Alemania	221
6.2.	Italia	222
6.3.	Colombia	223

Rocío Zafra Espinosa de los Monteros

Medios extraordinarios de investigación contra la criminalidad organizada

1.	Introducción	225
2.	¿Por qué son extraordinarios estos medios?.....	226
3.	¿Qué es una organización criminal?.....	228
3.1.	Características básicas de la organización criminal	229
a.	Asociación de personas.....	232
b.	Disposición de medios materiales y personales: sofisticación	233
c.	Empleo de violencia.....	235
d.	Influencia negativa sobre el sistema.....	235
e.	Estructura de la organización	237
f.	Características de los miembros de la organización	238
g.	Código de conducta	240
h.	Apariencia de legalidad	240
i.	Gravedad de la conducta delictiva	241
j.	Internacionalización y transnacionalización.....	242
4.	¿Cuál puede ser la actuación del agente encubierto?.....	242
4.1.	Actuación bajo identidad supuesta.....	243

4.2. Transportar los objetos, efectos e instrumentos y diferir la incautación del delito.....	245
4.3. Actuación de figuras afines	246
a. El arrepentido	246
a.1. Concepto y características del arrepentido	248
a.2. Similitudes y diferencias entre el arrepentido y el agente encubierto	256
b. El confidente	258
b.1. Concepto y características del confidente.....	259
b.2. Similitudes y diferencias entre el confidente y el agente encubierto	263
5. ¿Protección del agente encubierto?	265
6. Conclusión.....	266

Lidón Montón García

Nuevas técnicas de investigación: confidente, agente provocador y agente encubierto

1. Introducción	267
2. Confidente, delator o “chivato”.....	270
3. Agente provocador	271
4. Agente encubierto.....	274
5. Confusión jurisprudencial: agente provocador versus agente encubierto	278
6. Conclusiones	280

Caviedes Estanislao Escalante Barreto

El agente encubierto como actividad de indagación e investigación criminal: cuestiones constitucionales en el proceso penal colombiano

1. Introducción	281
2. El agente encubierto en América latina	283
3. El concepto: agente encubierto y su dispositivo de vigilancia y control	285
3.1 La infiltración u operación encubierta	287
3.2 Agente encubierto	289
3.3 Agente provocador	291
4. La ley 1474 de 2011. Negación de los postulados normativos del CPP.....	295
5. La injerencia en las prerrogativas iusfundamentales: negación de principios y derechos constitucionales	296
5.1. Derecho a la intimidad.....	298
5.2. Derecho a la no autoincriminación	302
6. El particular como agente encubierto: de nuevo la confusión	306
7. El policía judicial y el particular como agente encubierto: de sus derechos, responsabilidad y consecuencias	309

8.	La tesis de control fuerte de constitucionalidad del agente encubierto en el estado constitucional de derecho en sentido material	310
8.1.	Los requisitos constitucionales y legales de la actuación del agente encubierto: una propuesta de integración material	311

Miguel Rafael Pérez Arroyo

Lineamientos de actuación del agente encubierto como instrumento de investigación contra el crimen organizado

1.	Introducción	315
2.	Aspectos generales de la regulación del agente encubierto	317
2.1.	Evolución legislativa del agente encubierto.....	317
2.2.	El agente encubierto como técnica especial de investigación contra el crimen organizado: <i>necesarias diferencias conceptuales</i>	321
2.3.	La utilización de las fuentes probatorias obtenidas en las operaciones encubiertas.....	326
3.	La actuación eficaz y eficiente del agente encubierto: propuesta de elaboración de un protocolo de actuación	331

TERCERA PARTE LA ENTREGA VIGILADA

Verónica López Yagües

La circulación o entrega vigilada de bienes delictivos en el Código Procesal Penal peruano de 2004, como instrumento al servicio de la lucha frente al crimen organizado

1.	Ideas previas	335
2.	La diligencia de investigación consistente en la circulación o entrega controlada de bienes delictivos. Su carácter extraordinario	339
2.1.	Concepto y fundamento. Finalidad de la medida.....	339
2.2.	Ámbito de aplicación y posible objeto de la operación de circulación o entrega bajo control.....	340
2.3.	Finalidad de la medida	342
3.	Presupuestos para el acuerdo y práctica de la diligencia	343
3.1.	Autorización de la operación de circulación o entrega	344
a.	Órgano u órganos legitimados.....	344
b.	La exigencia de resolución motivada para el acuerdo	348
3.2.	Las exigencias de necesidad, idoneidad y proporcionalidad <i>stricto sensu</i> de toda operación de circulación o entrega vigilada de bienes delictivos	349
4.	Sobre la eficacia o eventual ineficacia probatoria de los resultados derivados de su práctica.....	351

Ana Beltrán Montoliu

Circulación o entrega vigilada de sustancias, materiales u otros bienes ilícitos como método para luchar contra la criminalidad organizada

1.	Introducción	355
2.	Concepto y marco legal	356
3.	Ámbito de aplicación	360
4.	Autoridades competentes	362
5.	Requisitos para su adopción	363
6.	Práctica.....	365
7.	Supuestos.....	368
	7.1. Entrega vigilada sin apertura del paquete postal.....	368
	7.2. Con apertura del paquete y sustitución de su contenido.....	369
8.	Entrega vigilada internacional	371
9.	A modo de conclusión.....	375

Julián López-Muñoz

Circulación y entrega vigilada

1.	La entrega vigilada	377
2.	Pertinencia de la entrega vigilada.....	379
3.	Autorización de la circulación o la entrega.....	380
4.	Aspectos prácticos.....	382

Luis Fernando Rey Huidobro

La entrega vigilada: problemas jurídicos que plantea

1.	Introducción	385
2.	Precedentes internacionales y comentario general	385
3.	Concepto y naturaleza.....	388
4.	Requisitos legales.....	391
	4.1. Autorización individualizada caso por caso, llevada a cabo por autoridad judicial o policial competente.....	391
	4.2. Existencia de necesidad en relación con la importancia del delito y con las posibilidades de vigilancia.....	394
	4.3. Con la finalidad de identificar o descubrir a los responsables de los delitos mencionados en el artículo 263 bis, o de auxiliar a autoridades extranjeras con ese mismo fin. Bienes susceptibles de sometimiento a circulación y entrega vigilada	395
	4.4. Interceptación y apertura de envíos postales sospechosos: artículo 263 bis- 4 de la I.E. Criminal	398

5. Algunos problemas jurídicos concretos que plantea la aplicación de la figura de la entrega vigilada y su solución jurisprudencial	399
5.1. Apertura de paquetes postales: cambio de criterio jurisprudencial y nueva normativa introducida por la I.O. 13/2015, De 5 de octubre.....	399
5.2. Envío de paquete postal: admisión de delito intentado	402
5.3. Envío de paquete postal: cabe desistimiento	405
5.4. El mero hecho de figurar como destinatario del paquete no es prueba suficiente para la condena	407

Concepción Carmona Salgado

Técnicas españolas de investigación policial sobre la circulación y entrega vigilada de drogas en el ámbito de la criminalidad organizada

1. Nuevas técnicas de investigación policial. La entrega vigilada y el agente encubierto: cuestiones comunes a ambas figuras	411
2. La circulación y entrega vigilada de drogas y otras sustancias prohibidas ...	415
2.1. Regulación jurídica y finalidad perseguida	415
2.2. Sujetos competentes para acordar la medida	416
2.3. Objeto sobre el que recae la medida.....	419
2.4. Contenido de la misma: concepto de circulación y entrega vigilada....	422
2.5. Procedimiento a seguir para su adopción	426
2.6. Conclusiones críticas	427
3. El agente encubierto.....	428
3.1. Consideraciones generales.....	428
3.2. Concepto de agente encubierto y regulación jurídica.....	430
3.3. Autoridades competentes para adoptar la medida y contenido de la misma.....	432
3.4. Control judicial.....	434
3.5. Efectos de la actuación del agente encubierto sobre determinados derechos fundamentales.	435
3.6. Responsabilidad penal del agente encubierto: conductas justificadas y conductas punibles.....	437
3.7. Condición de procedibilidad	440
3.8. Conclusión final.....	441

CUARTA PARTE LA VIDEOVIGILANCIA

José Francisco Etxeberria Guridi

Videovigilancia y su eficacia en el proceso penal español

1. Introducción	445
-----------------------	-----

2.	Eficacia procesal de las videograbaciones	447
2.1.	La legitimidad en la obtención de las grabaciones videográficas	448
a.	Principio de legalidad o de previsión legal	448
b.	El fundamento normativo en ausencia de previsión expresa	455
c.	Obtención de grabaciones respetuosa con los derechos fundamentales	457
c.1.	Derechos fundamentales afectados	457
c.2.	Principio de proporcionalidad	462
c.3.	Grabación de imágenes en espacios no públicos	466
c.4.	Grabación de imágenes en espacios públicos.	472
c.5.	Grabación de imágenes y sonidos	475
2.2.	Correcta incorporación de las grabaciones videográficas al proceso..	477

Emilio Frías Martínez

Videovigilancia en el proceso penal español

1.	Cámaras cuerpos de seguridad	484
2.	Cámaras de seguridad privadas	486
3.	Incorporación de las imágenes al procedimiento	488
4.	La videovigilancia como prueba	489
5.	Normativa de protección de datos	490
6.	Control por la agencia española de protección de datos	493

Edmundo Rodríguez Achútegui

Videocámaras y Proceso Penal

1.	Los valores en conflicto	498
2.	La admisibilidad del video como prueba	501
3.	Presentación al juzgado	502
4.	Garantías en la instrucción	504
5.	Juicio oral	505

Ignacio José Subijana Zunzunegui

La videovigilancia como fuente de prueba en el proceso penal

1.	Introducción	509
2.	La prueba en el proceso penal: líneas generales	510
2.1.	Los hechos	510
2.2.	La función de la prueba	511
2.3.	La validez de la prueba	515
2.4.	La valoración de la prueba	519
3.	En especial, la prueba video-gráfica	522

3.1. Planteamiento general	522
3.2. Las injerencias lícitas	524
3.3. Su valoración como prueba	527
4. A modo de conclusión.....	529

Ignacio Villaverde Menéndez

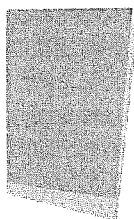
Intimidad, protección de datos y videovigilancia

1. Consideraciones generales	531
2. Algunas consideraciones imprescindibles sobre el contenido constitucional de los derechos de la privacidad	532
2.1. El derecho al intimidad y a la propia imagen en la ce y jurisprudencia españolas	535
2.2. El derecho fundamental a la protección de datos personales	540
3. Las líneas maestras de la protección de datos. Calidad de los datos y principios generales de su protección.....	546
4. Los derechos de los interesados	551
4.1. Tipología de ficheros policiales	555
4.2. El caso de la STC 37/1998 y la Stedh caso Peck c. Reino Unido de 28 de enero de 2003	558
5. Algunas consideraciones finales.....	559

Fany Soledad Quispe Farfán

Uso de la videovigilancia en la investigación del delito

1. Uso de cámaras en las vías públicas.....	562
2. La videovigilancia pública como sistema de prevención	563
3. La videovigilancia como herramienta de investigación del delito	565
3.1. La percepción de la flagrancia a través de la videovigilancia	566
4. Clases de cámaras de videovigilancia	567
4.1. Caso de cámara de uso particular para captar espacios privados y públicos aledaños.....	567
4.2. Caso de cámaras instaladas en espacios públicos	568
4.3. Cámaras instaladas por la autoridad en el marco de una medida de videovigilancia conforme al código procesal penal del 2004	571
a. Características en nuestro ordenamiento:	572
b. Necesidad de autorización judicial.....	572
5. Requisitos para valorar la evidencia en video	574



PRESENTACIÓN

En el transcurso de los últimos años la delincuencia ha mostrado su fase de mayor evolución en el contexto nacional, puesto que los clásicos delitos patrimoniales se han transformado en delitos graves cometidos por sujetos pertenecientes a estructuras organizadas que tienen en su finalidad de constitución la comisión de ilícitos penales, a estos delitos se suman el tráfico ilícito de drogas, el tráfico de armas, la trata de personas, el lavado de activos, la minería ilegal y la corrupción de funcionarios, situación que a nivel sociológico nos permite afirmar que el Perú ha evolucionado de la clásica sociedad de riesgo, propuesta por Ulrich Beck, al modelo de seguridad ciudadana, caracterizado por la sensación de inseguridad que viven cada uno de los ciudadanos en el ejercicio de sus acciones diarias, perturbadas por la constante exposición de los bienes jurídicos básicos para el desarrollo en sociedad.

Ante este fenómeno, el legislador peruano ha promulgado la Ley N.º 30077, Ley contra el Crimen Organizado, que define la organización criminal como aquella agrupación de más de tres personas, con división funcional y perdurable en el tiempo que, a efectos de la ley, cometan los delitos enumerados en su artículo 3, esta norma tiene carácter mixto, dado que regula también aspectos procesales en sede de investigación, que simboliza a la vez la reafirmación del Código Procesal Penal de 2004 aprobado por Decreto Legislativo N.º 957 y la consolidación de una reforma procesal penal que se encuentra en su última fase de implementación, puesto que se exige la vigencia del cuerpo normativo referido para los casos de delitos cometidos por organizaciones criminales e incluso la adecuación de las investigaciones ya iniciadas.

El tratamiento bifocal de la criminalidad organizada, así como cualquier fenómeno delictivo, resulta de vital importancia, puesto que las normas penales no son suficientes, sino que requieren ir de la mano de normas procesales adecuadas para un enjuiciamiento criminal equilibrado bajo las exigencias de dos pilares que son la eficacia de la persecución penal ante la sociedad y el respeto de las garantías frente al imputado sujeto a un proceso penal, puesto que este como instrumento de ejercicio del *ius puniendi* es a su vez un filtro contra las arbitrariedades que puedan cometerse. Dentro del esquema del proceso penal, la investigación resulta ser la fase determinante para el desenvolvimiento del mismo y en la cual el mencionado equilibrio cobra

gran relevancia; pero los tradicionales actos de investigación no bastan para investigar delitos propios de organizaciones criminales, para ello se requiere el uso el empleo de las técnicas especiales de investigación, asumidas por consenso internacional en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Transnacional, las medidas idóneas y necesarias para combatir el crimen organizado.

En el artículo 20.1 de la citada Convención, se establece como técnicas especiales de investigación contra la criminalidad organizada a la entrega vigilada, la vigilancia electrónica y las operaciones encubiertas, indicando que sean adoptadas por los Estados parte siempre que los principios que fundan cada ordenamiento jurídico particular lo permitan, en esta línea, en nuestro país los artículos 207, 340 y 34 CPP regulan la video vigilancia y bajo el título de actos especiales de investigación, la circulación y entrega vigilada de bienes delictivos, así como el agente encubierto, técnicas que han sido a su vez destacadas en el Capítulo II de la citada Ley N.º 30077.

Estos actos de investigación tienen en común la finalidad perseguida con su actuación, dado que posibilitan la identificación de los miembros de la organización criminal y su modalidad de actuación, así, la entrega vigilada (art. 340 CPP) consistente en la autorización para que circule en territorio nacional o incluso a nivel internacional, bienes de carácter delictivo a fin que se conozca todo el recorrido de los bienes, que personas han intervenido en el mismo, encontrando una necesidad de ponderación en los supuestos de interceptación y apertura de paquetes postales.

En el artículo 341 CPP se regula la actuación de los agentes encubiertos y los agentes especiales, diferencia normativa basada a nivel subjetivo, en tanto que los primeros son los efectivos de la Policía Especializada que mediante una identidad supuesta otorgada por el fiscal se insertan en la organización criminal, mientras que el segundo es el sujeto que perteneciendo a una organización criminal presta información en contra de la misma, ambos proporcionan los detalles de la estructura organizacional, así como del plan criminal que ejecuta la organización. Esta figura no está exenta a problemas de aplicación destacando las circunstancias del accionar de un agente provocador, o la actuación y valoración de la información obtenida por el agente.

El tercer acto de investigación que es la video vigilancia (art. 207 CPP), consiste en acciones de seguimiento y perennización mediante el uso de fotografías y grabaciones, con las que se acreditarán los lugares en los que actúan las organizaciones criminales y las personas que pertenecen a ellas, de lo que resalta la necesidad de diferenciación entre lugares públicos y privados, dado que en este último supuesto se requiere de la autorización judicial.

Como se aprecia, el uso de la entrega vigilada, el agente encubierto y la video vigilancia, son recursos necesarios para que el fiscal como director de

la investigación pueda establecer un planteamiento estratégico que permita descubrir a los miembros de la organización criminal, la estructura y el plan criminal que pone en marcha, ya sea compuesto por hechos directamente ilícitos, o los que mediando apariencia de licitud sirven como instrumentos para la consecución del programa criminal. Estos actos de investigación deben ser usados de manera racional, bajo la vigencia del principio de proporcionalidad, en base a una lógica de ponderación, en tanto que su naturaleza exige una flexibilización de las garantías genéricas reconocidas en nuestro ordenamiento jurídico.

En atención a ello, el presente libro monográfico ha sido concebido con la finalidad de reunir los estudios de especialistas que enfoquen desde un prisma comparado la relación entre la criminalidad organizada y el proceso penal, así como cada uno de los actos de investigación que a nivel nacional e internacional resultan ser los más idóneos actualmente frente al crimen organizado, como es el caso del agente encubierto, la entrega vigilada y video vigilancia.

Es así que, agradecemos las contribuciones presentadas por los profesores internacionales Vincenzo Militello, Paola Maggio, Ignacio Soba Bracesco, Gustavo Fondevila, Alberto Mejía, Deniel Vicoli, Marianna Biral, Carlos García Valdes, Andrea Planchadell Gargallo, Rocío Zafra Espinosa De Los Monteros, Lidón Montón García, Caviedes Estanislao Escalante Barreto, Verónica López Yagües, Ana Beltrán Montoliu, Julián López Muñoz, Concepción Carmona Salgado, José Francisco Etxeberria Guridi, Emilio Frías Martínez, Edmundo Rodríguez Achútegui, Ignacio Subijana Zunzunegui, así como a los profesores nacionales Fany Quispe Farfán y Miguel Pérez Arroyo, sin cuyo aporte el presente libro no se habría podido lograr.

Finalmente, un agradecimiento especial, al Instituto Pacífico SAC, representado por Alejandro Rojas Buleje, en mérito a la confianza depositada en este proyecto, desde un primer momento.

Víctor Cubas Villanueva

Miguel Girao Isidro

Lima, diciembre de 2015

PRIMERA PARTE

PROCESO PENAL Y CRIMINALIDAD

LOS NUEVOS MODELOS DE INCRIMINACIÓN DE LAS ORGANIZACIONES CRIMINALES AL INTERIOR DE LA UNIÓN EUROPEA^{*,**}

Vincenzo Militello

Profesor ordinario de Derecho penal de la Universidad de
Palermo (Italia)

Sumario: 1. La lucha contra la criminalidad organizada en el marco de la armonización penal como principio del derecho europeo. 2. La variedad de modelos de incriminación. 3. Las intervenciones europeas de armonización: alternativas de enfoques, bases normativas y soluciones adoptadas. 4. Los efectos de las medidas de armonización: sin embargo (algo) se mueve.

1. LA LUCHA CONTRA LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA EN EL MARCO DE LA ARMONIZACIÓN PENAL COMO PRINCIPIO DEL DERECHO EUROPEO

La lucha contra la criminalidad organizada no representa una página nueva o un capítulo secundario en la reciente historia de las intervenciones de la

* Traducción a cargo de Miguel A. Girao Isidro.

** La contribución, que es dedicada al profesor Alfonso Stile, retoma y actualiza temas tratados en mis estudios precedentes, a los cuales se remite para posteriores referencias, aquí no permitidos por los límites de espacio: "Agli albori di un diritto penale comune in Europa: il contrasto al crimine organizzato", in MILITELLO/PAOLI/ARNOLD (dir.), *Il crimine organizzato come fenomeno transnazionale. Forme di manifestazione, prevenzione e repressione in Italia, Germania e Spagna*, Milano-Freiburg, 2000, pp. 3 y ss.; "Partecipazione all'organizzazione criminale e standard internazionali d'incriminazione", in *RIDPP*, 2003, pp. 184 y ss.; "Criminalità organizzata: politica criminale europea vs. tutela nazionale dei diritti fondamentali?", in CANESTRARI/FOFFANI (dir.), *Il diritto penale nella prospettiva europea*, Milano, 2005, pp. 255 y ss.; "Le strategie di contrasto della criminalità organizzata fra esigenze di politica criminale e tutela dei diritti umani", in PARANO/CENTONZE (dir.), *L'attività di contrasto alla criminalità organizzata. Lo stato dell'arte*, Milano, 2005, pp. 249 y ss.; "Criminalità organizzata transnazionale ed intervento europeo fra contrasto e garanzie", in *RTDPE*, 2011, pp. 181 y ss. En las notas que siguen las referencias a obras ya citadas especifican el número de la nota que contiene la indicación bibliográfica completa (ej. TIZIO, cit., N.º 15, 123; la referencia está en la página 123 de la obra de TIZIO citada para ampliar en nota 15 del presente trabajo).

Unión Europea en materia penal, sino una de las zonas de inserción y de motores más activos en su trayecto de armonización de los sistemas nacionales.

Se tiene como factores significativos, primero, la unificación de los mercados internos y, segundo, las facilitaciones a la circulación misma de los ciudadanos al interior de una amplia área europea. La capacidad de las organizaciones criminales más desarrolladas para adecuarse y explotar el nuevo escenario no solo ha requerido una acción de lucha no parcelada en las singulares respuestas nacionales, sino adecuada a la *transformación a escala* de los caracteres estructurales y operativos del fenómeno¹. La difusión internacional general del fenómeno, también ha hecho que la tendencia de intervenciones europeas en la materia se haya desarrollado en sintonía con la atención global en contra del crimen organizado transnacional².

Antes de la entrada en vigor del Tratado UE de Ámsterdam, el sector en cuestión ha representado un campo de emersión para experimentar “obligaciones de incriminación” dirigidas a armonizar algunos sectores en materia penal³: Data a finales de 1998 la acción común relativa a la punibilidad de la

1 Datos estructurales del fenómeno que parecen subestimados por la lectura que reduce las intervenciones europeas de armonización en materia penal a una “sobrecriminalización secundaria que busca proporcionar una identidad común europea a través de una penalización” (así por el contrario, recorriendo como primera referencia ejemplificativa propia a la participación en una asociación para delinquir, SOTIS, *Il diritto senza codice*, Milano, 2007, pp. 162 y ss., p. 164, pp. 174 y ss.). Ni siquiera el argumento (*ivi*, sino v. También por ejemplo, JOUTSEN, “The European Union and Cooperation” in *Criminal Matters: the Search for Balance* (HEUNI paper n. 25), HELSINKI, 2006, pp. 37 y ss.) que se trate de materias concernientes a intereses ya protegidos a nivel nacional parece suficiente para desplazar el fundamento de las intervenciones europeas de armonización sobre la función simbólica de la construcción de una identidad colectiva europea: si esto puede ser también efecto de la intervención supranacional, ciertamente no anula las reales necesidades de armonizar las diferentes respuestas nacionales para adecuarlas a fenómenos criminales ya caracterizados también por una dimensión transnacional (cfr., por ejemplo, REES, *Transnational organized crime, security and European Union*, in *Organized crime and the challenge to democracy*, ALLUM/R. SLEBERT (eds.), London, 2003, pp. 112 y ss.). La gravedad y difusión de tales realidades criminales hace del todo poco plausible también la idea que la armonización europea en la materia debería más bien ser en sentido descriminalizador (así por el contrario ELHOLM, Does “EU Criminal Cooperation necessary mean Increased Repression?” in *Eur.J.Crime Cr.L.Cr.J.*, 2009, pp. 191 y ss., pp. 219 y ss.).

2 A nivel global la referencia primaria está en la Convención ONU de Palermo sobre el crimen organizado transnacional del 2000: cfr., MILITELLO, *Le Strategie*, cit., N.º 1, pp. 240 y ss.; y además MICHELINI/POLIMENI, “Il fenomeno del crimine transnazionale e la convenzione delle NU contro il crimine organizzato transnazionale”, in ROSI (cur.), *Criminalità organizzata transnazionale e sistema penale italiano*, Milano, 2007, pp. 3 y ss.; CENTONZE, *Criminalità organizzata e reati transnazionali*, Milano, 2008, specie 117 s.; ZÚÑIGA RODRIGUEZ, *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal*, Granada, 2009, pp. 48 y ss.; MALJEVIC, ‘Participation in a Criminal Organisation’ and ‘Conspiracy’, Berlin, 2011; FARALDO CABANA, *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el código penal español*, Valencia, 2012, pp. 37 y ss.

3 Aunque originariamente en una acepción débil de tal noción, en cuanto no está cubierta de control jurisdiccional en caso de incumplimiento de la actividad requerida: cfr., Para todos, PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale*, Pisa, 2009, pp. 10 y ss., pp. 14 y ss.

participación en una organización criminal en los Estados miembros de la UE⁴. Una intervención ciertamente innovativa, sea en el más vasto diseño trazado sobre el plano de acción contra la criminalidad organizada de 1997⁵. Este manifiesto programático de una política criminal europea ha representado un elemento importante para la construcción del “espacio común de justicia, libertad y seguridad” puesto como objetivo inicial del Tratado de Ámsterdam (art. 2 párrafos 1 al 4) y, luego la revisión de Lisboa, hoy reafirmado en el art. 3 TUE vers., consolidada⁶.

La incriminación de la participación en una organización criminal ejemplifica bien un trayecto más general de la intervención de matriz europea respecto de las opciones nacionales de incriminación. Se trata de las divergencias entre objetivos declarados por las instituciones europeas y las capacidades efectivas de los instrumentos relativos para penetrar en los contenidos concretos de los ordenamientos jurídicos estatales, con la finalidad de realizar el objetivo de armonización recíproca⁷. Una relación dialéctica entre centro y periferia de la Unión Europea no se puede eliminar, en cuanto la propia diversi-

- 4 Acción común del 21 de diciembre de 1998, adoptada por el Consejo sobre la base del art. K.3 del Tratado sobre la Unión Europea, relativa a la punibilidad de la participación en una organización criminal en los Estados miembros de la Unión Europea, en GUCE L351 29.12.1998. Esta se suma también temporalmente a otras dos acciones comunes en tema de lucha contra los ingresos ilícitos y de punibilidad de la corrupción en el sector privado, respectivamente del 3 de diciembre de 1998, en GUCE L333 9.12.1998, y del 22 diciembre de 1998, en GUCE, L357, 31.12.1998.
- 5 Publicado en GUCE C 251 del 15.8.1997. A propósito, cfr., entre muchos SINN, “Europäische Gemeinschaften”, in GROPP/HUBER (Hrsg.), *Rechtliche Initiativen gegen organisierte Kriminalität*, Freiburg, 2001, pp. 311 y ss.; PECCIOLI, *Unione europea e criminalità transnazionale*, Torino, 2005, pp. 133 y ss.; FIJNAUT, “Introduction of the New York Double Strategy to Control Organized Crime in the Netherlands and the European Union”, in *Eur.J.Crime Cr.L.Cr.J.*, 2010, pp. 62 y ss.; FICHERA, “Organized crime: developments and challenges for an enlarged European Union”, in Eckes/Constantidines (eds.), *Crime within the Area of Freedom, Security and Justice: A European Public Order*, Cambridge, 2011, pp. 164 y ss.; KRESS/GAZEAS, “Organisierte Kriminalität”, in SIEBER et al. (dir.), *Europäisches Strafrecht*, Köln, 2011, pp. 327 y ss.; MALJEVIC, *Op. cit.*, N.º 3, 161 s.
- 6 El primer plano de acción en la materia ha sido seguido por un documento análogo (en GUCE C124/13.5.2000) dedicado a “Prevención y control de la criminalidad organizada al inicio del nuevo milenio”. Referencias a la criminalidad organizada también en el más amplio “Programa de la Haya; reforzamiento de la libertad, de la seguridad y de la justicia en la UE (en GU C53/1 3.3.2005), en especial par. 2.3, 2.6, 2.7. Por último, Programa de Estocolmo, Una Europa abierta y segura al servicio de los ciudadanos, adoptado por el Consejo UE el 3.3.2010 (en GU C115 del 4.5.2010).
- 7 Sobre los problemas generales de las políticas de la UE de aproximación de los sistemas penales, cfr. KLIP, “Definitions of harmonisation”, in KLIP/VAD DER WILT (eds.), *Harmonisation and harmonising measures in criminal law*, Amsterdam, 2002, pp. 23 y ss.; WEYEMBERGH, “Le rapprochement des incriminations et des sanctions pénales”, in *Rev. int. dr. pén.*, 2006, pp. 185 y ss.; MANACORDA, “La (parabole) de l’harmonisation pénale: à propos de dynamique d’intégration normative relatives à l’organisation criminelle”, in DELMAS-MARTY/PIETH/SIEBER (cur.), *Les chemins de l’harmonisation pénale*, Paris, 2008, pp. 267 y ss.; SCHREIBER, *Strafrechtsharmonisierung durch europäische Rahmenbeschlüsse*, Hamburg, 2008, pp. 135 y ss.; CALDERONI, “La decisione quadro dell’UE sul contrasto alla criminalità organizzata e il suo im-

dad nacional funda la exigencia de armonización a nivel central. Sin embargo, las resistencias de superar las especificidades de los ordenamientos estatales particulares son testigos de las dificultades de la intervención europea para superar el prejuicio originario del nacionalismo (en materia) penal.

Por tanto, analizar los modelos de incriminación para los delitos de criminalidad organizada al interior de la Unión Europea significa girar la atención tanto a las normas mínimas comunes adoptadas a nivel central para armonizar los ordenamientos nacionales, cuanto considerar como los sistemas penales de los Estados particulares miembros intervienen para combatir las organizaciones criminales. La comparación entre los dos planos de análisis de la armonización y de su eficacia conduce, sin embargo a evaluaciones diferenciadas y con frecuencia muy negativas, sin que se precisen siempre las respectivas referencias; por ejemplo, en relación al momento considerado en el doble proceso de formación de los modelos de matriz europea y de relativa circulación en los sistemas penales de los Estados miembros.

Al respecto parece oportuno una aclaración preliminar: si el enfoque es *top-down* y por tanto, asume como base del juicio las normas europeas de armonización, la comparación retrospectiva con las respectivas situaciones iniciales de los sistemas penales individuales evidencia la manifestación de elementos comunes a nivel supranacional; no obstante, si se mira a efectos de las normas europeas sobre la sucesiva adecuación de los ordenamientos nacionales, permanecen especificidades y distancias entre los diversos sistemas penales de los Estados miembros, que justifican un juicio de incompleta realización del proceso de armonización. Si en cambio se realiza desde un enfoque inverso —esta vez, por tanto, *bottom up* y *todo prospectivo*— la multiplicidad de soluciones nacionales de inicio es reducida según algunos modelos comunes por las sucesivas intervenciones europeas. A su vez, los permanentes espacios de especificidad de las situaciones nacionales contemporáneas no desmienten un balance de progresivo acercamiento de las mismas, realizado por la adecuación de los ordenamientos particulares a los modelos de referencia fijados a nivel europeo.

En síntesis, la armonización penal en el ámbito europeo no puede ser evaluada en términos de un resultado adquirido, tratándose más bien de un proceso abierto y en curso. En este punto de vista, se percibe que esta ha marcado relevantes progresos, promoviendo una convergencia en vez de una progresiva divergencia de los sistemas penales nacionales, al menos en relación con la incriminación de las organizaciones criminales.

A continuación se trazará un recorrido que señala la originaria multiplicidad de soluciones normativas nacionales con relación al sector crucial de la

patto sulla legislazione degli Stati membri", in ALFANO/VARRICA (cur.), *Per un contrasto europeo al crimine organizzato e alle mafie*, Milano, 2012, pp. 19 y ss.

punibilidad de las organizaciones criminales; luego se identificarán las normas comunes de armonización europea, con los respectivos caracteres y cuestiones críticas, con el objetivo de verificar finalmente el estado de la situación más reciente y formular así un juicio más consciente sobre la eficacia de la intervención europea en la materia.

En el fondo se podrá aprovechar una consideración más general sobre la misma naturaleza de la armonización en la materia: no se trata —para recoger una conocida distinción teórica general— de una regla (del derecho europeo), sino de un principio (del derecho europeo). Como tal, ella no es evaluable en términos absolutos y binarios de aplicación rígida o de completa diferencia, sino de aproximación gradual y *never ended* entre los distintos sistemas penales europeos, expresión ulterior de aquella lógica *flou* hallada en la dimensión europea del derecho sobre el ámbito de la protección de los derechos humanos⁸.

Por razones de espacio, el examen se concentrará en la relevancia penal atribuida a las organizaciones criminales en cuanto tales, sin poder profundizar el desarrollo de normas más específicas que incriminan por ejemplo las organizaciones terroristas y aquellas dirigidas al tráfico de estupefaciente o de seres humanos. Esto debido a que la intervención europea de armonización se ha desarrollado distinguiendo los relativos aspectos criminales, aunque a menudo los respectivos instrumentos de armonización reproducen una definición de organización criminal bien similar.

2. LA VARIEDAD DE MODELOS DE INCRIMINACIÓN

Cuando la Unión Europea, en la segunda mitad de los años noventa del siglo pasado⁹, ha tomado posición sobre la creciente presencia de manifestaciones transnacionales de las organizaciones criminales, la consideración legal del fenómeno en los sistemas penales de los Estados miembros resultaba fuertemente diferenciada. La situación reflejaba por otra parte una conciencia

8 La armonización de las normas penales nacionales en Europa —también ha referido a su “momento esencial” de la Convención Europea de Derechos Humanos y de los relativos protocolos, y no por el contrario al derecho de la Unión Europea— está recogida por la presencia de nociones *floues* en DELMAS-MARTY, *Le flou du droit. Du code pénal au droit de l'homme*, 1986, trad. it. *Dal codice penale ai diritti dell'uomo*, Palazzo (cur.) Bernardi (trad.), Milano, 1992, pp. 262 y ss. Sobre el aspecto fundamental de los Derechos Humanos para un derecho penal europeo se permite remitir a MILITELLO, “I diritti fondamentali come oggetto di tutela penale: l'apporto della Carta europea”, in *Dir. pen. XXI sec.*, 2003, pp. 47 y ss. Valora recientemente la perspectiva europea de los principios del derecho penal, SCHAUT, *Europäische Strafrechtsprinzipien*, Baden-Baden, 2012, pp. 21 y ss. pp. 43 y ss. Aunque para una reflexión teórica sobre la naturaleza de los principios, también la reciente investigación de HERLIN-KARNELL, *The constitutional Dimension of european criminal Law*, Oxford, 2012, se desarrolla sobre los principios de efectividad, subsidiariedad y proporcionalidad del derecho penal europeo.

9 Con los documentos mencionados *supra*, N.º 5 y 6.

bien diversa de la relevancia reconocida al fenómeno en los contextos territoriales y políticos particulares.

La multiplicidad de respuestas nacionales individuales en la materia puede reconducirse a un triple nivel de formalización legal y de especificación de los caracteres de ilegalidad¹⁰, más que a las diferentes tradiciones jurídicas de los Estados miembros¹¹.

- a) La no previsión de una incriminación autónoma del grupo criminal;
- b) la autonomía de una figura de delito asociativo distinto de los delitos objeto, pero genéricamente dirigidos a finalidades ilícitas;
- c) la introducción de un delito no solo autónomo respecto a los ilícitos particulares objeto del programa criminal, sino también especialmente dirigidos a las características estructurales y operativas de las organizaciones criminales.

Se debe considerar, aun brevemente, las características y la difusión de las indicadas tipologías normativas, asimismo para aclarar que no se trata de elecciones necesariamente alternativas por los diversos ordenamientos, sino de una distinción que pone en evidencia la progresiva relevancia atribuida por los sistemas penales particulares a la criminalidad organizada. Tendencia que, como surgirá de la investigación, se acompaña y está a su vez influenciada por las intervenciones europeas para armonizar las respuestas nacionales.

10 Análogamente por ejemplo, PELSER, "Preparations to commit a crime. The Dutch approach to inchoate offences", in *Utrecht Law Rev.*, 2008, pp. 57 y ss. Por el contrario, para una más simple bipartición de las soluciones positivas adoptadas en los países miembros, según que el delito asociativo resalte o al menos autónomamente respecto al concurso de personas en el delito, cfr. El informe de síntesis de la segunda edición del Corpus Juris: DELMAS-MARTY, "Necessity, legitimacy and feasibility of the Corpus Juris", in *The implementation of the corpus juris in the Member States*, DELMAS-MARTY/VERVAELE (eds.), Antwerp, 2000, p. 69. El texto se fundamenta sobre el informe comparado de SICURELLA, *Criminal Law Special Part: Articles 1-8 Corpus Juris* (draft of 1997), ivi, pp. 232 y ss. Conforme GRASSO, "Le risposte penali globali: la convenzione ONU contro il crimine organizzato transnazionale", in *Criminalità transnazionale fra esperienze europee e risposte penali globali*, Milano, 2005, p. 398. No parece además que tal lectura sea clarificadora porque por un lado conduce a unir los sistemas en los cuales existe una incriminación autónoma (como Francia) con aquellos que al contrario no la tengan (como Dinamarca) y por otro lado no diferencia entre la incriminación general de la asociación (como en Alemania y Portugal) y una figura especial que defina particulares modalidades de realización (como en Italia el art. 416-bis CP o en Austria el par. 278a).

11 Así en contra, CALDERONI, cit., N.º 8, 27, que hace referencia a las tres tradiciones de *civil law*, *common law* y escandinava. Pero, además de la presencia de caracteres en parte de *common law* y en parte de *civil law* en los ordenamientos escandinavos, se mantiene una doble dificultad: por un lado, separar estructuralmente la *conspiracy*, la cual es también un tipo autónomo de delito aunque se dirija a punir incluso el mero acuerdo criminoso entre dos personas; por otro lado, distinguir al interior de la solución de *civil law* los países en los cuales se satisfacen con una asociación dirigida a una serie de delitos, de aquellos en los que se especifican las particulares modalidades de realización del programa criminoso del grupo.

2.1. La primera solución fue aquella que se adoptó incluso antes de las intervenciones de armonización europea por un número limitado de países miembros de Europa del Norte, como Finlandia, Dinamarca y Suecia, cuyos códigos penales no tipificaban autónomamente la participación en la organización criminal como tal¹². La relevancia penal de la conducta de los sujetos que participan en un grupo criminal depende aquí de la comisión de un delito distinto, al menos en la forma tentada, y por la posibilidad de aplicar las reglas sobre el concurso de persona. Con relación a la realización individual, la participación en un grupo organizado se considera a lo mucho como circunstancia que agrava la pena prevista para el delito específicamente cometido. Una relevancia sobre el plano de la determinación de la pena que sin embargo no refleja una discontinuidad de fondo entre los elementos constitutivos esenciales de cada tipo de delito concreto y la predisposición de una realidad criminal dirigida a una indeterminada serie de ilícitos¹³.

2.2. La segunda solución, que incrimina autónomamente la asociación de más personas por el carácter antijurídico de las finalidades perseguidas o de los medios empleados, es aquella más difundida en los sistemas penales europeos ya antes del inicio del trabajo de armonización europea. La incriminación específica se configura por otro lado según dos modelos distintos, reconducibles respectivamente a las grandes familias jurídicas de *civil law* y de *common law*¹⁴.

El primero y más extendido ejemplo de tipificación es el eurocontinental, cuya matriz se encuentra en la figura francesa de la *Association de malfaiteurs*: contemplada actualmente en el art. 450.1 Código Penal¹⁵, la incriminación está desde hace tiempo presente en tal ordenamiento (arts. 265 y 266

12 En Dinamarca estaba por otro lado prevista una incriminación (art. 132 a CP) para quien participe en la continuación de la actividad de una asociación que haya sido disuelta con sentencia judicial por estar constitucionalmente prohibida (en la que se recurra a medios violentos o penalmente ilícitos). Cfr. KORNILS/GREVE, "Dänemark", in *Gropp/Huber* (Hrsg.), cit., N.º 6, pp. 29 y ss.

13 Así en particular en Finlandia (cap. 6, sec. 5, CP; y en especial, para los delitos en materia de estupefacientes realizados mediante un grupo organizado, cap. 50); en Dinamarca (par. 80 parrafo. 2 CP para la posible relevancia en sede de determinación de la pena); en Suecia (donde por otro lado está prevista una incriminación autónoma, pero relativa a los casos en los que el grupo de sujetos asuma carácter de banda armada o naturaleza paramilitar: cap. 18, sec. 4, CP).

14 Estos dos modelos conciernen diferentes técnicas de incriminación del delito asociativo, pero se asumen como únicas modalidades de tipificación de la criminalidad organizada (así en contra, FICHERA, cit., N.º 6, p. 169) desatienden las hipótesis en las que el delito no se limita a un programa criminoso, sino prevé posteriores notas que cualifican el método de acción (infra, 3.3.).

15 En la formulación en vigor desde el 2002 "Constitue une association de malfaiteurs tout groupement formé ou entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'un ou plusieurs crimes ou d'un ou plusieurs faits matériels, d'un ou plusieurs crimes ou d'un ou plusieurs délits punis d'au moins cinq ans d'emprisonnement punis d'au moins cinq ans d'emprisonnement.

Lorsque les infractions préparées sont des crimes ou des délits punis de dix ans d'emprisonnement, la participation à une association de malfaiteurs est punie de dix ans d'emprisonnement et de 150000 euros d'amende.

del Código precedente); no obstante, se ha sometido a varias modificaciones, que (más allá de un breve paréntesis de derogación entre 1983 y 1986), han extendido gradualmente la ilegalidad de las organizaciones de personas jerárquicamente estructuradas y destinadas a cometer más delitos graves (crímenes) a las asociaciones que preparan (aunque a través de hechos materiales) incluso solo un delito y de limitada gravedad (no solo crimen sino también delito, aunque sancionado con al menos cinco años de prisión)¹⁶.

Figuras de delitos autónomos y específicamente dedicadas a las asociaciones criminales están desde hace tiempo presentes en otros numerosos ordenamientos europeos: aunque denominadas de manera diferente, están unidas por una estructura incriminadora que gira en torno a una pluralidad de personas orientadas a la comisión de delitos, según la matriz francesa.

Al tiempo de la situación de partida aquí considerada, son ejemplos los delitos previstos, en otros Códigos como el de Italia art. 416 CP, en el art. 515 CP español de 1995¹⁷, art. 299 CP portugués de 1982¹⁸; en el

Lorsque les infractions préparées sont des délits punis d'au moins cinq ans d'emprisonnement, la participation à une association de malfaiteurs est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende".

- 16 Al mismo tiempo está prevista una circunstancia agravante para la banda organizada, regulada en la parte general del nuevo Código Penal (art. 132-71) y caracterizada por una estructura interna con repartición de funciones. Para una atenta reconstrucción cfr. GIUDICELLI-DELAGE, "La riposte pénale contre la criminalité organisée en droit français", in MANACORDA (cur.), *L'infraction d'organisation criminelle en Europe (Allemagne - Espagne - France - Italie - Union Européenne)*, Paris, 2002, pp. 114 y ss.; cfr. también MAYAUD, *Le crime organisé, in Le nouveau code pénal enjeux et perspectives*, Paris, 1994, pp. 60 y ss.; BERNARDI, "La disciplina prevista dal nuovo codice francese in tema di criminalità organizzata", in *RIDPP*, 2000, pp. 988 y ss.; NAGEL, Frankreich, in GROPP/SINN (Hrsg.), *Organisierte Kriminalität und kriminelle Organisationen*, Baden Baden, 2006, pp. 199 y ss.; DI PAOLO, "La recente risposta legislativa al fenómeno della criminalità organizzata in Francia", in FORNASARI (cur.), *Modelli sanzionatori per il contrasto al crimine organizzato. Un'analisi di diritto comparato*, Trento, 2007, pp. 91 y ss., pp. 111 y ss.
- 17 En la formulación originaria "Son punibles las asociaciones ilícitas, considerándose tales: 1) Aquellas que tienen como objeto la comisión de cualquier delito o, luego de estar constituidas, promuevan la comisión. 2) Las bandas armadas, las organizaciones o grupos terroristas. 3) Aquellas que, aunque teniendo como objetivo una finalidad lícita, emplean para su realización medios violentos o de alteración o control de la personalidad. 4) Las organizaciones de tipo paramilitar. 5) Aquellas que promuevan la discriminación, el odio o la violencia contra personas, grupos o asociaciones en razón de su ideología, religión o convicciones, de la pertenencia de sus miembros o de algunos de ellos a una etnia, raza o nación, de su sexo, tendencias sexuales, situaciones familiares, enfermedad o discapacidad o incitan a esto". La norma ha sido modificada con LO 11/2003 y con LO 5/2010, que han extendido la finalidad asociativa a la comisión de delitos menos graves (faltas) y eliminado la referencia conforme al num. 2 a las diversas clases de asociaciones ilícitas (bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas). A propósito, recientemente cfr. FARALDO CABANA, cit., N.º 3, pp. 123 y ss.
- 18 La norma sobre la "Asociación criminosa" portuguesa diferencia varias conductas:
 "1) Quien promueve o funda un grupo, organización o asociación cuya finalidad o actividad sea dirigida a la comisión de delitos está sancionado con la pena de prisión de 1 a 5 años.
 2) Es sancionado con la misma pena quien forma parte de tales grupos, organizaciones o asociaciones o quien las apoya, en particular proporcionando armas, municiones o instrumentos del delito, protección o locales para las reuniones, o cualquier ayuda con el fin de reclutamiento de

art. 140 CP holandés¹⁹, como en los códigos penales belgas, luxemburgueses y griego²⁰.

Aun en la muy distinta área jurídica de cepa alemana se halla la similar estructura de la *Kriminelle Vereinigung* (asociación criminal) establecida en el párrafo 129 CP alemán, que incrimina varias conductas todas vinculadas a una asociación, cuyos objetivos o cuyas actividades están dirigidas a la comisión de delitos²¹. Análogamente el Código Penal austriaco —si bien primero con diversa titulación (*Bandenbildung*, constitución de banda, luego homologada en el 2002 a la fórmula alemana de la *Kriminelle Vereinigung*)— conocía la punibilidad de los grupos compuestos por dos o más personas dirigidos a la comisión de delitos²².

El modelo francés estaba del todo presente también en sistemas penales aún todavía miembros de la UE al tiempo de la situación de partida aquí considerada: un ejemplo se encuentra en el art. 258 CP polaco de 1997²³.

Es menos difundido el segundo modelo de incriminación autónoma, conocido como ya se ha mencionado en la tradición del *common law* y represen-

nuevos elementos. 3) Quien comanda o dirige los grupos, organizaciones o asociaciones establecidas en los numerales precedentes está sancionado con la pena de prisión de 2 a 8 años". En el 2007 se añade a tal texto originario un párrafo final, que define las nociones de "grupo, organización o asociación criminal" v. infra, par. 4.3.a).

- 19 La norma incrimina la "participación en una organización que tiene por objeto la comisión de delitos" con una detención hasta los seis años o con una multa de cuarta clase y prevé la posibilidad de aumentos de pena para fundadores o jefes. Cfr. PELSER, cit., N.º 11, 58, 69 s. El Código Penal vigente holandés (a partir de 1886, obviamente con numerosas reformas) tiene como directo precedente el *Code Napoleon* de 1810: TAK, *The dutch criminal justice system*, Nijmegen, 2008, pp. 25 y ss.
- 20 En particular: el art. 322 CP belga, que incrimina la asociación formada con el fin de atentar contra personas o bienes, a la par del art. 322 Código Penal luxemburgues.
- 21 Las raíces históricas de la figura asociativa alemana se remontan por lo demás a un precedente normativo autoctono y atecedente al mismo *Code Napoleon* (un edicto prusiano de 1798): cfr., también para las oportunidades posteriores, KINZIG, *Die rechtliche Bewältigung von Erscheinungsformen organisierter Kriminalität*, Berlin, 2004, pp. 164 y ss.
- 22 La formulación hasta el 2002 requería que el grupo (a los tiempos indicados como "banda") compuesto incluso por solo dos sujetos fuese dirigido a cometer una pluralidad de delitos (aunque sea nominativamente enumerados). En el 2002 el requisito es flexibilizado y se satisface por un solo delito, pero al mismo tiempo el número mínimo ha sido aumentado a más de dos personas (cfr. FARTHOFFER, *Mitwirkung an kriminellen Organisation und beim Menschendel in Italien und in Österreich*, Frankfurt a. M., 2011, pp. 142 y ss.; en jurisprudencia cfr. OGH 5.6.2008 15os57/08h in *Juristische Blätter*, 2008, pp. 738 y ss. con nota de BURGSTALLER; OGH 17.2.2005 120s7/05d in www.ris.bka.gv.at; OGH 30.4.2003 130s25/03 in www.jusline.at par. 278).
- 23 Es sancionado en el primer párrafo la "participación en un grupo organizado o en una asociación que tenga entre sus objetivos la comisión de delitos"; en los párrafos sucesivos se prevén formas agravadas de responsabilidad si el grupo sea armado y por los fundadores y los jefes. La fórmula había sido introducida en 1995 con una versión que reformulaba el art. 2776 del código precedente: cfr. HOF- MANSKI/PLYWACZEWSKI, Polen, in GROPP/HUBER (Hrsg.), *Rechtliche*, cit., N.º 6, 671 s.

tado por la figura de la *conspiracy*²⁴, que se extiende hasta sancionar el mero acuerdo criminoso entre solo dos sujetos. La diferencia no es solo numérica en cuanto al mínimo de sujetos participantes (tres en el modelo de la *association de malfaiteurs*), sino también respecto a la finalidad criminosa, que en la *conspiracy* está integrada también teniendo en consideración un único delito, aunque solo como instrumento para realizar fines lícitos.

Aun cuando esto implica una indudable dificultad en la diferencia racional de los motivos de fundamento del delito autónomo en referencia a la aplicación de las reglas generales sobre el simple concurso de personas en el delito, permanece el dato de fondo común a los dos modelos de incriminación autónoma, que anticipa la responsabilidad de los asociados respecto a la concreta realización de los delitos comprendidos en el programa de actividad del grupo.

Es relevante —también para comprender la distinción con la tercera solución incriminadora en la materia— observar que en las dos matrices de la *association de malfaiteurs* y de la *conspiracy*, como en la mayor parte de las hasta aquí llamadas normas de los diversos ordenamientos reconducibles a tales modelos, la incriminación autónoma de la asociación criminal hace referencia a las finalidades penalmente ilícitas del grupo, en su mayoría mediante una remisión a los delitos generales. Solo a veces es especificada la relevancia únicamente de grupos particulares de delitos fin (así por ejemplo en Austria) o se le refiere a una determinada gravedad, a su vez por medio de clases (crímenes/delitos) o también a través de niveles de pena (por ejemplo en Francia). El desvalor se concentra por tanto sobre el momento finalístico de la conducta, sin que sean indicadas particulares modalidades de acción²⁵ o específicos caracteres de las estructuras colectivas que deben soportar la exteriorización de la finalidad criminosa.

Ni el carácter en examen es desmentido por el dato que para la punibilidad autónoma de las asociaciones en algunos ordenamientos recogen también las modalidades ilícitas empleadas para realizar fines legales²⁶: se trata

24 La figura sanciona cada acuerdo entre dos o más personas dirigido a la comisión de un acto ilícito o a la consecución de un fin lícito mediante medios ilícitos. Se trata de un delito de *common law* que en Inglaterra ha recibido una formalización normativa en la *Criminal Law Act 1997* (GRANDE, *Accordo criminoso e conspiracy*, Padova, 1993, pp. 92 y ss., pp. 127 y ss., pp. 149 ss.; cfr. también ALEO, *Sistema penale e criminalità organizzata. Le figure delittuose associative*, Milano, 1999, pp. 144 y ss.).

25 La única excepción menciona a las bandas armadas, que son a veces previstas en modo expreso o más grave de las correspondientes previsiones de base asociativa (por ejemplo el art. 279 CP austriaco, art. 515 parr. 2 y 516 CP español hasta el 2010, art. 127 CP alemán). La matriz es una vez más el código napoleónico, que distinguía los crimines de bandas armadas y de devastación (art. 92 s.) por la asociación de los *malfattori* (art. 265), aunque aquí los primeros atienden a la tutela del Estado, mientras el otro delito al orden público (solución mantenida en nuestro Código: respectivamente art. 306 y 416).

26 Ejemplos de esta versión son las ya mencionadas figuras de la asociación ilícita sancionada en España (art. 519 n. 3 supra, n.º18) y de la *conspiracy* en la tradición del *common law*.

de hecho de medios que deben, a pesar de todo, integrar los delitos²⁷ y entrar en el programa del grupo, aun solo en vía instrumental. No se desmiente por ende que la asociación es sancionada en presencia de un programa criminal; no obstante, se aclara que la ilicitud relevante para tal caracterización del programa, puede concernir tanto a los fines de la actividad social como a los medios empleados para realizarla. Del todo, la licitud del fin en abstracto no es suficiente para excluir la ilegalidad de la acción conjunta, cuando esta se concretiza con modalidades ilícitas: es un ejemplo la coexistencia del objetivo de lucro (de por sí común a todas las actividades lícitas de iniciativa económica) con las modalidades de ofensa que configuran los diversos delitos contra el patrimonio.

La figura general de delito asociativo no se impulsa, no obstante, a describir en modo más aproximado las particulares formas de manifestación de las organizaciones criminales más graves; sino que se configura como un esquema normativo amplio y en grado de recoger la dimensión colectiva de la criminalidad, aunque no precisa en modo más específico las particulares modalidades de operar de las más graves organizaciones criminales o principales sectores de intervención de las mismas. No es un caso que en los ordenamientos mencionados a la figura general del delito asociativo, caracterizado por la amplitud del programa criminoso concordado por una pluralidad de personas, se hayan unido, ya antes de las intervenciones de armonización europea, incriminaciones más específicas para grupos que operan en sectores criminales particulares o con finalidades cualificadas, como terrorismo, tráfico de estupefacientes o de personas, lavado²⁸. Estas previsiones reflejan mayormente las principales tipologías empírico-criminológicas de manifestación de la criminalidad organizada y además adecúan la acción de lucha en la materia a los relativos caracteres.

2.3. Sobre este último aspecto de política criminal se coloca también la tercera de las soluciones para dar relevancia penal a la criminalidad organizada antes de las iniciativas europeas de armonización: la expresa previsión de una figura posterior de delito asociativo, cualificada y enriquecida por notas que describen la conducta ilícita colectiva en modo más adherente a los ca-

27 Es significativo en tal sentido el dato que en España se requiere que los medios violentos que han sido establecidos en el art. 519 N.º 3 CP integren necesariamente delitos y no meras faltas: FARALDO CABANA, cit., N.º 3, 164.

28 Por ejemplo, en Francia "grupo dedicado al tráfico de estupefacientes" (art. 222-34; 222-35 parr. 2 CP frances). En Alemania la incriminación de la asociación terrorista (par. 129a CP alemán) y de la banda dedicada al tráfico de estupefacientes (par. 30, 30a ley de estupefacientes alemana); en Inglaterra, la incriminación de las organizaciones terroristas en la *Terrorism Act* del 2000; en España las incriminaciones de las bandas armadas, de las organizaciones o grupos de terrorismo, de la participación en organizaciones dirigidas o lavado o al tráfico de estupefacientes (respectivamente arts. 571, 302, 369 parr. 6 CP español, recientemente cfr. FARALDO CABANA, cit., N.º 3, 158 s., 186 s., y la completa enumeración de delitos asociativos especiales también de reciente cuña referidos en pp. 86 y ss.).

racteres típicos de las organizaciones criminales más peligrosas. La especificación esta vez no está referida a las tipologías de delitos objeto del programa criminoso, del grupo de personas (en relación a la gravedad o a las clases de delitos o sectores de actividad), en cuanto depende de las particulares modalidades con las cuales las organizaciones criminales realizan su actividades. Esta mayor determinación de los contenidos del ilícito colectivo recoge mejor la específica modalidad de agresión a los bienes jurídicos de los grupos criminales, endureciendo así el perfil de la ofensividad de la incriminación autónoma. Las previsiones relativas se configuran como normas especiales respecto a la incriminación general de la asociación ilícita.

Se trata de la solución más reciente, todavía al final de los años noventa adoptada por un número limitado de sistemas penales europeos. Su afloramiento se remonta a los primeros años ochenta cuando en Italia se había introducido la asociación de tipo mafioso (art. 416-bis CP), insertada rápidamente después de la incriminación general de la asociación para delinquir. Esta —según el mencionado modelo general francés— concentra el desvalor penal sobre el programa criminoso indeterminado del grupo; la figura especial agrega una referencia a las modalidades caracterizadoras de las actividades del grupo.

En particular, las finalidades de la conducta colectiva, para integrar la incriminación especial, deben ser perseguidas a través de lo que se puede indicar como el método mafioso y que la norma tiene cuidado de definir como la utilización de la fuerza de intimidación del vínculo asociativo y de la condición de sujeción y de silencio que deriva. Debe tratarse de un carácter actual de la asociación, aunque no necesariamente integrado por concretos actos de violencia o amenaza contextuales a las diversas actividades que tiene como objetivo. Basta que el grupo criminal haya asumido una *posición dominante*, que oprima las elecciones libres de los ciudadanos en un determinado territorio. Se trata en sustancia de los casos en los cuales el grupo goza de una suerte de fondo criminal (la fuerza de intimidación del vínculo asociativo), que se instaura como un círculo vicioso entre los dos elementos de la condición de sujeción y del silencio: para una dirección, la confianza colectiva en actos de represalia y *vendetta* como consecuencia de apartarse a las exigencias de la organización mafiosa; por otro lado, la desconfianza en la colaboración con las fuerzas del orden como solución adecuada para romper el dominio del grupo mafioso en el contexto particular en el que actúa.

La adherencia de tales soluciones a tipologías empírico-criminológicas aflora de las observaciones de la criminalidad grave pues endurece el ya señalado perfil de ofensividad del delito asociativo. Además, eso sucede mediante una tipificación de los caracteres de la conducta ilícita colectiva respecto al esquema general, antes mencionado, de la asociación para delinquir. El punto parece inobservado por quienes en la definición del método mafioso

identifican un enfoque de tipo sociológico, no adecuado a los estándares de determinación imprescindible para las normas penales²⁹. Aunque, precisamente la consideración de las tipologías criminológicas determinables por la realidad es una condición general de un proceso de criminalización anclado a los criterios de una política criminal racional. En la norma en examen más allá de las referencias de matriz sociocultural reelaboran nociones originadas sobre el terreno jurisprudencial, que luego ampliamente los ha comprobado con una prolongada actuación sobre una amplia realidad procesal³⁰.

Por otra parte, la innegable conexión originaria con un específico contexto criminal, no obstante, ha estado siempre filtrado por una abstracción formalizadora de algunos caracteres típicos de las organizaciones criminales más graves, por las cuales se ha logrado a *levantar el velo* de secreto que cubre las relativas estructuras y actividades ilícitas. Así la norma no se refiere solo a los grupos mafiosos, históricamente radicados en Sicilia, sino equipara expresamente todas las otras organizaciones criminales presentes sobre diversas partes del territorio italiano independientemente de las denominaciones particulares (camorra, ndrangheta) (art. 416-bis.7 CP)³¹. Se tiene una noción amplia de organización criminal, cuya caracterización como de carácter mafiosa no impide detectar los caracteres constitutivos del método mafioso incluso fuera de los contextos particulares de origen de las nociones de matriz sociocultural empleadas para la relativa definición.

La solución de la incriminación especial cuida las características estructurales y operativas de las organizaciones criminales, pero también respecto a la figura general del delito asociativo llama la atención en los ordenamientos intervenidos en la materia después de la introducción del art. 416 bis del CP

29 El realce es difuso: por ejemplo: FIANDACA, "Criminalità organizzata e controllo penale", in BAS-SIOUNI et al. (cur.), *Studi in onore di G. Vassalli*, Milano, 1991, pp. 54 y ss.; MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie del sistema penale*, Napoli, 1997, p. 70; RONCO, "Commento all'art. 416-bis", in RONCO/B. ROMANO (cur.), *Codice penale ipertestuale*, Torino, 2011, par. II; GIOV. DE FRANCESCO, "Concorso di Persone, reati associativi, concorso nell'associazione: profili sistematici e linee di politica legislativa", in FIANDACA/VISCONTI (cur.), *Scenari di mafia*, Torino, 2010, pp. 138 y 143.

30 Ya la misma formulación normativa del método mafioso, más que análisis sociológicos, menciona precedentes decisiones jurisprudenciales sobre el terreno de las medidas de prevención: cfr., por ejemplo Cass. I, 8.6.1976, Nocera, in *Giust. pen.*, 1977, II, cit., pp. 268 y ss. De otra parte, por ejemplo la escurridiza noción de "silencio" ha sido entendida como "rechazo absoluto o incondicionado de colaborar con los órganos del Estado" y puesta en relación de causa/efecto con la fuerza intimidadora de la asociación, precisándose que esta no deba tener carácter necesariamente general, sino solo suficientemente difusa y derivar no solamente del temor de daños físicos a las personas, sino también de amenazas directas y/o simbólicas e indirectas: debe tratarse en definitiva de una extendida convicción que la (eventual) colaboración con la autoridad judicial no impedirá represalias en contra de la persona y/o de los bienes (no solo materiales) del denunciante "(...) en consideración de la ramificación de la organización, de su eficiencia, de la existencia de otros sujetos no identificables, suministrados del poder de dañar a quien se ha atrevido ponerse en contra" (Cass., sez. I, 10.7.2007, n. 34974, Brusca, RV 237619).

31 Para todos, cfr. INSOLERA, *Diritto penale e criminalità organizzata*, Bologna, 1997, pp. 11 y ss.

italiano. Todavía antes de las tomas de posición de la Unión Europea de armonización de las respuestas a la criminalidad inicialmente mencionadas, en Austria una autorizada posición doctrinal señaló la exigencia de complementar a la figura general ya mencionada por el art. 278 CP italiano, una nueva previsión asociativa más específica, en grado de expresar la mayor peligrosidad de las organizaciones criminales respecto de las *simples* asociaciones para delinquir tanto por la particular gravedad de los delitos objeto como por la dinámica autónoma interna que la estructura organizativa desarrolla hasta despersonalizar las acciones individuales³².

El nuevo art. 278a del Código Penal austriaco ha sido introducido con un anuncio de 1993, desde antes en términos poco diferenciados por el delito asociativo general (la muy recordada figura de la banda), para ser poco años después (1996) modificado en términos que especifican fuertemente los caracteres de la organización criminal³³: no solo en la estructura (que requiere números elevados de componentes³⁴), sino también en cuanto a las finalidades ilícitas y a las conexas modalidades típicas de intervención en la economía, en la política, en la Administración pública (con una expresa referencia también a la capacidad de intimidación del grupo³⁵).

Al final de los años noventa, las incriminaciones *ad hoc* para sancionar la organización criminal como tipo autónomo y más específico respecto a la tradicional figura de la *association de malfaiteurs* son introducidas también

32 KIENAPFEL, "Die Geldwäscherei, Überlegungen de lege ferenda aus Anlaß des MEntw eines Geldwäschereigesetzes", in Österreichisches Juristenzeitung, 1993, 80; ID., "Bildung einer kriminellen Organisation (§ 278a Abs 1 StGB)", in Juristische Blätter, 1995, p. 615.

33 En la formulación actual (modificada en el 2002): "Quien funda una unión entre un gran número de personas de tipo empresarial de carácter prolongado en el tiempo o participa como miembro en una unión tal (par. 278 parr. 3).

- 1) Que, aunque en modo no exclusivo, está dirigida a la comisión reiterada y programada de acciones de grave relevancia penal, que amenazan la vida, integridad personal, la libertad o el patrimonio, o de acciones de grave relevancia penal en relación al campo de la explotación sexual de las personas, de la inmigración ilegal o del tráfico ilícito de medios de combate, material radiactivo o sustancias radioactivas, residuos peligrosos, moneda falsa, o sustancias estupefacientes.
2. Quien mediante este objetivo por un enriquecimiento de largo alcance o por una relevante influencia sobre la política o sobre la economía y
3. Busca corromper a otros o intimidar otros o de protegerse en modo especial por medidas de ejecución penal es sancionable con una de prisión de seis meses a cinco años. Se aplica el art. 278 parr. 4".

Para la génesis y evolución de la norma cfr. REINDL-KRAUSKOPF/SALIMI, § 278a StGB - Dogmatische Evaluierung, Wien, 2011, pp. 37 y ss. Cfr. también LÖSCHNIG-GSPANDL, Österreich, in GROPP/HUBER (Hrsg.), *Rechtliche*, cit., N.º 6, pp. 562 y ss. HOCHMAYER, Österreich, in GROPP/SINN (Hrsg.), *Organisierte*, cit., N.º 17, pp. 262 y ss.; FARTHOFFER, cit., N.º 23, 125 s.

34 El umbral es 10 en la interpretación ya consolidada: para las referencias jurisprudenciales, pero también para la posibilidad de mínimas desviaciones por tal valor mínimo, cfr. REINDL-KRAUSKOPF/SALIMI, cit., N.º 34, 62 s.; FARTHOFFER, cit., N.º 23, 125

35 Habla a propósito de método "mafioso" la investigación comparada de FARTHOFFER, cit., N.º 23, 133 s.

en los ordenamientos, de fuerte ascendencia francesa, luxemburgués³⁶ y, en breve distancia de tiempo, belga³⁷. En este último, en particular, la norma *ad hoc* hace referencia expresa al método de la intimidación o al recurso de estructuras comerciales entre los medios para realizar u ocultar los delitos que son objeto de la organización criminal³⁸. Por otra parte, los relativos trabajos preparatorios fueron influenciados por la voluntad de uniformarse a la propuesta de acción común europea en materia de organización criminal, que fue aprobada a finales de 1998, como confirman del todo las analogías entre las fórmulas respectivamente asumidas para definir la organización criminal³⁹. Un punto final en este contexto merece también la experiencia de Suiza, que al final de 1950 incriminaba los grupos dirigidos a cometer una serie de delitos contra el Estado (art. 275-ter CP). En 1994, la confederación ha introducido un delito de organización criminal, caracterizado por una especificación de algunos caracteres estructurales de la conducta colectiva al lado de un programa más amplio de delitos⁴⁰.

36 La definición de organización criminal ha sido insertada por el art. 324-bis en el Código penal luxemburgués con ley del 11.8.1998: "Constituye una organización criminal la asociación estructurada de más de dos personas, estable en el tiempo, con el fin de cometer en modo concertado crímenes y delitos punibles con una pena de prisión máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave para obtener, directamente o indirectamente beneficios patrimoniales".

37 Análoga a aquella luxemburguesa y con idéntica numeración la correspondiente previsión en el Código penal belga, introducida con la ley 10.1.1999: las dos significativas diferencias conciernen el más bajo umbral de relevancia de los delitos que tiene como objetivo (pena máxima de al menos tres años) y la adición de las particulares modalidades de realización de la conducta ilícita (v., infra, en el texto y nota siguiente).

Se señala todavía que el art. 324-bis CP belga contiene desde su introducción un segundo párrafo que excluye del alcance de la organización punible "las organizaciones cuyo real objeto es exclusivamente de orden político, sindical, filantrópico o religioso que persiguen únicamente otros objetivos legítimos".

38 El art. 324-bis CP belga concluía su primer párrafo requiriendo que la organización realizase los primeros objetivos criminales "[...] en utilisant l'intimidation, la menace, la violence, des manœuvres frauduleuses ou la corruption ou en recourant à des structures commerciales ou autres pour dissimuler ou faciliter la réalisation des infractions". Este inciso final ha sido por otro lado objeto de una nueva intervención con una ley del 10.8.2005, que ha removido los contenidos al inicio de la norma en el art. 324-ter, que incrimina las particulares conductas individuales.

39 A propósito para el reconocimiento de tal paralelismo en los trabajos preparatorios en Bélgica, dirigida a favorecer la cooperación v. CESONI, *Les dispositifs de lutte contre les organisations criminelles. Une législation sous influence?*, Gent, 2005, 209, ed anche pp. 211 y ss., para las diferencias en las formulaciones finales.

40 El art. 260-ter, introducido con Ley federal del 18.3.1994, define la organización criminal "una organización que tiene secreta la estructura y sus componentes y que tiene el objetivo de cometer actos de violencia criminal o de enriquecerse con medios criminales" e incrimina las conductas de participación y de apoyo de la relativa actividad criminal.

3. LAS INTERVENCIONES EUROPEAS DE ARMONIZACIÓN: ALTERNATIVAS DE ENFOQUES, BASES NORMATIVAS Y SOLUCIONES ADOPTADAS

Frente a una situación tan articulada en materia de relevancia penal de las formas más graves de manifestación de la criminalidad organizada, el objetivo político-criminal de proceder a una armonización de la materia, indicado en el inicialmente mencionado plano de acción contra la criminalidad organizada de 1997, se presentaba tan legítimo como oportuno para hacer frente a la exigencia de adecuar la acción de lucha al carácter transnacional del fenómeno, sin invadir los límites fijados por las competencias institucionales de la Unión que notoriamente contenía una directa competencia penal.

¿Pero cuál solución adoptar entre aquellas existentes en la base de los ordenamientos a los que los órganos de normalización europea se dirigían? En abstracto, la armonización en la materia podía escoger opciones del todo diversas, sin que ninguna fuese en abstracto del todo exentas de inconvenientes⁴¹.

Siguiendo en efecto el camino de seleccionar los elementos que constituyen el *mínimo común múltiplo* de las diversas respuestas nacionales al problema mencionado, la ausencia de una incriminación *ad hoc* incluso de la asociación para delinquir habría necesitado de armonizar la primera y más simple solución configurada: fijar estándar de tipificación del concurso de personas en el delito, sin proponer alguna incriminación común de delito asociativo. En tal modo, no obstante, en primer lugar, los problemas de identificar elementos comunes entre las diversas soluciones nacionales no eran ciertamente resueltos, sino solo desplazados sobre este importante capítulo de parte general: sin presentar un rostro unitario incluso solo a nivel europeo, esto parece a su vez necesario de armonización⁴².

Asimismo, si estuviesen limitados a un determinado objetivo, por cuanto en sí mismo no poco ambicioso, se habría actuado una suerte de remoción del trasfondo criminológico marcado por las organizaciones criminales⁴³: la presencia relativa —aunque si en modo diferenciado en los diferentes contex-

41 Sobre los modelos de armonización, a propósito sintetizo en el texto a continuación cuanto más ampliamente he tratado en "Agli albori (...)", cit., N.º 1, par. 7.

42 Cfr., TIEDEMANN, "Die Regelung von Täterschaft und Teilnahme im europäischen Strafrecht - Stand, Harmonisierungstendenzen und Modellvorschläge", in *Festschrift für Nishihara*, Baden Baden, 1998, pp. 496 y ss. Por otro lado, un ejemplo de la dificultad de conciliar las diversas soluciones en la materia, tal toma de posición a favor de un modelo diferenciado de autor (luego explicada en los arts. 9-15 del proyecto Eurodelitos coordinado por el mismo Tiedemann) ha sido seguida de propuestas orientadas por el contrario al distinto modelo unitario (SCHÖBERL, *Die Einheitstäterschaft als europäisches Modell*, Wien, 2006, pp. 269 y ss.; KEILER, "Towards a European Concept of participation in crime", in KLIP (ed.), *Substantive Criminal Law of the European Union*, Antwerpen, 2011, pp. 173 y ss., pp. 192 y ss.).

43 Críticamente a propósito también MANACORDA, "La riposte pénale contre la criminalité organisée dans le droit de l'union européenne", in ID. (cur.), *L'infraction*, cit., N.º 17, 246.

establecidos en la Convención Europol, mencionada en el párrafo de la norma para incluirlos en el programa criminal, no modificaba en nada los alcances de la definición, sino tenía solo un valor ejemplificativo: La referencia era además siempre limitada al mismo umbral de los cuatro años mencionado en general, por lo cual todos los delitos nominativamente indicados en el art. 2 de la Convención Europol serían de todos modos relevantes por integrar los posibles delitos objeto de la organización criminal⁵⁰.

En segundo lugar, el esfuerzo de mayor definición de la conducta colectiva a través de la referencia a las modalidades particulares estaba solo esbozado: se requería la estructura de la asociación y su existencia durable en el tiempo, pero respecto a los delitos objeto del programa criminoso se preveía la mera posibilidad que fuesen perseguidos para obtener beneficios materiales y, solo como ulterior eventualidad, para influenciar indebidamente en la intervención de las autoridades públicas. En tal sentido, las dos finalidades expresamente mencionadas se volvieron sustancialmente superfluas y no lograban garantizar una caracterización realmente selectiva del fenómeno que se quiere regular.

3.2. Ambos inconvenientes señalados son evitados en las definiciones contenidas en los dos ya mencionados textos sucesivos en la materia y que se presentan largamente similares, aunque referidas respectivamente a la noción de *grupo criminal organizado* en la Convención ONU de Palermo y de *organización criminal* en la Decisión marco UE.

La primera es definida en los siguientes términos: “*Grupo criminal organizado* indica un grupo estructurado, existente por un período de tiempo, compuesto por tres o más personas que actúan en concierto con la finalidad de cometer uno o más delitos graves o delitos establecidos por la presente Convención, con el fin de obtener, directamente o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio material” (art. 1 lit. a Conv. ONU).

La segunda, que expresamente sustituía la acción común europea de 1998 y consideraba la Convención ONU de Palermo⁵¹, es formulada así: “por *organización criminal* se entiende una asociación estructurada de más de dos personas, establecida en el tiempo, que actúa de modo concertado con el objetivo de cometer delitos punibles con una pena privativa de la libertad o con una medida de seguridad privativa de la libertad no inferior a cuatro años o con una pena más grave para lograr, directamente o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio material” (art. 1 § 1 lit. I DM UE).

50 Por esta y otras críticas a la remisión realizada en el art. 2 de la Convención Europol cfr. MANACORDA, cit., N.º 44, 279 s.

51 Cfr., el art. 9 (derogación de la Acción común) de la Decisión Marco y respectivamente los N.ºs 2 y 6 de sus considerandos iniciales (con referencia a la decisión 2004/579/CE del Consejo, con la cual la UE se había unido a la Convención ONU de Palermo).

El análogo tenor textual de las normas indica que han desaparecido los dos inconvenientes señalados anteriormente en la ya derogada acción común: tanto la referencia a la lista de los delitos mencionados por diferente fuente convencional, igualmente con idéntico umbral de pena, como a la mera potencialidad de la influencia indebida sobre los poderes públicos. Las dos definiciones se presentan también largamente similares en los contenidos positivos: las dos únicas diferencias atañen al número de delitos objeto del programa de actividad (hasta uno solo para la Convención de Palermo) y la previsión de los posibles delitos objeto (que en la Convención de Palermo incluye también los cuatro hechos tipo por los cuales se prevén obligaciones de incriminación para los Estados miembros independientemente de los niveles sancionatorios respectivos).

Por lo demás, la fórmula común a ambos textos ahora en examen gira en torno a pocas referencias naturalísticas y muchos elementos normativos. La riqueza de estos últimos es en cambio tal que las normas añaden ulteriores aclaraciones terminológicas, para prevenir posibles equívocos.

3.3. De tipo solo naturalístico y en sí bien preciso, está la referencia al número mínimo de participantes, fijado en tres personas, según la cepa de la *association de malfaiteurs*. El punto a primera vista parece más importante de lo normal que no se detecta: esto marca una diferenciación de la incriminación autónoma tanto con la estructura del concurso de personas en el delito (que puede ser realizado también solo por dos) como con las experiencias nacionales que admitían incriminaciones autónomas también para grupos de solo dos personas⁵².

Sin embargo, la univocidad de esta delimitación del elemento personal en sede de definición es de todos modos eludida por la ulterior y distinta previsión de la posible incriminación incluso del solo acuerdo con otra persona para realizar el programa criminal. Entra así por la ventana de la descripción de las conductas para las que se requiere la incriminación como el modelo de la *conspiracy* —ya mencionado y sobre el cual se retornará después (par. 3.7)— que al contrario a primera lectura parecen quedar fuera de los confines definitorios de la organización criminal.

3.4. Los ulteriores elementos de la definición presentan márgenes variables de indeterminación. Esto se nota por los caracteres de la existencia de tiempo y del actuar en modo concertado, aunque caracterizados por un sustrato naturalístico, no obstante insuficiente para determinar el significado normativo.

52 Por ejemplo en Austria el par. 278 hasta el 2002 requería para la formación de bandas el requisito de dos o más personas (v. Supra, par., 2.2 y N.º 23). También en la ley griega 1916/1990 sobre el crimen organizado se incriminaba el grupo de al menos dos personas dirigido a cometer una vasta serie de delitos graves (como señala PRADEL, *Droit pénal comparé*, París, 1995, p. 120).

tos nacionales⁴⁴— sin embargo era indicada por los organismos europeos ya en la segunda mitad de los años noventa como problema que comprometía a los Estados miembros a una más estrecha cooperación, incluso a través de la adopción de un instrumento para incriminar la participación en una asociación criminal⁴⁵.

Por el contrario, adoptar la *better choice* —entendida como la fórmula incriminadora más eficaz entre las diversas experiencias de los ordenamientos particulares— arriesga con perjudicar una recesión generalizada de la solución preseleccionada en las bases por armonizar. Si de hecho las normas incriminadoras sobre este punto marcan un momento de delicado equilibrio con los derechos de libertad, las fórmulas más incisivas son aprobadas solo donde la presencia del problema es más fuerte y la conexa invasión sobre las libertades individuales son soportadas como necesarias para contrarrestar un fenómeno más penetrante. El riesgo es, por tanto, adoptar como estándar la solución más punitiva entre todas aquellas existentes entre los Estados miembros: se daría razón a una acusación difusamente alzada contra la intervención europea en materia penal⁴⁶; sobre todo, el instrumento supranacional quedaría irrealizado al menos por parte de los ordenamientos que no están dispuestos a aceptar las pesadas incidencias sobre la vida de los ciudadanos.

Respecto a las soluciones abstractas mencionadas, las intervenciones de armonizaciones adoptadas a nivel tanto de la Unión Europea, como de las Naciones Unidas no se han adherido a ninguna de las dos alternativas mencionadas anteriormente. Más bien, en las tres referencias supranacionales más directamente relevantes en la materia se ha preferido indicar una vía intermedia y común, no obstante en el cuadro de contextos institucionales diversos: desde antes en la inicialmente mencionada acción común UE de 1998 sobre la punibilidad de la participación en una organización criminal⁴⁷; por tanto, en la sucesiva Convención ONU de Palermo del 2000 sobre el crimen

44 Había resaltado la atención sobre tal diversidad en aquel período FINJAUT, "Organisierte Kriminalität in Nordwesteuropa", in SIEBER (Hrsg.), *Internationale Organisierte Kriminalität. Herausforderungen und Lösungen für ein Europa offener Grenzen*, Bonn, 1997, pp. 3 y ss.; FINJAUT, "Organisierte Kriminalität: eine wirkliche Bedrohung für die europäischer Union?", in H.-J. ALBRECHT et al. (Hrsg.), *Festschrift für Kaiser*, Berlin, 1999, pp. 511 y ss., pp. 518 y ss.

45 Tal conocimiento está testimoniado por ejemplo en el documento 1997 EU Situation report on organized crime (12748/98 Ext 1 crimorg 174, desde hace poco parcialmente clasificado y hecho público por el Consejo UE el 25.5.2011), que reconoce la variedad de situaciones en los diversos ordenamientos, pero reitera el empeño en una cooperación común y resalta expresamente las recomendaciones poco antes del plano de acción contra la criminalidad organizada (una de las cuales concierne exactamente la incriminación de la organización criminal).

46 Por ejemplo SCHÜNEMANN, "Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege", in ID. (Hrsg.), *Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege*, Köln, 2006, pp. 61 y ss.; y también, aunque en terminos más matizados, SATZGER, *Internationales und europäisches Strafrecht*, Baden-Baden, 2010, p. 122. Considera y critica tal realce JOUTSEN, cit., N.º 2, 38 s.

47 Acción común del 21 de diciembre de 1998 (cit. supra, N.º 5). A propósito, v., entre muchos MACORDA, cit., N.º 44, 244 s., 259 s., 276 s.

organizado transnacional⁴⁸, como en la más reciente decisión marco del Consejo UE de 2008 sobre la lucha contra el crimen organizado (2008/841/GAI del 24 de octubre de 2008)⁴⁹ se define la organización criminal con un nivel de especificación posterior respecto al mero esquema general de la asociación para delinquir, según el tercer tipo de solución antes identificado sobre la materia. Sin embargo, no se llega a una descripción analítica de las modalidades de realización del programa criminal, según el ejemplo identificable en el art. 416 *bis* CP italiano.

Por otra parte, los textos en examen no se satisfacen solo con la definición de la conducta colectiva típica de la criminalidad organizada, para exigencias compartibles de mayor precisión de la materia de prohibición penal, se procede también a describir analíticamente las conductas individuales de las cuales se requiere la incriminación por parte de los Estados miembros (art. 2. 1 lits. "a" y "b" AzCom 1998; art. 5 §1 lit. a 1. Conv. ONU y art. 2 lit. b DM 2008): en este segundo nivel definitivo se acepta, no obstante, expresamente la tradición de *common law*, que con la *conspiracy* no requiere cualquier cosa demás, sino algo de menos y de diferente respecto al esquema asociativo general.

3.1. En cuanto a los elementos particulares constitutivos de las diversas definiciones en los textos supranacionales mencionados, es crucial la definición de organización criminal. Esta en la acción de 1998 está referida a una asociación estructurada, existente por un período de tiempo y compuesta por más de dos (por tanto, al menos tres) personas que actúan de modo concertado para realizar un programa criminoso cualificado. Los relativos delitos-objetivo deben ser de una gravedad predeterminada en general con referencia a la sanción máxima advertida, no inferior a cuatro años de pena de prisión; además, las relativas conductas pueden ser sostenidas también por un fin de lucro, o eventualmente, de indebida influencia de la intervención de la autoridad pública.

El segundo párrafo especificaba también los delitos objeto de la asociación "[...] incluidos aquellos mencionados en el art. 2 de la Convención Europea, así como en su anexo, que son punibles con pena al menos equivalente a la prevista en el primer párrafo".

La definición presentaba a nivel formal al menos dos perfiles de sobrea-bundancia expresiva, en el sentido que no contribuían realmente a aumentar el real contenido descriptivo del esfuerzo desarrollado para ajustar los requisitos constitutivos del grupo criminal. En primer lugar, el largo elenco de delitos

48 Sobre los informes entre los trabajos preparatorios de la Convención de Palermo y el esfuerzo europeo en la materia, por ejemplo CESONI, cit., N.º 40, 50 s

49 Cfr., por ejemplo CALDERONI, cit., N.º 8, 15 s.; FARALDO CABANA, cit., N.º 3, 53 s.; MALJEVIC, cit., N.º 3, 163 s.

En cuanto al primero, la graduabilidad del factor temporal puede determinar una incerteza sobre el nivel mínimo necesario para integrar el requisito de la existencia del grupo. Esto, sin embargo no debe ser entendido en términos absolutos, que conducirían a afirmarlo incluso por fracciones infinitesimales, sino en relación al contenido global de los requisitos estructurales de la conducta colectiva⁵³. El tiempo relevante para integrarla por tanto debe ser aquel en el cual pueda considerarse efectivamente operativa la estructura del grupo respecto al programa criminal que se propone, aunque tal finalidad criminal no se haya realizado en la comisión de un delito específico⁵⁴.

El enfoque interpretativo sistémico ayuda también para el otro requisito del *actuar de modo concertado* por parte de una colectividad de personas. De ello se desprende que la conducta colectiva debe resultar de la confluencia de una pluralidad de aportes individuales que, más allá de la respectiva especificidad de los contenidos modales, deben dirigirse conjuntamente a realizar un programa criminal. El requisito no es solo de tipo objetivo, sino tiene un necesario lado subjetivo, relativo a la conciencia y a la voluntad de integrarse con la propia conducta en una realización colectiva.

Señala sobre este punto además la variedad en la articulación de los grupos criminales: en aquellos más simples es normal que los sujetos conozcan los aportes respectivos a la realización común; no se puede sin embargo requerir en general un conocimiento individual de todos los aportes de los otros componentes, ni de los detalles del programa criminal: el requisito sería tanto más impracticable cuanto más compleja se convierta la articulación del grupo de personas y la amplitud de las actividades criminales que este se proponga de realizar⁵⁵.

3.5. Es todavía más claro el carácter normativo de los ulteriores dos requisitos concernientes, a la gravedad del *délito* objeto del programa colectivo y la existencia de una *asociación estructurada*. Las referencias adoptadas a propósito parecen, no obstante, en un caso muy rígidas y en otro no suficientemente determinadas.

En cuanto al primer aspecto, los *delitos* que deben entrar entre los objetivos del grupo son indicados mediante un parámetro fijo: debe tratarse de delitos penados con una sanción de prisión máxima no inferior a cuatro años

53 Un enfoque análogo interpretativo sobre el punto en MALJEVIC, cit., N.º 3, 172.

54 No se requiere incluso la comisión del delito objeto (así al contrario MALJEVIC, cit., N.º 3, 150 s.) en cuanto esto es objeto solo de una finalidad de la conducta colectiva. La definición proporcionada no es por consiguiente reconducible a aquella estructura mixta de los delitos asociativos que ha sido agudamente propuesta en nuestra doctrina (por ejemplo. v. SPAGNOLO, "Dai reati associativi ai reati a struttura mista", in *Beni e tecniche della tutela penale*, Milano, 1987, pp. 156 y ss.).

55 PRADEL, cit., N.º 53, 241, con referencia a la *conspiracy*, informaba el ejemplo de las organizaciones en cadena y de las de pirámide como ejemplos de ausencia de conocimiento recíproco entre todos los componentes.

(art. 1 num. 1). Esta técnica, seguida en la acción común UE de 1998, termina no obstante por comprender actividades criminales muy diferenciadas en los diversos sistemas penales nacionales. En efecto la referencia a un nivel sancionatorio rígido desatiende las profundas diferencias que todavía existen entre los diversos sistemas sancionatorios penales de los Estados miembros de la Unión Europea (que obviamente se transforman todavía más marcadas si la vista se amplía hasta el nivel global de la Convención ONU⁵⁶). La referencia a un determinado nivel de pena opera por consiguiente una armonización solo aparente: únicamente es común en valor absoluto, pero mantiene un valor relativo diferenciado de acuerdo a los límites globales de pena conocidos por el ordenamiento particular⁵⁷.

La definición de *asociación estructurada* resulta por el contrario un progreso seguro respecto a la fórmula contenida en la acción común, que no estaba acompañada por ninguna especificación de la noción que incluso es utilizada en la definición del delito asociativo. Sin embargo, la sucesiva especificación inicialmente en la Convención ONU y luego en la Decisión marco no aporta una contribución suficiente de determinación, esencialmente porque parece ocuparse solo de las situaciones extremas, pero termina por abarcar de todas formas un ámbito muy amplio de situaciones⁵⁸. La norma excluye solo la hipótesis que el grupo sea *casualmente formado para la comisión inmediata de un delito*. Por otra parte, no obstante, se especifica también que *no es necesario que el grupo tenga roles formalmente definidos para sus miembros, continuidad de los participantes o una estructura desarrollada* (art. 1 lit. c DM 2008; lo mismo sirve para el *grupo estructurado* sobre el cual se refiere el art. 2 lit. c Conv. ONU).

El resultado en conjunto es tal de todos modos para comprender incluso formas de simple complicidad en un delito individual, aunque fruto de una programación igualmente de uno solo de los sujetos que cooperan. En tal modo

56 En Japón, por ejemplo, donde el alcance de la ley es muy amplio (el hurto es sancionado con una pena de prisión hasta de diez años o una pena pecuniaria) se ha encontrado que otros seiscientos delitos entrarían en la noción de gravedad definida por la Convención de Palermo: ASADA, "Die Gesetzgebung zur "Conspiracy" in Japan", in *Festschrift für Tiedemann*, München 2008, pp. 313 y ss., 318.

57 Para algunos ejemplos remito a MILITELLO, *Partecipazione*, cit., n.º 1, 188 s. La importancia ha tenido muchos adeptos: por ejemplo, CALDERONI, cit., N.º 8, 22; MALIJEVIC, cit., N.º 3, 151 s. (por otra parte incluidos n.º 134 en relación a la Convención ONU ignora que la propuesta de encomendar a los Estados particulares la definición de delito grave estaba completada por la subrayada que el texto supranacional debe por consiguiente indicar una lista mínima de *serious crimes*); FARALDO CABANA, cit., N.º 3, 48. Cfr. también FARTHOFER, cit., N.º 23, 81 s.; FICHERA, cit., N.º 6, 175 s.

58 Cfr. MITSILEGAS, "Defining Organizing Crime in the European Union: The limits of European criminal law in an Area of 'Freedom, Security and Justice'", in *European Law Review* 2001, p. 570; KAIAFA-GBANDI, "Towards a new approach of organized crime in the EU - New challenges for human rights", in *ZfS-Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik*, 2007, p. 539; CALDERONI, "A definition that Could not Work: the EU Framework Decision on the Fight against Organized Crime", in *Eur.J.Crime Cr.L.Cr.J.*, 2008, pp. 271 y ss.

se dispersa la específica peligrosidad de una organización en cuyo programa ingresa una pluralidad indeterminada de delitos. Para marcar entonces la diferencia con la mera complicidad en el delito individual sería oportuno agregar al requisito negativo ya mencionado, un requisito positivo que se refiera al elemento de la organización. Si es compartible la elección en la norma definitoria de no hacer referencia a una organización jerárquica, que no está presente en varias tipologías de grupos criminales, no se expondría a tal riesgo insertar una referencia a la existencia de una división de trabajos entre al menos tres personas para los fines de la realización de una pluralidad de delitos. Una similar estructura operativa indica una racionalización del trabajo criminal que aumenta el alcance de las actividades cometidas por el grupo, justificando así la autónoma punibilidad de la organización criminal.

La elección diferente y menos determinada en los textos internacionales en examen para definir la noción de asociación estructurada se debe probablemente al compromiso con los sistemas penales de *common law*. Aquí se ha visto que la figura de la *conspiracy* abarca tanto las formas de mero acuerdo con otro sujeto destinado a realizar incluso un solo delito, como la realización de uno o más delitos por parte de un grupo organizado.

En la Convención ONU tal orden de ideas en realidad ya aflora en la definición del programa criminoso del grupo criminal organizado, que puede ser constituido también para la realización de un único delito grave. Al contrario, en la Decisión Marco UE, la definición de organización criminal se distingue sobre el punto y es necesario que el programa criminal comprenda más delitos. Aunque esta fórmula exprese correctamente el desvalor específico de la incriminación autónoma de la conducta colectiva, el aporte relativo es omitido en sede de determinación de las conductas individuales consideradas relevantes. Es necesario dedicar a este aspecto una atención autónoma porque esto representa un pasaje crucial en las elecciones supranacionales en la materia, que han preferido tomar nota de las diferencias existentes en vez de proponer un modelo común no en línea con una u otra de las experiencias jurídicas.

3.6. La duplicidad de formas que caracteriza la *conspiracy* une incluso las diversas definiciones contenidas en la Convención ONU y en la Decisión Marco para describir las conductas individuales por las cuales se requiere a los respectivos Estados la incriminación, en modo alternativo o conjunto, a título de participación en la organización criminal (art. 5 § 1 Conv. ONU y art. 2 lit. a, b DM 2008)⁵⁹.

Concentrando la atención sobre la formulación contenida en la Decisión Marco, en cuanto más reciente y directamente pertinente al aquí considerado contexto europeo, la primera de las conductas concierne propiamente a

⁵⁹ Para una comparación entre los dos modelos de incriminación en estos textos cfr., sobretudo MALJE- VIC, cit., N.º 3, specie 123 s.

la participación en la organización criminal e indica los requisitos objetivos y subjetivos. Respecto de los primeros se necesita en particular una participación activa en las actividades criminales de la organización: incluso sin precisar los caracteres mínimos de la contribución, se indican expresamente algunas actividades que pueden también excluir por una contribución directa a los procesos ejecutivos criminales individuales, pero concierne a la misma vida de la organización (allí incluidos el suministro de informaciones o medios materiales, el reclutamiento de nuevos miembros además de cualquier forma de financiamiento de sus actividades).

Se trata por otro lado de una ejemplificación de la noción de participación activa, ciertamente no de una especificación con carácter de exclusividad, tanto por la formulación textual (“...allí incluidos...”) como sobre todo porque no tendría sentido excluir las múltiples contribuciones al proceso ejecutivo ulterior respecto al suministro de informaciones o de medios materiales. Ni la fórmula adoptada, aunque diferente de aquella, de la derogada acción común y de la misma Convención ONU, puede valer como obstáculo a la relevancia penal de las formas de contigüidad a las organizaciones criminales, como al contrario ha sido planteado en el contexto de una consideración privilegiada del problema siempre agudo en Italia del concurso externo al delito asociativo⁶⁰. Admitido que la participación activa sea descrita en la Decisión Marco en términos más selectivos, la posibilidad o al menos reconocer la relevancia del concurso externo depende como mínimo también de la configuración en los sistemas penales individuales del instituto general del concurso de personas en el delito. Este tema no ingresa ciertamente entre los objetivos de armonización de la misma Decisión Marco.

Sobre el plano subjetivo, la conducta de participación activa no está descrita solo como caracterizada por una voluntad directa del sujeto (intencionalmente), sino también sostenida por una doble base cognoscitiva. Esta está dirigida no solo, por un lado, a las características esenciales del grupo criminal o cuanto menos a las relativas finalidades ilícitas (y estando a conocimiento del objetivo y de la actividad general de la organización criminal o de la intención de esta última de cometer los delitos), sino también por otro lado a la relación instrumental entre la contribución aportada por el particular y la realización de las actividades criminales (estando además consciente que su participación contribuirá a la realización de las actividades criminales de tal organización). La participación activa del particular debe, por consiguiente, darse por el conocimiento del programa criminal colectivo y ser completada por aquella relativa al aporte individual que se proporciona a la realización de tales finalidades criminales de la organización.

60 Cfr. VISCONTI, “Sui modelli di incriminazione della contiguità alle organizzazioni criminali nel panorama europeo: appunti su un’auspicabile (ma improbabile?) riforma “possibile”, in FIAN-DACA/VISCONTI (cur.), cit., N.º 30, 195 s.

3.7. La segunda conducta de la cual se prevé la incriminación consiste en el acuerdo incluso solo con otra persona para cometer un delito grave con el fin de obtener directa o indirectamente un beneficio económico o de otro tipo material. Es claro aquí la derivación de la matriz anglosajona de la *conspiracy*, que incluye el mismo acuerdo entre dos o más personas dirigidas a la comisión de un hecho ilícito o de un hecho lícito mediante medios ilícitos, incluso sin exteriorización de hechos penalmente relevantes. Se dispersa así la peligrosidad específica de la organización criminal, entendida como *quid pluris* respecto a la mera complicidad en el delito particular.

El problema no está resuelto por la referencia a la finalidad de beneficio que debe constituir el objetivo necesario de la acción concordada. La voluntad de adquirir ilícitamente beneficios materiales está, en efecto, presente en un número extremadamente amplio de delitos: se trata de una condición necesaria, aunque todavía insuficiente para caracterizar la incriminación de la participación en un grupo criminal organizado.

La suficiencia del mero acuerdo destinado a la realización de delitos particulares está en conflicto con la tradición penal liberal que legitima la punibilidad solo de aquellos programas criminales que se hayan materializado fuera con actos de ejecución de la conducta dañosa o peligrosa. Sobre este punto, la previsión de la Decisión Marco europea se destaca inoportunamente por la Convención ONU de Palermo: esta permite a los Estados parte de necesitar para la punibilidad de la participación en la organización criminal la realización de un acto material en ejecución del acuerdo ilícito (art. 5 § 1 lits. a, i). Ciertamente, la eventualidad está además mencionada en la Decisión Marco, pero está anticipada en la parte de los considerandos iniciales (en especial, el num. 5): se debilita fuertemente la oportunidad de orientar a los Estados miembros para armonizar la materia en el sentido de una solución más en línea con el principio de ofensividad del delito (*harm-principle*).

3.8. En torno a la figura de la participación en una organización criminal la Decisión Marco de 2008 articula todo un sistema de ulteriores previsiones de lucha siempre en clave de armonización.

Con una significativa innovación respecto a los textos precedentes en la materia —hecha posible por el cambiado marco institucional europeo que el Tratado de Ámsterdam prevé la armonización no solo de los delitos, sino también de las correlativas sanciones⁶¹— son mencionados los niveles de penas privativas de libertad máximas que los Estados miembros deben prever para las conductas incriminadas en cumplimiento de la Decisión Marco: para am-

61 Cfr. NUOTIO, "Harmonization of criminal sanctions in the EU - Criminal Law Science Fiction", in HUSABO/STRANDBAKKEN (eds.), *Harmonization of criminal law in the EU*, Antwerpen, 2005, pp. 79 y ss.; BERNARDI, "L'armonizzazione delle sanzioni in Europa: linee ricostruttive", in GRASSO/SICURELLA (cur.), *Per un rilancio del progetto europeo*, Milano, 2008, pp. 381 y ss.; SATZGER, cit., N.º 47, 123.

bas, las dos tipologías de conductas, se señala *la pena privativa de la libertad máxima comprendida de dos a cinco años*, segmento al cual se agrega la posibilidad —pero solo en relación al acuerdo para cometer un delito grave— de la pena de prisión *igual a aquella prevista para el delito al cual es dirigido el acuerdo* (art. 3 parr. 1 lits. a y b DM). La particular diversidad de los sistemas sancionatorios y de los niveles de pena conocidos en los sistemas nacionales individuales explica la doble selección realizada: por un lado, limitarse a considerar el máximo de la pena (el sistema penal francés no conoce en efecto la predeterminación abstracta de los mínimos de pena para las diversas incriminaciones); por otro lado, no indica un nivel único, sino un segmento dentro del cual podrá ser fijado el nivel máximo en que cada ordenamiento, manteniendo por consiguiente un margen no desdeñable de apreciación nacional.

Vuelve importante también sobre el ámbito sancionatorio la diferenciación entre las dos tipologías de conductas, que reproduce la gran división sobre los modelos de incriminación ya antes referida. Por un lado, esto está expresamente considerado con la posibilidad de punir la conducta de acuerdo con la pena máxima prevista para el delito objeto del acuerdo, que refleja un límite introducido al régimen de la *conspiracy* con la *Criminal Law Act* de 1977 (art. 3 párrafo 3). De otra parte, la diferencia sustancial entre las dos conductas se ha descuidado en la posibilidad generalizada que se atribuye a los Estados miembros de considerar circunstancia agravante la comisión de un delito grave en el ámbito de una organización criminal (art. 3 párrafo 2 DM). Sin embargo, si alguna justificación racional se puede dar a tal previsión, esta refiere solo a la primera de las conductas incriminadas, en cuanto aquí es posible mantener distinto el núcleo del ilícito relativo a la estructura colectiva y en cambio lo mismo para los delitos individuales objeto que ingresan en el programa criminal; por el contrario, agravar la pena del delito grave solo en cuanto fruto de un acuerdo con otro sujeto representa una presunción de mayor desvalor desproporcionada respecto al real contenido de la ofensa realizada.

La Decisión Marco tiene cuidado luego de prever los colaboradores de la justicia (también sin nominarlos expresamente, incluso por la heterogeneidad de las elecciones nacionales en el tema⁶²) como instrumentos de la acción de lucha vinculada a una posible mitigación o también exclusión sancionatoria (art. 4).

Por último, se considera en modo analítico una responsabilidad de las personas jurídicas por los delitos de participación en la organización criminal, con la especificación de las correspondientes penas (arts. 5-6). Incluso aquí la oportunidad de acercar las respuestas de los ordenamientos individuales es

62 Sobre el punto, también para la descripción de la oportunidad de un esfuerzo de armonización en la materia, remito a MILITELLO, "Collaborazione alla giustizia e prospettiva premiale in ambito europeo", in *L'area di libertà sicurezza e giustizia: alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia*, RAFARACI (cur.), Milano, 2007, pp. 289 y ss., pp. 296 y ss.

indudable y expresa un *trend* constante en todas las intervenciones europeas (decisiones marco y directivas) de armonización durante un decenio. A título ejemplificativo, se pueden mencionar las decisiones marco y las directivas en las siguientes materias⁶³: falsificación del euro⁶⁴; fraude y falsificación de medios de pago diferente al efectivo⁶⁵; terrorismo⁶⁶; trata de seres humanos⁶⁷; represión del favorecimiento de la entrada, del tránsito y de la residencia de ilegales⁶⁸; corrupción privada⁶⁹; tráfico de droga⁷⁰; explotación sexual de menores y pornografía infantil⁷¹; ataques contra los sistemas informáticos⁷²; racismo y xenofobia⁷³; blanqueo de capitales (III directiva)⁷⁴; y las dos directivas sobre la tutela penal del ambiente⁷⁵ y contaminación provocada por las naves⁷⁶.

Sin poder detenerse además sobre estos aspectos particulares, basta comentar que el conjunto de las previsiones relativas señala que la armonización en la materia no menciona solo la definición de las conductas colectivas e individuales de las organizaciones criminales, sino se extiende a perfiles ulteriores y muy diversos, tanto sobre el aspecto sancionatorio como sobre el premial, hasta sobre el de los responsables. Una tendencia que refleja plenamente de todo un carácter surgido ya de tiempo en los sistemas penales nacionales, donde la normativa del tema de criminalidad organizada siempre ha devenido en un cuerpo en expansión, según lógicas propias que finalizan por marcar un sistema paralelo o cuanto menos un subconjunto del ordenamiento penal.

4. LOS EFECTOS DE LAS MEDIDAS DE ARMONIZACIÓN: SIN EMBARGO (ALGO) SE MUEVE

4.1. En contra de las intervenciones europeas de armonización en materia de organización criminal a menudo se ha detectado una sustancial inca-

63 *Amplius* MILITELLO, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Contexto europeo y solución italiana", in *Revista general de derecho, Penal* N.º 12, 2009 (www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id=8).

64 Art. 8-9 DM 2000/383 del 29.5.2000 (GU L140 - 14.6.2000).

65 Art. 7-8 DM 2001/413 del 28.5.2001 (GU L149 - 2.6.2001).

66 Art. 8-9 DM 2002/475 del 13.6.2002 (GU L164 - 22.6.2002).

67 Art. 4-5 DM 2002/629 del 19.6.2002 (GU L203 - 1.8.2002).

68 Art. 2-3 DM 2002/946 del 28.11.2002 (GU L328 - 5.12.2002).

69 Art. 5-6 DM 2003/568 del 22.7.2003 (GU L203 - 1.8.2002).

70 Art. 6-7 DM 2004/757 del 25.10.2004 (GU L335 - 11.11.2004).

71 Art. 6-7 DM 2004/68 del 23.12.2004 (GU L13 - 20.1.2004).

72 Art. 8-9 DM 2005/222 del 4.2.2005 (GU L69 - 16.3.2005).

73 Art. 5-6 DM 2008/913 del 28.11.2008 (GU L328 - 6.12.2008).

74 Art. 39 Dir. 2005/60/CE del 26.10.2005 (GU L309 - 25.11.2005).

75 Art. 7 Dir. 2008/99/CE del 19.11.2008 (GU L328 - 6.12.2008).

76 Art. 1 Dir. 2009/123/CE del 21.10.2009 (GU L280 - 27.10.2009).

pacidad de incidir sobre la realidad de los sistemas penales nacionales. Esto sería debido tanto a la excesiva generalidad de las soluciones adoptadas para tipificar las conductas relevantes, como a la ineffectividad de los vínculos de incriminación de fuente europea, puesto que antes las acciones comunes y luego las decisiones marco no eran asistidas de mecanismos exigentes para obviar la ausencia de implementación nacional (como la inmediata operatividad de otros instrumentos europeos). En particular, una reciente investigación ha evaluado las diferencias en las legislaciones nacionales en el tema de delitos de criminalidad organizada a la luz de 16 criterios diversos, y llegó a la conclusión de que no hay Estados miembros de la Unión Europea *con valoraciones idénticas en todos los 16 indicadores*⁷⁷.

Los hallazgos referidos a las intervenciones europeas en temas de criminalidad organizada se inscriben del todo en una valoración crítica más generalizada que se dirige al entero frente de los esfuerzos de armonización en materia penal hasta ahora desarrollados por la Unión Europea, considerada tanto simbólica⁷⁸ por resultar un *trompe l'oeil*⁷⁹, y en cambio fuente de fricciones entre valoraciones penales diversas en los diferentes sistemas nacionales⁸⁰. A su vez, el tema se enmarca en el juicio global sobre la cooperación en materia penal y sobre las características del ya histórico III pilar UE, erigido en Maastricht y hecho más fuerte en Ámsterdam hasta la reestructuración del edificio europeo en Lisboa⁸¹: la naturaleza de las relativas actividades ha sido frecuentemente etiquetada como de tipo intergubernativo, no diferente de los tradicionales instrumentos internacionalísticos y agobiadas de procedimientos

77 Así, CALDERONI, cit., N.º 8, 27 s., que actualiza así la interesante investigación establecida en ID., *Organized crime legislation in the European Union*, Heidelberg, 2010 y confirma el éxito desafortunado sobre las posibilidades de alcanzar los objetivos de armonización por parte de la decisión marco previsto por el mismo autor unos años antes (ID., cit., N.º 59, 265 s.). Por el carácter genérico de las previsiones de la Decisión marco v., también MITSILEGAS, *Eu Criminal Law*, Oxford, 2009, 96 s.; FICHERA, cit., N.º 6, 173 s.

78 Cfr. para todos SATZGER, cit., N.º 47, 123 s.

79 La expresión es llamada en la materia por WEYEMBERGH, cit., N.º 8, 188

80 Cfr., todavía reciente PASTOR MUÑOZ, "Europäisierung des Strafrechts und mitgliedstaatliche nationale Besonderheiten in der EU", in *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2010, pp. 86 y ss., p. 90.

81 Por las significativas modificaciones derivadas del Tratado de Lisboa, en vigor desde diciembre de 2009 cfr., la síntesis de SATZGER, cit., N.º 47, 89 s.; cfr., también HERLIN-KERNELL, "The Treaty of Lisbon and the Criminal Law: Anything New Under the Sun?", in *Eur. J. Law Reform*, 2008, pp. 329 y ss.; HEGER, "Perspektiven des Europäischen Strafrechts nach dem Vertrag von Lissabon", in *ZIS - Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik*, 2009, pp. 410 y ss.; SIRACUSA, "Il transito del diritto penale di fonte europea dalla "vecchia" alla "nuova" Unione post-Lisbona", in *RIDPE*, 2010, 779 s.; M. FLETCHER, "EU criminal justice: Beyond Lisbon", in *Crime within the Area*, cit., N.º 7, 10 s., 14 s.; y las contribuciones reunidas en AMBOS (Hrsg.), *Europäisches Strafrecht post-Lissabon*, Göttingen 2011; GRASSO (cur.), *L'evoluzione del diritto penale nei settori di interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Milano, 2011; GIUDICELLI-DELAGE/LAZERGES (dir.), *Le droit pénal de l'Union Européenne au lendemain du Traité de Lisbonne*, Paris, 2012.

lentos e inadecuados para una eficaz acción de lucha contra las nuevas formas de criminalidad tradicional⁸².

Que este contexto de fondo interactúe con las valoraciones expresadas sobre el terreno específico de la armonización en materia de punibilidad de la organización criminal es manifestado plásticamente por la imagen de la 'parábola' utilizada para trazar el itinerario: luego de una fase inicial ascendente, aquel contexto general no favorable habría disminuido la tendencia inicial y el objetivo de la armonización habría sido sustituido por aquel del mutuo reconocimiento entre los sistemas de los Estados miembros⁸³.

4.2. Aunque los argumentos mencionados se basan en problemas reales y presenten perfiles capaces de reflexión para no mitificar la efectiva incidencia del derecho europeo sobre los sistemas penales, se obtiene un balance global del proceso de armonización sobre la materia que es quizás demasiado reductivo y resultado de un juicio monodimensional. Si en efecto se saca una instantánea de los sistemas penales de los Estados miembros, tanto en tema de punibilidad de la organización criminal como sobre otros temas objeto de armonización, no se puede tener dudas sobre la imperfecta suprapunibilidad de las imágenes que se obtienen.

¿Pero en verdad este es el criterio para formular el juicio? La armonización del derecho, incluso la europea y especialmente en materia penal, no equivale en efecto a la unificación, que puede ser en todo caso objetivo de un solo Estado unitario (eventualmente, cuanto menos a nivel federal). Al contrario en una comunidad de Estados (como en general la internacional) o, por consiguiente, en una unión de Estado (como más específicamente la europea) no es un dato empírico generalizable, sino solo eventual y fruto de procesos de trasplante/imitación más que de cierta y propia circulación de modelos jurídicos⁸⁴. La unificación en cambio no es tampoco ausplicable, si no se desea desatender la adherencia entre el contexto de una sociedad y el sistema penal en el cual la misma se reconoce, evitando de dar cuerpo a los fantasmas evocados por quien detrás de los procesos de armonización del derecho ve un *moloch* colonizador para exorcizar negándolos de raíz⁸⁵.

82 Para estos pasos y posiciones me permito remitir a MILITELLO, Agli albori, cit., N.º 1, 24 s. Más recientemente, para un equilibrado balance sobre el III pilar, cfr. BERNARDI, "Le rôle du troisième pilier dans l'eupéanisation du droit pénal", in *Rev. Sc. Crim.*, 2007, pp. 713 y ss., pp. 736 y ss.

83 La incisiva reconstrucción es de MANACORDA, cit., N.º 8, 270 s. Más en general, la idea de una marginalización de la armonización penal a favor de la selección del mutuo reconocimiento ha sido más veces expresada por el mismo autor: por ejemplo ID., "La consolidation de l'Espace liberté, de sécurité et de justice: vers une "mise à l'écart" du rapprochement pénal", in *Rev. Sc. Crim.*, 2007, pp. 899 y ss.

84 Sobre la distinción, cfr. HECKER, "Harmonisierung", in U. SIEBER et al. (Hrsg.), cit., N.º 6, 252 s.

85 Para este enfoque, resulta ejemplar la contribución de WEIGEND, "Strafrecht durch internationale Vereinbarungen - Verlust an nationaler Strafrechtskultur?", in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1993, pp. 774 y ss., en la cual la internacionalización del derecho penal estaba señalada como amenaza para la identidad de las culturas penales nacionales.

De ello se deduce además que dicho énfasis de excesiva indeterminación de las normas europeas de armonización en tema de organización criminal parece necesario a su vez cualquier distinción: a pesar de haber puesto en evidencia algunos aspectos definitorios capaces de una mayor precisión, todavía se debe aclarar el parámetro del juicio en cuestión. En efecto, una norma para armonizar soluciones diferentes no puede y no debe presentar el mismo nivel de determinación propio de una norma penal nacional. Más bien esta podrá preverse sobre una formulación adecuadamente delimitada en sus contenidos, pero tampoco así de rígida para excluir el margen nacional de apreciación que permite una recepción en los diversos sistemas penales.

Por otra parte, incluso desde el interior de una correcta lógica de armonización, no es necesario para llegar a la antes mencionada conclusión, según la cual habría estado la desilusión en las comparaciones de su real capacidad de incidir sobre los sistemas penales nacionales a hacer abrazar la estrategia del mutuo reconocimiento de las respectivas realidades jurídico-penales. Para ser exactos no se trata de una alternativa necesitada, sino de una oportuna integración entre las dos ruedas de un único carro, que deben avanzar juntos si se desea hacerlo progresar y no, al contrario, dejarlo desviarse fuera de curso: cuanto menor es la integración entre los dos perfiles de intervención, tanto más graves son las discrasias en las diversas respuestas penales a las que se han expuesto los ciudadanos europeos. En el recorrido hasta aquí realizado el surgimiento del mutuo reconocimiento no ha sido acompañado de un abandono progresivo de la directriz más antigua: en la versión actual de los Tratados se explicita y se formaliza la necesaria conexión entre aproximación normativa y mutuo reconocimiento de las decisiones judiciales (art. 67, párrafos 3 y 82, párrafo 1, TFUE)⁸⁶.

4.3. Si se efectúa una comprobación analítica de las modificaciones experimentales en los sistemas penales individuales después de las intervenciones europeas de armonización, nos damos cuenta de que el juicio negativo antes mencionado se vuelve más rígido. Se corre el riesgo de desatender la aproximación al estándar europeo de muchos ordenamientos respecto de la punibilidad de la participación criminal. Las modificaciones relevantes en la materia denotan una tendencia difusa hacia un enriquecimiento de las notas modales de la organización criminal, y por consiguiente marcan un paso progresivo a la tercera de las soluciones antes mencionadas en la materia: aquella que no se satisface solo de un esquema de incriminación limitado a la asociación orientada a una serie de ilícitos, sino especifica algunas modalidades típicas de la conducta colectiva. Limitémonos a considerar algunos ejemplos:

86 Para tal conexión por ejemplo, MITSILEGAS, cit., N.º 78, 101 s.; HARMS/KNAUSS, "Das Prinzip der gegenseitige Anerkennung in den strafrechtlichen Regelung der EU", in FS-Roxin, Heinrich et al. (Hrsg.), Berlin, 2011, pp. 1479 y ss., 1486; SUOMINEN, *The principle of mutual recognition in Cooperation in Criminal Matters*, Antwerpen, 2011, pp. 51 y ss.; HECKER, *Europäisches Strafrecht*, Heidelberg 2012, p. 355.

- a) En Portugal en el 2007 a los hechos jurídicos concretos del Código Penal en el tema de asociación criminal ha sido añadida una definición de las nociones de *grupo, organización o asociación criminal* en relación a la *existencia de una unión de al menos tres personas, que actúan en modo acordado por un cierto período de tiempo*⁸⁷.
- b) Finlandia en el 2003 ha abandonado la solución que reconducía la relevancia penal de la criminalidad organizada al instituto general del concurso de personas. Entre los delitos contra el orden público del Código Penal ha sido añadida una incriminación autónoma para la participación en las actividades de una organización criminal (cap. 17 Sec. 1. CP). El modelo es el de los textos europeos y de las Naciones Unidas: en particular, se menciona la definición considerada supra de *asociación estructurada*⁸⁸; se hace referencia a los delitos graves como objeto del programa criminal, mencionando el valor umbral de la pena de prisión de al menos cuatro años (aunque sea suficiente incluso un solo delito objeto y se añaden también dos delitos específicos como posibles objetivos de la conducta criminal); se requiere además para la punibilidad que el delito objeto sea realizado cuanto menos en la forma de tentativa. Todavía, en el 2004, se ha declarado aplicables a la nueva incriminación las normas sobre la responsabilidad de las personas jurídicas (cap. 16 sec. 24 CP).

En los contenidos, el nuevo delito de participación en la organización criminal en Finlandia confirma la tendencia, en general más reconocida, hacia un enriquecimiento de las modalidades de conducta relevantes, que van más allá de la mera previsión del programa criminal: se especifica en efecto una variedad muy amplia de conductas, algunas de las cuales representan formas de participación expresamente tipificadas (como el prestar opinión legal u orientación financiera a la organización, o el financiar incluso indirectamente las actividades criminales)⁸⁹. Se clarifican en modo importante los informes con las valoraciones del delito objeto, especificando que la pena prevista

87 Ley N.º 59/2007, de 04/09 (23a *Alteração ao Código Penal*): art. 1 modifica el art. 299 CP con la adición parr. 5: "Para os efeitos do presente artigo, considerar-se que existe grupo, organização ou associação quando esteja em causa um conjunto de, pelo menos, três pessoas, actuando concertadamente durante um certo período de tempo".

88 Cap. 16 Secc. 1.ª, parr. 4 CP: "A criminal organisation refers to a structured association, established over a period of time, of at least three persons acting in concert to commit the offences referred to in subsection 1".

89 Cap. 16 Secc. 1.ª, parr. 1 CP: "A person who
(1) by establishing or organising a criminal organisation or by recruiting or attempting to recruit persons for it,
(2) by equipping or attempting to equip a criminal organisation with explosives, weapons, ammunition or with materials or equipment intended for their production or with other dangerous supplies or materials,

para la participación en la organización no se aplica cuando la contribución individual integral ya de por sí sea un delito de gravedad igual o mayor⁹⁰.

- c) La Decisión Marco UE del 2008 en tema de criminalidad organizada ha sido expresamente incorporada en España para insertar en el Código Penal (Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio) una norma específicamente dirigida a la organización criminal, junto a una serie de previsiones conexas en el ámbito de un nuevo y especial capítulo de *las organizaciones y grupos criminales*⁹¹. La nueva incriminación es posterior respecto a la precedente y ya mencionada previsión sobre las asociaciones ilícitas (art. 515): resalta de inmediato la definición de organización criminal ahora introducida, en términos de *agrupación de más de dos personas con carácter estable o por un tiempo indefinido, que en modo concertado y coordinado se reparten diferentes trabajos y funciones con el fin de cometer delitos, así como de llevar a término la realización reiterada de contravenciones*.

Si es evidente la analogía con el ya examinado modelo definitorio de origen supranacional, las diferencias expresivas están por un primer ámbito en el sentido de una mayor especificación de las modalidades requeridas: en lugar del atributo *estructurado* referido al grupo se especifica la necesaria división de trabajos y funciones entre sus componentes, a su vez fruto de concertación oportuna. Cabe señalar que se trata de la fórmula aquí mencionada como oportuno complemento en positivo de la definición supranacional sobre el punto (supra, 3.5). Además, la norma española requiere el carácter *estable* de tal agrupación, elemento que implica cualquier estructura que

- (3) by arranging, attempting to arrange or providing a criminal organisation training for criminal activity,
- (4) by obtaining, attempting to obtain or providing a criminal organisation premises or other facilities needed by it or means of transport or other equipment that is particularly important for the organisation,
- (5) by directly or indirectly giving or collecting funds to finance the criminal activity of a criminal organisation,
- (6) by managing financial affairs that are important for the criminal organisation or by giving financial or legal advice that is particularly important for the organisation or
- (7) by actively promoting the accomplishment of the aims of a criminal organisation in another substantial manner participates in the activities of a criminal organisation with the aim of committing one or more offences for which the maximum statutory sentence is imprisonment for at least four years or one or more of the offences referred to in chapter 11, section 8 or chapter 15, section 9, and if such an offence or its punishable attempt is committed, shall be sentenced for participating in the activity of a criminal organisation to a fine or imprisonment for at most two years. (1372/2003)".

90 Cap. 16 Secc. 1.ª, parr. 3 CP: "What is provided in subsection 1 does not apply if an equally or more severe penalty is provided elsewhere in law for the act".

91 Artículo 570-bis, 570-tercero, 570-cuarto CP español.

gobierna la vida del grupo. También, en cuanto a la relevancia del factor temporal, la posibilidad que esta sea establecida por *un tiempo indefinido* —y no solo por el tiempo— marca mejor la diferencia con un concurso de personas en un delito de duración.

Existen también puntos donde la versión española recientemente introducida es más amplia del correspondiente modelo supranacional⁹²: el programa criminal no debe comprender necesariamente delitos graves (en la acepción ya indicada de delitos sancionados con pena de prisión de al menos cuatro años) sino también *delitos* o una serie reiterada de *faltas*; la eventualidad que estos integren un delito grave (identificados por otra parte no en base al mencionado índice cuantitativo-sancionatorio, sino en términos cualitativos respecto a un elenco de bienes jurídicos afectados); por tanto se considera un factor agravante (art. 570-bis. 3). Por otra parte, no es necesario que los delitos objeto sean dirigidos a obtener un beneficio financiero o material, incluso indirecto, como en la definición de la Decisión Marco. Pero esto no parece que pueda definirse como una traición de la voluntad de armonización que la anima: en los considerandos iniciales del texto europeo está expresamente prevista la voluntad de no *perjudicar la libertad de los Estados miembros de clasificar otros grupos de personas con una finalidad distinta de aquella de obtener un beneficio financiero u otro beneficio material (considerando N.º 4)*.

En definitiva, la no identidad entre los dos textos no refleja nada más que la normal dialéctica entre los dos niveles normativos, y la utilización por parte del Estado español de aquel margen de apreciamiento nacional propio de gran parte de la producción normativa europea. Lo más importante, respecto al razonamiento aquí desarrollado sobre el impacto de la regulación de fuente europea en la materia, es más bien verificada si luego de la implementación interna de la Decisión Marco en España las normas de lucha contra las organizaciones criminales sean más similares o menos a aquellas de los otros Estados miembros y al estándar fijado por la Decisión Marco: la respuesta no parece que pueda ser negativa. Incluso porque en la misma intervención de modificación han sido introducidas normas en tema de colaboradores de justicia y de responsabilidad penal de las personas jurídicas, todavía una vez según una selección de temas y con contenidos sobre las líneas de las correspondientes normas en la ya citada Decisión Marco.

92 Estima por el contrario en global "el concepto de organización criminal empleado en el art. 570-bis CP bastante más amplio de aquel utilizado en la decisión marco" FARALDO CABANA, cit., N.º 3, 58 s., que sin embargo considera solo equivalente, y no más precisas y específicas, los aspectos relativos a la estructura organizativa.

- d) Un juicio análogo es formulado también respecto a otras cuestiones normativas en la materia, por ejemplo: en Grecia en referencia a la más esquemática formulación contenida en la ley sobre el crimen organizado de 1990⁹³, la actual incriminación contenida en el artículo 187 del Código penal ha introducido la referencia al *grupo estructurado*, de matriz supranacional y que expresa por consiguiente un aporte de especificación posterior respecto a la mera finalidad criminal colectiva⁹⁴. También en el Código Penal de Estonia, aprobado en el 2001 y modificado sobre el punto en el 2007, la norma referida a la participación en una organización criminal reproduce una estructura inequívocamente modelada sobre las normas de armonización UE y ONU en la materia⁹⁵.

5. Los ejemplos mencionados parecen suficientes para indicar al menos algunas señales significativas que las intervenciones de armonización europea en materia de incriminación de la participación en una organización criminal han motivado en la evolución reciente de los sistemas de los Estados miembros. Respecto a la situación de partida en la materia, que todavía veinte años antes aparecía como a *piel de leopardo* por la presencia de zonas de total ausencia de previsión *ad hoc* al lado de otras caracterizadas por normas ya detalladas sobre las particulares modalidades de manifestación de las organizaciones criminales, no puede decirse que hoy se encuentre frente a una capa uniforme y homogénea. Los modelos supranacionales de incriminación europea y de Naciones Unidas, sin embargo han realizado un proceso de aproximación entre los diversos sistemas penales sobre el punto de la definición de organización criminal, que ha disminuido las recíprocas diferencias.

Queda la gran división entre el modelo asociativo y el modelo conspirativo en cuanto a la incriminación de la conducta particular, respecto a la cual solo una decidida toma de posición en un nuevo instrumento de armonización podría marcar un cambio significativo a favor de una nítida separación entre la específica peligrosidad de la organización criminal compuesta por tres o

93 Ley N.º 1916 del 28.12.1990 "Sobre la protección de la sociedad contra el crimen organizado", que incrimina "Cualquiera que funde o participe en una organización o grupo de dos o más personas, con el objeto de cometer, en modo cumulativo o continuado" una serie de delitos expresamente enumerados por registro (cap. A art. 1 parr. 1). Cfr. KAREKLAS, "Griechenland, in Strafrechtsentwicklung in Europa", Eser/Huber (Hrsg.), vol. 4.1., Freiburg i. Br., 1993, pp. 564 y ss.

94 La norma incrimina a quien constiuye o está incluido como miembro en un grupo estructurado con una actividad continuada, que está constituido por tres o más personas y está dirigido a cometer los delitos previstos por las normas expresamente enumeradas.

95 "La participación en una organización permanente constituida por tres o más personas que condividen una distribución de funciones, creada por objeto de beneficio y cuyas actividades son dirigidas a la comisión de delitos de segundo grado para las cuales está prevista una pena de prisión de al menos tres años o delitos de primer grado, es punible con una pena de prisión de 3 a 12 años" (Par. 255 parr. 1 CP estones). Cfr. SOOTAK/KERKANDBERG, "Estland", in GROPP/SINN (Hrsg.), *Organisierte*, cit., N.º 17, 173 s.

más sujetos, que merece la autónoma incriminación, y el acuerdo entre solo dos personas, por tratar como formas de participación. Para permitir por otro lado un consenso amplio sobre una solución de este tipo un futuro instrumento de armonización podría limitar la parte dispositiva a la contribución individual aportada en una organización criminal compuesto por al menos tres miembros, y dejar al contrario a los Estados miembros particulares anclados en la tradición de *common law* la posibilidad de incriminar las formas de acuerdo en el ámbito de la respectiva regulación interna de la participación en el delito (tal vez explicando tal solución en los considerandos iniciales).

No se trata por otro lado de una fantasía académica: en el 2011 el Parlamento Europeo en una importante resolución sobre la criminalidad organizada ha expresado el auspicio por la adopción de una renovada medida de armonización en la materia⁹⁶. El documento por de más menciona expresamente la exigencia de superar algunos perfiles críticos hasta aquí señalados en los textos ya vigentes, por ejemplo: el precisar la delimitación de los delitos objeto de la asociación, no identificados a través de un nivel sancionatorio fijo, sino mencionando una lista mínima común de delito. Asimismo, se resalta la necesidad de superar el dualismo en el modelo de responsabilidad (organizativo/conspirativo) empleado para incriminar al grupo criminal (par. 7).

Para permitir un enfoque de los problemas puestos por la organización criminal fundado sobre adecuados conocimientos, el texto prefiguraba también la institución de una comisión *ad hoc* del Parlamento Europeo (par. 15). El órgano ha sido efectivamente activado en el 2012: la Comisión especial sobre el crimen organizado, la corrupción y el lavado de dinero tiene entre sus funciones el analizar y valorar el estado de actuación de la legislación de la Unión en materia de criminalidad organizada, corrupción y lavado de dinero, también de las relativas a la política.

Más allá de algunos puntos críticos en el texto de la mencionada resolución que prefiguraba la institución —tales como la desatención al perfil de la prevención, de las garantías y al aspecto sancionatorio⁹⁷— se trata sin duda de una ocasión importante para proseguir en el esfuerzo de armonización de las incriminaciones en la materia: el auspicio es que una adecuada consideración de las insustituibles experiencias de los operadores más directamente en contacto con las manifestaciones del fenómeno no quede dissociada de

96 Parlamento Europeo Resolución P7_TA(2011)0459 (Rel. S. Alfano) aprobada por la Asamblea Plenaria el 25.10.2011 (publicada en *Per un contrasto europeo*, cit., N.º 8, 307 s.)

97 A propósito remito en cuanto he observado en "Criminalità organizzata transnazionale", cit., N.º 1, 822 s. Cfr., también BALSAMO-LUCCHINI, "La risoluzione del 25 ottobre 2011 del parlamento europeo: un nuovo approccio al fenomeno della criminalità organizzata", in <www.penalecontempo-raneo.it>, pp. 3 y ss.

una meditada evaluación comparada de las normativas nacionales y de las respectivas tradiciones constitucionales, también gracias a estudios *ad hoc*⁹⁸.

98 Al respecto, ha sido fructuoso el estudio que ha conducido a la propuesta de incriminación de la participación en la organización criminal en el ámbito del Proyecto común europeo de lucha contra la criminalidad organizada: en la imposibilidad de ilustrar aquí nuevamente las razones de pro y contra (para las cuales se remite a "Punibilità", cit., N.º 1, 204 s.; y también a PAPA, "Un modello comune europeo per il contrasto dei gruppi criminali organizzati: meriti e limiti di un diritto uniforme alla luce dell'analisi comparatistica", in *Criminalità transazionale fra esperienze europee e risposte penali globali*, Milano, 2005, pp. 231 y ss., pp. 238 y ss.; y GRASSO, *Le risposte penali globali: la Convenzione ONU contro il crimine organizzato transnazionale*, IVI, pp. 401 y ss.) me limito de proseguir a referir el texto:

1. La participación en una organización criminal está sancionada en los sistemas penales de los Estados miembros de la Unión Europea.
2. Participa en una organización criminal quien aporta una contribución no ocasional a la realización de los delitos objeto de las actividades de la organización o al mantenimiento de sus estructuras operativas, cuando sea consciente de reforzar así la capacidad para delinquir de la organización, esto es de volver más probable o más rápido la consecución del programa criminoso o de incrementar el grado de realización.
3. Por organización criminal se entiende una colectividad de sujetos, que presente un núcleo mínimo de tres personas, sea articulada según una división de las funciones y opere cuanto menos también al interior de uno o más de los Estados miembros a través de la realización de delitos cualificables como graves. Los ordenamientos particulares de los Estados miembros velan para determinar la gravedad de los delitos que, por niveles sancionatorios, frecuencia de realización o alcance de los efectos dañinos o peligrosos, destaca en los fines de la presente norma mínima común. En cada caso, son considerados tales los delitos que prevén las conductas de homicidio doloso, secuestro de persona, tráfico de estupefacientes, lavado, corrupción, tráfico de seres humanos. Donde las actividades criminosas de la organización se extienden a más Estados miembros, es competente el sistema penal en el cual la organización ha iniciado a operar. En el caso en el cual esto no se pueda determinar, es competente el sistema penal en el cual por vez primera ha sido ejercitada la acción penal en contra de la organización criminal.
4. Las penas por la sola participación en la organización criminal no pueden superar la mitad de las penas previstas por el delito más grave que entra en el programa criminoso de la organización. Las penas son aumentadas por la mitad para quien participa en una organización criminal que desarrolla sus actividades propias en más Estados miembros o que adopte la intimidación difusa como método sistemático.
5. Para aquellos que constituyen la organización o dirigen las actividades criminales la pena no puede ser inferior al triple de la pena prevista por la simple participación. En organizaciones altamente estructuradas y jerárquicamente conducidas los jefes responden de los delitos cometidos por los miembros de la organización, excepto que el delito cometido por estos constituya una consecuencia imprevisible respecto de la actividad criminosa que es objeto de la organización.
6. En caso de personas jurídicas, la responsabilidad por la participación en una organización puede fundarse sobre la transformación de la actividad institucional encubierta para realizar el programa de acción de una organización criminosa. En tal caso las relativas sanciones, en contenido pecuniario, interdictivo, extintivo, podrán afectar también a la persona jurídica, compatiblemente con los principios jurídicos de los ordenamientos de los Estados miembros.
7. Los participantes en la organización que se esfuerzan seriamente por impedir las actividades criminosas o que comunican a la autoridad noticias relevantes sobre la constitución, la existencia o las actividades del grupo criminal tienen derecho a una atenuante especial de pena no inferior a la mitad de la sanción prevista por la participación en la organización. La punibilidad puede también ser excluida cuando el aporte cognoscitivo proporcionado por el colaborador sea resultado determinante para impedir la prosecución de las actividades criminales del grupo o para impedir la prosecución de las actividades del grupo criminal o para dismantelar la organización criminal.

Por un lado, se evitarían así huidas hacia adelante hasta soluciones unificadoras, que podrían desencadenar procesos de rechazo por parte de la realidades nacionales que mantienen diversas sensibilidades en las materias; por otro lado, se aumentaría al mismo tiempo la conciencia común del aporte que el proceso de aproximación de los sistemas penales puede dar para una más justa y eficaz acción de lucha contra la criminalidad organizada.

Que se trate de un paso lejos de ser fácil, ello está comprobado por el recorrido hasta ahora realizado por la mencionada Comisión especial. Por último, esta ha aprobado (el 17/05/13) un texto por los contenidos estrictamente amplios y que toca manifestaciones muy diversas de la criminalidad organizada (Informe sobre la criminalidad organizada, la corrupción y el lavado de dinero: recomendaciones en mérito a las acciones e iniciativa por emprender (informe intermedio) 2012/2117 (INI) documento de sesión A7-0175/2013, Comisión especial sobre la criminalidad organizada, la corrupción y el lavado de dinero. Relator: S. Iacolino).

Luego un prólogo que extiende sobre los perfiles más diversos de las potenciales causas del fenómeno y sobre las menos próximas consecuencias de su difusión, el informe —en cuanto al aspecto más atinente al presente trabajo— por un lado reconoce la existencia de un estudio sobre la implementación de la Decisión Marco del 2008, pero por otro lado invita a la Comisión a formular una definición común de criminalidad organizada, que comprenda también la asociación de carácter mafioso, para hacer valer para todos los Estados miembros. A pesar de que la referencia parecería reenviar a las características que tal incriminación asume en el contexto italiano, la sucesiva especificación de los caracteres deja emerger una variedad de perfiles que la destacan por la formulación expresa de la correspondiente norma italiana. En particular, el texto requiere que se establezca *la vocación empresarial* y se demuestre *la fuerza intimidadora del grupo criminal*. Por demás, esto debería ser hecho *teniendo en cuenta el art. 2 lit. de la Convención de las Naciones Unidas contra la criminalidad organizada transnacional*.

No se puede sin embargo desatender que en tal fuente no se hace referencia, como requisitos constitutivos de la definición de grupo criminal organizado, ni a la vocación empresarial de este último, ni a su fuerza intimidadora. En efecto, estos elementos, pudiendo representar formas de manifestación de las organizaciones criminales, no parecen ser requisitos en ausencia de los cuales no se pueda demostrar la específica peligrosidad de la organización criminal. Esta última puede en efecto operar también mediante formas de corrupción que no necesitan de intimidación, sino se fundan sobre el intercambio de favores recíprocos entre las partes. Por otro lado, el recurso a la intimidación puede ser desvinculado por un inmediato fin de explotación económica de las víctimas (como en el *racket* de la extorsión), para ser abordado más bien para adquirir o a mantener una posición de fuerza en un contexto ilícito

contra la presencia de otros grupos criminales (como en el tráfico de estupefacientes).

Por otra parte, los caracteres señalados por el Informe de la Comisión al estado actual no llegan ni siquiera al alcance del objetivo —declarada al contrario por el acto de su toma de posición— de superar el modelo dualístico de incriminación en la materia y de excluir la punibilidad del mero acuerdo entre dos personas, según la tradición de la *conspiracy* anglosajona: una barrera tal debería hacerse explícita y adecuadamente motivada, el que parezca del todo ausente en la larga parte de los considerandos iniciales, que se aborda sobre los perfiles mucho menos centrales del tema.

No se trata que de los pocos aspectos respecto a un texto tenga solo carácter de orientación política, sino que parezcan de todos modos suficientes para señalar posteriormente la delicadeza que presenta la formulación de una incriminación de fuente europea en materia de organizaciones criminales, para confirmar lo que la presente contribución ha buscado motivar.

LA LUCHA CONTRA LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA Y RESPETO DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EUROPA*

Paola Maggio

Investigadora postdoctoral de Derecho Procesal Penal
Universidad de Palermo (Italia)

SUMARIO: 1. Premisa. 2. Las estrategias de lucha y de armonización. 3. Una visión eurounitaria del crimen organizado. 4. Los instrumentos del combate a los patrimonios ilícitos. 5. Las intervenciones en el frente de investigación: el reforzamiento de la fiscalía europea y la orden de investigación europea. 6. La eficacia de *Eurojust* en algunos resultados de aplicación. 7. Derechos Humanos y respuesta penal.

1. PREMISA

En Italia, las relaciones entre criminalidad organizada y sistema procesal penal han sido normalmente abordadas desde una perspectiva nacional, particularmente amparadas por el marco normativo interno y las características excepcionales o derogatorias de los instrumentos en su lugar¹.

Hoy, el aumento exponencial del fenómeno exige una dimensión más amplia de análisis, pues está ligado al desarrollo transnacional y a la capacidad de condicionamiento político y financiero de las estructuras criminales que, insertándose con posiciones de poder en el normal funcionamiento de la sociedad, son consideradas una amenaza para los derechos, para la democracia y para la paz². A razón de esto, se ha establecido la necesidad de estrechar las profundizaciones sobre los aspectos "normativos" y sobre los resultados de aplicación nacionales el examen de los impulsos supranacionales, y en particular europeos, en una óptica de sistema penal integrado³. En

* Traducción a cargo de Miguel A. Girao Isidro.

1 AA.VV., *Processo penale e criminalità organizzata*, a cura di GREVI, V., Bari, 1993; AA.VV., *Oralità e contraddittorio nei processi di criminalità organizzata*, Milano, 1999.

2 Cfr. FERRAJOLI, L., *Criminalità organizzata e democrazia*, in *Studi quest. crim.*, 2010, pp. 15 y ss.

3 Cfr. RUGGERI, A., "Sistema integrato di fonti e sistema integrato di interpretazioni, nella prospettiva di un'Europa unita", in ID., *Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti*, XIV, Torino, 2010, pp. 185 y ss.

este contexto, está ante todo el surgimiento de la fuerte exigencia de combatir el dato criminal en las formas de la prevención y de control, acompañada por una significativa voluntad de armonizar y hacer homogéneas las legislaciones nacionales.

Aparecen significativas, también, las instancias de defensa social a gran escala hasta las amenazas representadas por graves formas de criminalidad organizada. Igualmente importantes son las prohibiciones operativas de algunos institutos relacionados con las investigaciones transnacionales y los informes jurisdiccionales entre autoridades de países diversos, en el sentido de una lenta superación de las dificultades operativas y de una siempre mayor exigencia de consolidación de las instituciones existentes. Se refuerza, además, la exigencia de control centralizado de las informaciones con la creación de una *data base* europea en materia de crimen organizado, modelada sobre el esquema que ya se tiene uso en Italia⁴.

Si se examinan, en particular, las influencias de la normativa y de la jurisprudencia europea sobre los modelos nacionales, se encontrará una especie de influjo “biunívoco”. Por una lado, en efecto, la armonización del derecho interno con el de los otros Estados miembros condiciona los sistemas nacionales y los orienta a construir los intereses de la Unión Europea; por el otro, el valioso *background* de algunas experiencias nacionales (me refiero, sobre todo, a la italiana) termina por producir modelos exportables en toda la vertiente europea: fuertes notas de homogeneización se manifiestan, por ejemplo, en el sector de las medidas de prevención, o en la identificación de nuevos instrumentos de investigación

Al mismo tiempo, parece siempre imponerse más un fortalecido interés hacia el respeto —también sobre este aspecto— por los derechos procesales fundamentales, de acuerdo con una visión antropocéntrica del sistema penal, que no puede desatender el derecho a la intimidad de los ciudadanos⁵. Por estas razones, en el creciente europeísmo judicial, abierto igualmente a los estímulos de la *jurisprudencia fuente*⁶, se perfila la necesidad de verificar la

4 ZANOTTI, D., “Moving forward on judicial cooperation in Europe: can the Italian anti-mafia database be taken as an example?”, in <<http://bit.ly/1Yd6zdJ>>, 8 giugno 2015.

5 Las problemáticas son afrontadas por ZANOTTI, D., “Moving forward on judicial cooperation in Europe: can the Italian anti-mafia database be taken as an example?”, cit., pp. 15 y ss. En argumento, DI PAOLO, G., “La circolazione dei dati personali nello spazio giudiziario europeo dopo Prüm”, in *La cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale nell'Unione Europea dopo il Trattato di Lisbona*, a cura di Rafaraci, T., Milano, 2011, p. 186.

6 Visión aguda del fenómenos son ofrecidas por DONINI, M., *Europeismo e scienza penale*, Milano, 2011, pp. 49 e ss. y por MILITELLO, V., “L'identità della scienza giuridica penale nell'ordinamento multilivello”, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2014, pp. 106 y ss.; Instituciones sobre el aspecto procesal se deben a RUGGIERI, F., “Prolegomeni ad un diritto penale e processuale europeo”, in *Cass. pen.*, 2005, p. 2783. Sobre las dificultades del proceso de armonización y de las resistencias de los Estados en la materia se refiere SPENCER, J.R., “The Green Paper on obtaining evidence from

cabida de las garantías procesales, con respecto a las disposiciones específicamente dictadas para estas fenomenologías criminales y a las respuestas judiciales de sector.

2. LAS ESTRATEGIAS DE LUCHA Y DE ARMONIZACIÓN

Tradicionalmente, la intervención de la Unión Europea en materia de criminalidad organizada ha sido traducida en la emanación de una serie de decisiones marco, inspiradas por la exigencia de armonización de los diferentes sistemas nacionales y de lucha contra la criminalidad en una óptica de cooperación y mutuo reconocimiento de las decisiones judiciales⁷. Para evitar insidiosas formas de *forum shopping*, debidas a las reglamentaciones nacionales, muy diversas las unas de las otras bajo el perfil de la homogeneidad de los delitos y de las relativas sanciones, las fuentes europeas han utilizado una noción amplísima de criminalidad organizada en la que han sido reconducidas, también, crímenes económicos, delitos de falsedad, corrupción, fraudes fiscales y comunitarios⁸.

El proceso de armonización de las normas incriminadoras nacionales,⁹ sobre todo, se ha propuesto el objetivo de hacer homogénea la descripción de los elementos constitutivos de delito, con referencia a la tipología de los ilícitos y a los niveles sancionatorios, manifestando una atención constante hacia los instrumentos dirigidos a realizar el mutuo reconocimiento¹⁰.

Este objetivo está expresado en el artículo 1 de la Decisión Marco del 24 de octubre de 2008 (2008/841 GAI), relativa a la lucha contra la criminalidad organizada, en la cual está contemplada una noción de organización criminal derivada del texto de la Convención de Palermo del 2000¹¹. Considerando las tradiciones normativas en materia de delito asociativo, propias de los países anglosajones, basadas sobre el *common law*, la Decisión Marco ha acogido

one Member State to another and securing its admissibility: the Reaction of one British Lawyer", in <<http://bit.ly/1J53Tlo>>, 9, 2010, pp. 604 y ss.

7 Cfr. Decretos Legislativos N.ºs 61/2010, fijan disposiciones para conformar el derecho interno de la Decisión marco 2008/909/GAI, en tema de reconocimiento de ejecución de las sentencias penales extranjeras.

8 Se ve, al respecto, el Plano de acción de la Unión Europea contra la criminalidad organizada, aprobado por el Consejo europeo de Amsterdam, el 16-17 de junio de 1997, en GU C 251 del 15.8.1997, p. 1.

9 Legible en: <<http://bit.ly/1P17607>>.

10 La Decisión marco 2008/841 GAI ha sustituido la acción común 98/733/GAI del 21 de diciembre de 1998 sobre la punibilidad de la participación en una organización criminal, orientado a reforzar la lucha contra la criminalidad organizada al interior de la Unión europea.

11 *United Nations Convention against Transnational Organized Crime*, 13 de diciembre de 2000 (llamada Convención de Palermo), incluida a nombre de la Comunidad europea con la Decisión 2004/579/CE del Consejo.

una acepción amplia de conductas punibles, para incluir, también, aquellas estructuras según el modelo de la *conspiracy*¹².

Las consecuencias procesales de estas elecciones se reflejan sobre la estructura de la imputación de los delitos asociativos transnacionales. También, la capacidad de estas fenomenologías criminales de proyectarse en diversos países implica dificultades muy serias en la identificación de la jurisdicción, que está tradicionalmente anclada al territorio de un Estado miembro, en el cual son cometidos (totalmente o parcialmente) los delitos y se prescinde del lugar en el cual la asociación criminal está establecida o tiene sus bases. Las líneas de Política Criminal, contenidas en la *Council conclusions setting up the Euro priorities for the fight against organised crime based on the OCTA (Organised Crime threat assessment and the related action plan)*, muestran un llamado urgente, dirigidos a los Estados miembros y a los organismos de la Unión para combatir el crimen transnacional, con el fin de tomar en cuenta los resultados de los análisis realizados por *Europol* y resumidos en el OCTA, y convertirlos en iniciativas estratégicas y operativas.

Según el Consejo europeo, la lucha contra el crimen organizado debe, en efecto, servir para reducir el potencial de amenaza y los daños contra los Estados de derecho. Por lo demás, la necesidad de un tratamiento unitario de estos fenómenos con medidas mayormente capaces de influir en las particulares legislaciones nacionales en la materia se ha visto corroborada, sea en el Tratado de Lisboa, sea en los resultados de la Conferencia de Estocolmo.

El Tratado de Lisboa ha confirmado la elección ya a su tiempo operada en oportunidad de la Cumbre de Tampere de 1999 (concl. 33-36) y ha consagrado el principio fundamental del mutuo reconocimiento de las decisiones judiciales (art. 82 TFUE). La perspectiva del acercamiento de las disposiciones legislativas y reglamentarias entre los Estados miembros es instrumental para el reforzamiento de la confianza recíproca entre las autoridades judiciales de los países miembros. Esta constituye condición esencial para la aplicación de los instrumentos basados sobre el mutuo reconocimiento. El título V de TFUE contiene significativas innovaciones en el sector de la cooperación judicial penal (cap. IV, arts. 82-86), cuya actuación se dirige a producir ulteriores progresos en la construcción del espacio de libertad, seguridad y justicia, mediante la superación del método llamado intergubernativo y la introducción de nuevos mecanismos de producción normativa.

En lo que respecta a los aspectos de derecho penal sustancial, conforme el art. 83 TFUE, el Parlamento europeo y el Consejo, con arreglo a las directivas y según el procedimiento legislativo ordinario, podrán establecer normas comunes mínimas relativas a la definición de los delitos y de las sanciones en

12 El artículo 2 de la Decisión marco 2008/841 GAI del Consejo del 24 de octubre de 2008 describe las conductas penalmente relevantes.

esferas de criminalidad particularmente graves que presentan una dimensión transnacional, derivadas del carácter o de la implicación de tales delitos o de una particular necesidad de combatirlos sobre bases comunes. Entre dichas esferas (además del terrorismo, la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y de menores, el tráfico ilícito de estupefacientes, el tráfico ilícito de armas, el blanqueo de dinero, la corrupción, la falsificación de medios de pago y la criminalidad informática) está comprendida, también, la criminalidad organizada.

En el segundo párrafo del art. 83 TFUE, las competencias no son identificadas por sectores específicos, sino son relacionadas por la aproximación de las disposiciones legislativas y reglamentarias, con el único límite representado por el hecho de que el sector haya sido ya objeto de medidas de armonización. En este contexto, se adoptan Directivas, dirigidas a introducir normas mínimas relativas a la definición de los delitos y de las sanciones, cuando la aproximación de las legislaciones resulte indispensable para garantizar la actuación eficaz de una política de la Unión.

El artículo 83 TFUE prevé, en los párrafos 1 y 2, específicos y expresos ámbitos de competencia penal de la UE, sea con fines de lucha contra formas de criminalidad particularmente graves y a menudo por su naturaleza transnacional, sea expresión del poder ya reconocido a la UE por la jurisprudencia de la Corte de Justicia¹³, con el fin de favorecer el alcance de los objetivos que tienden normativas extrapenales, emitidas por la UE para regular algunas materias del ex “primer pilar”. Este poder según el artículo 83, se deberá por consiguiente expresar mediante directivas, o instrumentos legislativos que exigen la actuación en los ordenamientos internos con normativas nacionales. No obstante, la formulación del art. 83 representa ciertamente un paso fundamental hacia la creación de un verdadero y propio derecho penal europeo¹⁴.

Surge constantemente la voluntad de potenciar progresivamente las funciones de *Eurojust* con posibilidad de incoar las investigaciones, y con un reforzamiento de los poderes de coordinación de las investigaciones supranacionales, a través del expreso reconocimiento del poder de prevenir y resolver los conflictos de jurisdicción. Se desea resolver, en particular, la limitada capacidad del organismo para formular propuestas, dirigidas a las autoridades nacionales competentes, para el inicio de investigaciones penales. Indicación de este tipo procede ya del *Plazo de acción para la actuación* del Programa de

13 La referencia es por ejemplo de la Corte de Justicia, 13 de setiembre de 2005 en el caso C-176/03, en materia de tutela del ambiente.

14 Sobre el tema PICOTTI, L., “Limiti garantistici delle incriminazioni penali e nuove competenze europee alla luce del Trattato di Lisbona”, in AA. VV., *L'evoluzione del diritto penale nei settori di interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, a cura di Grasso, G./ L. Picotti / R. Sicurella, Milano, 2011, pp. 212 y ss.; BERNARDI, A., “La competenza penale accessoria della Unione Europea: problemi e prospettive”, in *Dir. pen. contemp. Riv. trim.*, 2012, 1, pp. 43 y ss.

Estocolmo, habiendo, entre otras cosas, la Comisión Europea fijado la adopción de una propuesta de reglamento para el otorgamiento de las funciones de *Eurojust*¹⁵. Más recientemente, estas estrategias han sido confirmadas por el Consejo europeo de los jefes de Estado y de Gobierno reunidos en Ypres, el 26 y 27 de junio de 2014.

Cabe señalar, luego, que a partir del Programa de Estocolmo, aprobado por el Consejo Europeo del 10 y 11 de diciembre de 2009, en la óptica de un ulterior desarrollo de un área de libertad, seguridad y justicia, se ha propuesto una acción concertada de las instituciones europeas, constantemente orientadas hacia la tutela de los intereses y de las necesidades de los ciudadanos, para la promoción y el respeto de las libertades fundamentales, en el contexto de un elevado *standard* de seguridad europea (punto 1.1).

Las materias de cooperación de policía y judicial penal estaban interesadas por las previsiones de los puntos 3 (*A Europe of law and justice*), 4 (*A Europe that protects*) y 7 (*The role of Europe in a globalised world – the external dimension*) del Programa. Por lo tanto, la Comisión y el Consejo han sido llamados, primero, para asegurar una plena e integral actuación de los instrumentos ya existentes, también, mediante un atento monitoreo de los procedimientos de implementación nacional en los diversos Estados miembros, con el fin de asegurar una mayor integración y coherencia sobre el plano interno (punto 1.2.4). En este diseño originario, el Consejo fue llamado a definir un nivel común europeo de sanciones máximas para crímenes particularmente graves. Paralelamente, sobre el plano procesal, se sugería la creación de un sistema general, incluyendo medidas basadas sobre el principio del mutuo reconocimiento en sustitución de mecanismos centrados, predominantemente, sobre el sistema de las rogatorias (punto 3.1.1.).

El impulso “político” ha transferido a la Comisión y al Consejo el objetivo de utilizar más eficazmente agencias y organismos como *Europol*, *Eurojust*¹⁶ y *Frontex*, mediante su implicación sistemática en los casos investigativos transnacionales de mayor relevancia, y no solamente para los delitos de terrorismo (punto 4.3.1). Del mismo modo, los organismos de la Unión han sido llamados a adoptar iniciativas dirigidas a reforzar el uso, en lo apropiado, de

15 La iniciativa relativa para su institución incumbirá al Consejo, que deberá actuar según un especial procedimiento legislativo, por unanimidad y luego de haber obtenido el consenso del Parlamento europeo.

16 Cfr., las líneas de acción del instituto esbozadas en el *Eurojust's Multi-annual Strategic Plan, 2012-2014* (<http://bit.ly/1O3sxAF>), sobretudo inspiradas por la recíproca confianza y por el recíproco reconocimiento, por la cooperación y por la coordinación con las otras agencias y órganos dedicados en la aseguración de la libertad, seguridad y justicia en Europa. Significativo incluso el rol de conector de las *best practices* y de intercambio con las autoridades nacionales con el fin de contrarrestar los crímenes más graves. La implementación de los instrumentos de cooperación judicial se une al potenciamento de los intercambios de información en un contexto ampliamente inspirado por la confianza.

los equipos de investigación comunes¹⁷. La acentuación de estos aspectos de *operational cooperation* estaba perfectamente en línea con la acción expresa de la UE a través de los actos normativos adoptados sobre el final de 2008¹⁸. No obstante, en el sugerido fortalecimiento “formal” de las estructuras, se encuentran todavía muchas dificultades en la actuación concreta de los organismos de investigación europea.

En efecto, la regulación institucional y la organizativa del Ministerio Público europeo son genéricas y, al mismo tiempo, resultan sin resolver muchos de los nudos, puestos especialmente por el segundo párrafo del artículo 86, sobre el ejercicio de una competencia penal directa de la Unión Europea¹⁹. La referencia a los intereses financieros dificulta, posteriormente, el marco, lo que deja perfilar convergencias y superposiciones con la OLAF (Oficina Europea de Lucha contra el Fraude) y hace necesarias ulteriores conexiones y acciones de coordinación.

Además, como es normalmente subrayado por la Comisión europea, la acción del derecho penal de la Unión Europea, junto a los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, debe ser orientada por el máximo respeto de los derechos humanos²⁰. Este último objetivo impone un análisis de los institutos particulares que no se detenga exclusivamente sobre las características y sobre las potencialidades de la comprobación, sino que vea el constante respeto de las garantías procesales fundamentales.

3. UNA VISIÓN EUROUNITARIA DEL CRIMEN ORGANIZADO

La Resolución sobre la criminalidad organizada en la Unión Europea, adoptada por el Parlamento Europeo el 25 de octubre de 2011, es simbólicamente expresiva de la estrategia delineada²¹. En ella, aprobada por larguísima mayoría, se condensan muchas de las líneas guías delineadas y se reafir-

17 La Ley del 9 de julio de 2015, N.º 114 de Delegación al Gobierno para la adaptación de las directivas europeas y la actuación de otros actos de la Unión europea, permitirá finalmente actuar los marcos investigativos comunes supranacionales, de conformidad con la Decisión marco N.º 2002/465/GAI. Sobre el tema VITALE, A., “Le squadre investigative comuni”, in Aa.Vv., *La circolazione investigativa nello spazio giuridico europeo: strumenti, soggetti, risultati*, a cura di Filippi, L., / P. Gualtieri / P. Moscarini / A. Scalfati, Padova, 2010, pp. 67 y ss.; PONTEDURO, S., “Le squadre investigative comuni: un nuovo strumento di cooperazione giudiziaria”, in *Cass. pen.*, 2012, p. 3566.

18 Es directa para el potenciamiento de *Europol* la decisión 2009/371/GAI del 6 de abril de 2009, que sustituye integralmente la Convención de 1995.

19 La disposición prevé que la Fiscalía europea es competente para detectar, perseguir y aperturar juicio, eventualmente en colaboración con *Europol*, a los autores de los delitos que infringen los intereses financieros de la Unión.

20 Comunicación, Com (2011) 573 de la Comisión europea, 20 de setiembre de 2011.

21 La Resolución del Parlamento europeo del 25 de octubre de 2011 sobre la criminalidad organizada en la Unión europea (2010/2309(INI)) está integralmente legible en el sitio: <<http://bit.ly/1bAyXi8>>.

man algunas indicaciones particularmente interesantes. Se perfila, primero, la necesidad de una extendida sensibilización de la opinión pública hacia esta tipología de fenómenos²², se evidencia el tratamiento autónomo de la criminalidad organizada respecto al terrorismo, se sugieren la incriminación de la participación en una organización criminal y la previsión de un delito de asociación de carácter mafioso²³, con principal atención, también, de los delitos en el sector ambiental. Desde este punto de vista, el Parlamento ha solicitado a la Comisión evaluar la abolición del actual doble enfoque (que criminaliza, sea la participación, sea la conspiración) y de identificar una serie de delitos típicos para los cuales, independientemente de la pena máxima prevista en los ordenamientos de los Estados miembros, sea configurable tales hechos jurídico penales (punto 7).

Se trata indudablemente de un planteamiento distinto respecto del pasado: basta pensar en la ya mencionada definición de participación en una organización criminal contenida en el art. 5 de la Convención ONU de Palermo del 2000 o en el art. 2 de la Decisión Marco 2008/841/GAI del Consejo. Ambos, en efecto, consideran delito tanto la participación como el comportamiento consistente en un acuerdo o en un conceso para establecer, o una organización criminal, o una asociación estructurada; es decir, la *conspiracy*, figura típica de los ordenamientos de *common law*.

La indicación del Parlamento europeo intenta superar la incompatibilidad de la previsión de la *conspiracy* con los ordenamientos de *civil law*, dado la elevada indeterminación de la misma, normalmente utilizada como instrumento de anticipación de la tutela en delitos plurisubjetivos o de agravación de la responsabilidad por delitos consumados en contextos organizados. Son además evidentes, en este frente, los efectos sobre la carga de la prueba, cuando el delito-objeto realizado por los asociados precede de difícil y problemática demostración.

Se privilegia una solución inspirada en el principio de legalidad-determinación de los hechos jurídicos penales, aprovechando máximamente el *background* ofrecido por la previsión delictuosa de la asociación para delinquir de tipo mafioso, contenida en el art. 416 *bis* CP italiano. Son, en efecto, replanteadas las connotaciones de la *fuerza de intimidación* y de la capacidad de la asociación de incidir sobre el sistema económico, administrativo, electoral y de los servicios públicos (punto 14). Es central la exigencia de combatir al

22 En esta óptica deben insertarse la institución en el ámbito del Parlamento europeo, de una "Comisión especial sobre la difusión de las organizaciones criminales que actúan a nivel transnacional"; la creación de un Forum europeo de las asociaciones de los familiares de las víctimas, el reforzamiento del rol de la sociedad civil y de sus formas de *partnership* con el sistema judicial y las fuerzas del orden.

23 En el punto 2 de la Resolución se lee en efecto, que *la criminalidad organizada [debe] ser tratada autonomamente respecto del terrorismo*, superándose la tendencia a un tratamiento unitario de dos fenómenos sobre el plano de los instrumentos normativos de combate.

fenómeno a través de estrategias de tipo horizontal que interrumpen los nexos entre la criminalidad organizada y corrupción, con especial referencia a las responsabilidades de las clases dirigentes en la consolidación del fenómeno (puntos 5 y 33). La atención al aspecto económico deriva de la conciencia criminológica de la amplia difusión, en el contexto europeo,²⁴ de los intereses mafiosos tanto para imponer hacia el futuro reglamentaciones destinadas a impedir que empresas ligadas a la criminalidad organizada o a las “mafias” participen en licitaciones públicas o contratos.

La actitud represiva contra los autores se resume por la actitud “comprensiva” en contra de las “víctimas” emergentes del sostenimiento financiero para la continuación de la actividad empresarial por los sujetos expuestos a las extorsiones (punto 43), sino también por el *favor* mostrado hacia los testigos y los colaboradores de justicia, informantes y para sus familias, reconociendo un *status* jurídico transnacional europeo en sus condiciones de “debilidad”, a través de la creación de un fondo europeo destinado a la tutela y asistencia de las víctimas y de los testigos (punto 12).

Estos últimos principios encuentran correspondencia en aquellos contenidos de la Directiva 2011/36/UE, (relativa a la prevención y a la represión de la trata de personas y a la protección de las víctimas), que sugiere un enfoque global centrado sobre los derechos del reo y de la víctima. Junto a los objetivos de represión de los fenómenos, se sitúan, en efecto, posteriores finalidades de prevención o de particular garantía para la reinserción social de las víctimas y se prevén una serie de disposiciones sobre la asistencia de las mismas²⁵. Para ser exactos, estos perfiles son de gran importancia en la temática del combate a las asociaciones criminales. La comprobación “transnacional” de estos ilícitos, que implica los organismos europeos y las autoridades nacionales, es a menudo muy compleja. En particular, es muy difícil trazar una línea neta de demarcación, —sobre todo, al inicio de las investigaciones— entre víctima e investigados, con inevitables repercusiones derivadas de la mutación de autor a víctima del sujeto que cae en las mallas del procedimiento penal.

La experiencia siciliana demuestra cómo durante las agitadas operaciones de “desembarco” de inmigrantes ilegales sobre las costas, es muy difícil distinguir a las personas perjudicadas respecto de la esfera de los criminales

24 Entre las propuestas surgía también en lo que respecta a la Comisión para llevar a cabo, hasta junio de 2013, con la colaboración de *Europol* y *Eurojust*, un estudio para calcular el impacto económico negativo en la Unión europea de la criminalidad organizada transnacional (punto 16). Sucesivamente, se señala en la misma dirección la Resolución del Parlamento europeo del 23 de octubre de 2013 sobre la criminalidad organizada, la corrupción y el lavado de dinero: recomendaciones en mérito a las acciones e iniciativas para realizar (informe final) (2013/2107(INI).

25 Nos referimos a la Directiva del Parlamento europeo y del Consejo del 5 de abril de 2011 (2011/36 UE) concerniente a la prevención y represión de la trata de seres humanos y la protección de las víctimas), que ha sustituido la Decisión Marco del Consejo 2002/629/GAI.

“traficantes” que transportan a los inmigrantes desde las costas africanas a las europeas. Se registra una intercambiabilidad de los dos roles con numerosos casos de víctimas que realizan actividades criminales en consecuencia del delito. Están surgiendo, también, fenómenos de colaboración procesal de sujetos responsables de tráfico internacional de seres humanos, que implican en la causa a otros cómplices e imponen frecuentemente la realización de investigaciones relacionadas en el contexto europeo con formas de verificación patrimonial transnacional²⁶.

4. LOS INSTRUMENTOS DEL COMBATE A LOS PATRIMONIOS ILÍCITOS

Como se comprende, las manifestaciones criminales organizadas, que actúan en el frente europeo, escapan de encuadramientos unitarios y asumen conformaciones variadas, lo que produce la superación de los modelos vetustos de las usuales mafias “estatales” e impone continuos ajustes de los instrumentos de combate. Entre estos instrumentos, revisten un rol absolutamente central las medidas patrimoniales. Ya en las líneas de diseño de la Propuesta de directiva marco sobre el procedimiento de incautación y de decomiso de los productos del delito²⁷, se preveía la elaboración de normas que permitieran el uso de instrumentos eficaces como el decomiso ampliado y el decomiso en ausencia de condena, la atenuación de la carga de la prueba sobre el origen de los bienes en posesión de las personas condenadas o imputadas por delitos conexos a la criminalidad organizada, el decomiso en el caso de registro de bienes a terceros (punto 8); la introducción en los ordenamientos nacionales de instrumentos para atenuar, en el ámbito del derecho penal, civil o fiscal, según los casos, la carga de la prueba en cuanto concierne el origen de bienes detenidos por una persona imputada de un delito conexo a la criminalidad organizada; la urgente predisposición de una legislación europea sobre la utilización de los productos del delito en objetivos sociales (punto 9); el reforzamiento de la cooperación entre los Estados para el reconocimiento, y la plena ejecución al exterior de las órdenes de incautación y decomiso, la dotación de los recursos y competencias necesarias para los *Asset Recovery Offices*, oficinas para la recuperación de los bienes, producto de los delitos (punto 10)²⁸.

26 PALAZZOLO, S., “Il pentito: in Germania il tesoro del re degli schiavisti”, in *La Repubblica*, 30 de agosto de 2015, a propósito de un colaborador eritreo Nuredin Wehabrebi Atta, escuchado por las autoridades italianas, que está develando la existencia en territorio alemán del patrimonio ilícito de Ermias Ghermany, presunto traficante de seres humanos.

27 Solicitud prontamente acogida por el legislador europeo: Propuesta de la Comisión COM/2012/085 final - 2012/0036 (COD) (12 de marzo de 2012). Se ve el propósito de análisis de MAUGERI, A. M., “La proposta di direttiva UE in materia di congelamento e confisca dei proventi del reato: prime riflessioni”, in *Dir. pen. contemp. Riv. trim.*, 2012, II, pp. 180 y ss.

28 BALSAMO, A. / C. LUCCHINI, “La risoluzione del 25 ottobre 2011 del parlamento europeo: un nuovo approccio al fenomeno della criminalità organizzata”, in <<http://bit.ly/1Yd6zdJ>>.

Este enfoque resulta más funcionalista y menos garantista respecto de la Decisión Marco relativa al decomiso de bienes, instrumentos y productos del delito, aprobada por el Consejo el 24 de febrero de 2005, que preveía la introducción en los Estados miembros de *poderes amplios de decomiso* (2005/212). Ha surgido, en efecto, la posibilidad de permitir la incautación y el sucesivo decomiso en el caso de registro de bienes a terceros y de atribuir relevancia penal al comportamiento de los llamados “testaferros”, dado que se orienta a eludir la aplicación de medidas de prevención patrimoniales o a facilitar la consumación de los delitos de receptación, lavado y empleo de dinero de procedencia ilícita. Al mismo tiempo, se ha considerado como un deber mejor precisar el concepto de producto de delito, ya explicitado en la Convención ONU de Palermo y retomado en la Decisión marco 2008/841/CE, en el sentido de la mayor extensión respecto al de ganancia.

En esta dirección, la Resolución en materia de criminalidad organizada comprende un llamado a los Estados miembros con el fin de aceptar correctamente tal concepto en sus ordenamientos de manera que, permitir que cualquier entrada conexa directa o indirectamente con la realización de delitos en el ámbito de las organizaciones criminales pueda ser objeto de incautación y decomiso. Tales propósitos han sido incluidos en la versión definitiva de la Directiva 2014/42/UE, relativa al congelamiento y al decomiso de los bienes instrumentales y de los productos del delito²⁹. Según esta última fuente, en caso de que no sea posible proceder a decomisar por enfermedad o fuga del investigado/imputado, los Estados deberán prever la posibilidad de medida ablativa si ha sido aperturado un procedimiento por un delito de daño (que puede esto *producir, directamente o indirectamente, un beneficio económico*) que habría podido concluirse con una condena (art. 4 párrafo 2).

En el ámbito de estos delitos, la obligación de los Estados se extiende también a la previsión del decomiso de los bienes de la persona condenada desproporcionados respecto a su renta, siempre y cuando, sobre la base de oportunas verificaciones, resulte que tales bienes derivan de conductas criminosas (art. 5 párrafo 1). Esta peculiar medida de seguridad patrimonial debe ser, por consiguiente, contemplada en las hipótesis de delitos indicadas en el párrafo 2 del mismo artículo (por ejemplo, en caso de corrupción activa y pasiva, o en la hipótesis de participación en una organización criminal). Luego, se ha previsto expresamente la posibilidad de decomisar bienes en contra de terceros, sin perjuicio, obviamente, de los derechos de terceros de buena fe (art. 6). Previsión análoga se da en el tema de incautación con la finalidad

29 La Directiva 2014/42/UE relativa al congelamiento y al decomiso de los bienes instrumentales y de los productos del delito en la Unión europea ha sido definitivamente aprobada el 3 de abril de 2014. Hasta el 4 de octubre de 2016 Italia deberá adoptar las medidas necesarias para adecuarse a la directiva en materia de incautación y decomiso de bienes instrumentales y productos del delito en caso de condena definitiva, incluso en contumacia.

del sucesivo eventual decomiso (art. 7 “congelación”). Para la incautación es, sin embargo, posible recurrir a una motivación muy sucinta (*very succinct, sehr knapp, très succinctes*) (considerando n. 34). La medida de incautación deberá ser comunicada cuanto antes a los interesados con todos los datos de identificación de la medida (art. 8 párrafo 2) y, en cada caso, deberá operar por un lapso temporal, estrictamente necesario para conservar los bienes en vista de la eventual sucesiva medida ablativa definitiva (art. 8 párrafo 3).

La efectividad del derecho al recurso contra la incautación ante un juez puede acompañarse a la posibilidad que la inicial medida, emitida por una autoridad no jurisdiccional, sea convalidada por un juez y por consiguiente impugnada ante un órgano distinto, siempre con carácter jurisdiccional

(art. 8 párrafo 4). Los bienes incautados que no son decomisados deberán ser inmediatamente restituidos al interesado (art. 8 párrafo 5). Las personas interesadas por una medida de decomiso, que debe ser motivada (art. 8 párrafo 6), tienen derecho a ser expresamente informadas de su pleno derecho a la asistencia de un defensor (art. 8 párrafo 7). El decomiso no deberá perjudicar los derechos al resarcimiento de las personas perjudicadas (art. 8 párrafo 10). Los Estados deberán asegurar una posibilidad de impugnación efectiva, extendida al mérito de los presupuestos de la medida relativa, incluso en caso de medida de seguridad patrimonial (cfr. art. 5 en relación al art. 8 párrafo 8). Cada uno de los Estados deberá también asegurar las medidas necesarias no solo para identificar y rastrear los bienes para incautar o decomisar (art. 9), sino para garantizar además una adecuada gestión de los bienes sujetos a incautación (art. 10 párrafo 1). En caso de un posterior decomiso, deberán ponerse en marcha medidas destinadas a utilizar los bienes decomisados para objetivos de interés público o social (art. 10 párrafo 3).

El impacto de las nuevas normas deberá ser evaluado a través de estudios estadísticos sobre el número de las medidas de incautación y de decomiso llevados a cabo en cada país o sobre el valor de los bienes afectados (art. 11), para permitir a la Comisión monitorear la eficacia de los instrumentos adoptados y, eventualmente, perfeccionarlos (art. 13). Debe observarse como la Directiva 2014/42/UE establece “normas mínimas”, que no afectarán las regulaciones actuales de los Estados, en el respeto de los principios y de los derechos fundamentales «reconocidos por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en la Convención Europea para la Protección de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales, como interpretadas en la jurisprudencia de la Corte Europea de los Derechos del Hombre³⁰».

La materia de las medidas patrimoniales ablativas implica, en efecto, los derechos de la persona (en el mismo sentido, por lo demás, se expresa el con-

30 Cfr. considerando N.º 22, 38, 40 y art. 1 párrafo 2.

siderando N.º 33 de la directiva e impone, como se ha mencionado anteriormente, el respeto de los *standard* de protección elevados, ahora consagrados, en el Sistema UE. Se piensa, en particular, en la extensión de la incautación con fines de decomiso, también, a beneficios indirectos y en contra de terceros que estaban o habrían debido estar en conocimiento de la procedencia ilícita del bien. El mecanismo introduce una peligrosa inversión de la carga de la prueba, respecto de la procedencia lícita de los bienes, análoga a la existente en el sistema de las medidas de prevención patrimonial italiana.

En el mismo sentido, las normas en materia de motivación “suscinta” de las medidas ablativas, así como la circunstancia que la incautación pueda ser dispuesta en vía de urgencia por una autoridad no judicial, generan perplejidad sobre el respeto de las garantías constitucionales y convencionales³¹. Dudas análogas surgen respecto de la medida del “decomiso ampliado”, instituto híbrido que ya se presenta en Italia. Este último, suspendido entre la naturaleza de cautela o la de la medida de seguridad patrimonial, es aplicado “automáticamente”, en el caso de la incautación *ex art.* 321 párrafo 2 CPP. Si a estas hipótesis se agrega la materia de la incautación y del decomiso como medida de prevención patrimonial, con la ya mencionada inversión de la carga de la prueba, se comprenden las evidentes potencialidades del instituto en el combate al crimen organizado y las igualmente problemáticas consecuencias en materia de garantías procesales.

Ahora bien, la reciente Directiva de la Unión no aclara la naturaleza jurídica del decomiso ampliado y, al contrario, la dirige *al objetivo de combatir eficazmente las actividades de la criminalidad organizada, de manera que la condena penal sea seguida por el decomiso no solo de los bienes asociados a un delito dado, sino también de ulteriores bienes que la autoridad judicial establezca constituya producto de otros delitos (considerando N.º 19)*³². Tal objetivo, sin embargo, no comparte una comprobación plena. Los países miembros, en efecto, pueden disponer que, para tal fin, sea suficiente un juicio de razonable probabilidad (una *ponderación de las probabilidades* o una *presunción razonable*) que los bienes en cuestión *sean el fruto de conductas criminosas en lugar de otras actividades*. Tal evaluación, efectuada sobre la base de los elementos de prueba disponibles, puede también tomar en consideración la desproporción entre los bienes del interesado y su ingreso legítimo (considerando N.º 20).

31 A nivel monográfico, sobre el tema, BOTTI, V., *La confisca di prevenzione quale strumento di contrasto alla criminalità organizzata*, Torino, 2014; NICOSIA, E., *La confisca, le confische. Funzioni politico-criminali e problemi ricostruttivi-applicativi*, Torino, 2012.

32 El juez, en efecto, puede ordenar en este último sentido cuando está *convencido que los bienes en cuestión deriven de conductas criminosas (where a court is satisfied;...lorsqu'une juridiction est convaincue; wenn nach Überzeugung des Gerichts)* (considerando N.º 20)

Las excepciones —discutidas en sede de negociación y dirigidas, entre otras, a excluir el decomiso ampliado en caso de prescripción del delito o en caso de que el hecho jurídico criminoso haya sido objeto de un pronunciamiento definitivo de absolución— no han encontrado recibo en el texto final adoptado. Sobre este aspecto, en el que más fuertemente se percibe la incidencia de la legislación italiana que es intervenida masivamente sobre el ámbito de la prevención patrimonial³³, hay cierta preocupación por la reducción posterior del umbral circunstancial, funcional a la predisposición y en la actuación de las mismas medidas. Al contrario, puede afirmarse que la dimensión europea hace todavía más evidentes los nervios a flor de piel del “debido proceso de prevención”.

5. LAS INTERVENCIONES EN EL FRENTE DE INVESTIGACIÓN: EL REFORZAMIENTO DE LA FISCALÍA EUROPEA Y LA ORDEN DE INVESTIGACIÓN EUROPEA

Otro “astillero” abierto es la institución de la Fiscalía europea, ya delineada por el art. 86 del Tratado sobre el funcionamiento de la Unión Europea, el cual prevé la posibilidad de actuación a través de reglamentos, con el fin de contrarrestar los fenómenos criminales que afectan los intereses financieros de la Unión. Las funciones del Ministerio Público europeo pueden ser extendidas, mediante un posterior acuerdo político, trasfundido en una decisión adoptada por el Consejo europeo, en la lucha contra la criminalidad grave que presenta una dimensión transnacional. Con referencia a este aspecto, surge ulteriormente la necesidad de verificar el impacto sobre los derechos fundamentales y sobre los derechos de defensa, en particular.

La elección —sintomática del método afirmado en la introducción— plantea la exigencia de análisis³⁴ de las eventuales restricciones de los derechos fundamentales abarcados en el proceso penal, sobretudo en relación con la perspectiva de homogenización de la fase preliminar del proceso penal y de las consecuencias de esta innovación estructural sobre el terreno de la prueba penal. El art. 86 TFUE, en efecto, dispone que el reglamento constitutivo de la Fiscalía europea presente contenidos correspondientes a la “codificación” de un sistema procesal penal europeo sectorial, con el fin de regular «las condiciones de ejercicio de sus funciones, las normas procedimentales aplicables a sus actividades y a la admisibilidad de las pruebas y las reglas aplicables al control jurisdiccional de los actos procedimentales que adopta en el ejercicio

33 AA. VV., *Scenari di mafia. Orizzonte criminologico e innovazioni normative*, a cura di Fiandaca, G. / C. Visconti, Torino, 2010, pp. 9 y ss., pp. 215 y ss.

34 Se requiere a la Comisión una consulta con todos los sujetos interesados (la Agencia para los derechos fundamentales, el Garante europeo de la protección de los datos, el Consejo de Europa, el Parlamento europeo, los parlamentos nacionales y la sociedad civil, etc.), para evaluar las consecuencias de la institución de la Fiscalía europea.

de sus funciones». Se trata, por consiguiente, de una intervención normativa que supera los confines de la mera armonización, en cuanto no se limita a asegurar la compatibilidad entre actos heterogéneos, sino se fundamenta en la elaboración de reglas comunes para la formación de actos de investigación puestos en marcha por un único órgano —la Fiscalía europea— destinados a proyectarse después del ejercicio de la acción penal en una pluralidad de sistemas judiciales³⁵.

Las reglas probatorias contenidas en el reglamento constitutivo de la Fiscalía europea tendrán, por tanto, un impacto mucho más amplio que la simple regulación de la actividad de investigación. En su definición, asumirá una importancia central el problema de la utilización de una vista de los actos formados por el Ministerio Público europeo, en un contexto judicial muy variado³⁶. Las conclusiones adoptadas por el Consejo Europeo de jefes de Estado y de Gobierno (reunidos en Ypres, 26-27 de junio de 2014) han procedido a delinear las nuevas orientaciones estratégicas para el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia. Tales directrices consideradas específicamente en el Programa de Estocolmo (cuyo período de operatividad ha concluido el 1 de diciembre de 2014), son, en efecto, destinadas a guiar la acción de la Unión Europea durante el quinquenio 2015-2020.

El Consejo Europeo parece, sobretodo, inspirado por los objetivos de *consolidar, completar y codificar*, como surge por la indicación (punto 11 de las Conclusiones), y por los objetivos de promover *coherencia y claridad de la legislación de la UE*. Se trata de un cambio de rumbo respecto de la elección precedente que estaba inspirada, sobretodo, por la adopción de instrumentos jurídicos inéditos. El contexto actual está caracterizado por la importancia de la gestión de las migraciones, por el control de las fronteras europeas y por la exigencia de combate al terrorismo. Tales situaciones tienen determinada una mayor ambigüedad que las indicaciones de los órganos de la Unión, respecto de la especificidad de las líneas de Estocolmo.

Si, por un lado, se reitera la voluntad de *garantizar una auténtico espacio de seguridad para los ciudadanos europeos a través de la cooperación ope-*

35 Para todos, RUGGIERI, F., "Il pubblico ministero europeo", in AA.VV., *L'area di libertà, sicurezza e giustizia: alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia*, a cura di Raifaraci, T., Milano, 2007, pp. 551 y ss. IDEM, "Il p.m. europeo: uno sconosciuto tra noi", in *Proc. pen. giust.*, 2013, f. 6, pp. 1 y ss. Luces y sombras de la fiscalía europea son resaltadas por BARGIS, M., "Il pubblico ministero nella prospettiva di un ordinamento europeo", in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, pp. 745 y ss.; KOSTORIS, R., "Pubblico ministero europeo e indagini nazionalizzate", in *Cass. pen.*, 2013, p. 4738; LANZI, A. / F. RUGGIERI / L. CAMALDO, *Il pubblico ministero europeo*, Padova, 2002, *passim*.

36 Cfr. ALLEGREZZA, S., "L'armonizzazione della prova penale alla luce del Trattato di Lisbona", in *Cass. pen.*, 2008, pp. 3882 y ss.; BALSAMO, A. / S. RECCHIONE, "La costruzione di un modello europeo di prova dichiarativa: il "nuovo corso" della giurisprudenza e le prospettive aperte dal Trattato di Lisbona", in *Cass. pen.*, 2010, p. 3620.

rativa de policía y la prevención y la lucha contra la criminalidad organizada y las formas graves de criminalidad, entre las cuales la trata y el tráfico de seres humanos y la corrupción, por otro lado, esta “genérica” perspectiva no permite prever el contenido de los posteriores desarrollos normativos en la materia. Se continúa proponiendo, sobre el plano operativo, la implementación de un mayor rol de apoyo de la UE a las autoridades nacionales para que en medio de la coordinación *Europol* y por *Eurojust* se prevea, entre otros motivos, el *mejoramiento del comercio transfronterizo de informaciones, comprendido sobre los antecedentes penales*. Al mismo tiempo, recibe un nuevo impulso sobre el plano político (aunque, todavía, sin que tenga indicaciones de contenido) la continuación de las negociaciones dirigidas a la institución de la Fiscalía europea, en actuación de la posibilidad prevista en el art. 86 TFUE.

Se reafirma, en efecto, la tensión de las acciones UE hacia el reforzamiento del reconocimiento recíproco de sentencias y decisiones judiciales, en actuación del principio establecido por el art. 82 TFUE en la base de la cooperación judicial en materia penal. Volviendo a los sujetos del procedimiento, parece apreciable el compromiso de *continuar a esforzarse por reforzar los derechos de los sospechosos e imputados en los procedimientos penales*, que permite confiar en una prosecución del actual marco normativo UE dedicado a reconocer y asegurar umbrales esenciales de garantías procedimentales al interior de los Estados miembros (como es la reciente Directiva 2013/48/UE, relativa al derecho de avalarse de un defensor y a la comunicación con las propias autoridades consulares). Al mismo tiempo, se reafirma el intento, muchas veces resaltado, de «**reforzar la protección de las víctimas**», confirmando la tensión ideal, constante del sistema penal europeo, entre las perspectivas contrapuestas de tutela de los derechos del investigado y de la víctima del delito.

Asimismo la reciente Directiva sobre el orden europeo de investigación penal es capaz de incidir sobre los intereses propuestos (Dir. O.E.I.)³⁷, que regula la búsqueda transnacional de las pruebas. Esta introduce un único instrumento adquisitivo válido para cualquier tipo de prueba, tal para sustituirse a las tradicionales rogatorias, así como a las resoluciones de embargo y de

37 La Directiva 2014/41/UE del 3 de abril de 2014, acoge la propia operatividad propuesta al 22 de mayo de 2017 (artículo 34 dir. OEI). Hasta aquel momento la búsqueda transnacional de las pruebas continuará siendo regulada por los vigentes actos normativos (art. 35 Dir. OEI). Sobre el tema, para todos, Cfr. RUGGERI, S., “Introduction to the proposal of a European Investigation Order: Due process concerns and open issues”, in RUGGERI, S. (a cura di), *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe*, Cham-Heidelberg-New York-Dordrecht-London, 2014, pp. 3 y ss. Sobre la cuestión también CAMALDO, L., “The European Investigation Order”, in RUGGERI, S. (a cura di), *Criminal Proceedings, Languages and the European Union*, Heidelberg-New York-Dordrecht-London, 2014, p. 208; DE AMICIS, G., “Limiti e prospettive del mandato europeo di ricerca della prova”, in <<http://bit.ly/1Yd6zdJ>>, 5 de abril de 2011, p. 37 y ss.; FIORELLI, G., “Nuovi orizzonti investigativi: l’ordine europeo di indagine penale”, in *Dir. pen. proc.*, 2013, pp. 714 y ss.

incautación y al exhorto europeo de obtención de pruebas³⁸. Aunque no realizando una unificación o una completa armonización de todas las legislaciones europeas, la Directiva O.E.I. cambia las prescripciones en materia de prueba de cada sistema procesal europeo, e introduce “principios flexibles”.

En particular, el art. 6.1 Dir. OEI establece que las órdenes de investigación son dispuestas no solo en base a las reglas nacionales aplicables en los casos internos análogos, sino con referencia al presupuesto que su emisión sea *necesaria y proporcionada* para los fines del procedimiento. Análogamente, el art. 1.4 Dir. OEI prevé que la Directiva no pueda tener el efecto de modificar *la obligación de respetar los derechos fundamentales y los principios jurídicos* establecidos por el art. 6 TUE, en el cual está contenida una remisión a la Carta de Niza, a la CEDU y a las *tradiciones constitucionales comunes* de los Estados nacionales. Es esencial, en este contexto, el control de proporcionalidad “fraccionado” entre las autoridades de emisión y de ejecución que debería permitir poner remedio a las lagunas de la Directiva en orden a específicas garantías procesales de los investigados europeos³⁹.

Como se ha subrayado, también las nuevas reglas de aportación de la prueba deben resultar compatibles con los estándares elevados de protección de los derechos fundamentales hasta ahora acogidos en las regulaciones nacionales particulares⁴⁰ o, de todos modos, encontrados en las fuentes de la Unión Europea y en el sistema CEDU. La Unión no podría tolerar restricciones superfluas de los derechos fundamentales que no sean dirigidas a proteger intereses dignos de relevancia. Desde este punto de vista, la Directiva dicta múltiples cláusulas de salvaguardia. El art. 11.1 f Dir. OEI, exige que la ejecución de las órdenes puede ser rechazada cuando subsiste *serios motivos para pensar que ella sea incompatible con las obligaciones del Estado de ejecución*, establecidos por el art. 6 TUE y de la Carta de Niza. El art. 10.3 Dir. OEI, especifica que la autoridad de ejecución puede recurrir a un acto de instrucción distinto de aquel indicado en la OEI, con la condición de que este *asegure el mismo resultado, con medios menos intrusivos*. El art. 14.7 Dir. OEI agrega que los Estados, «[...] sin perjuicio de las normas procedimentales nacionales», deben asegurar que «en los procedimientos penales del Estado

38 ALLEGREZZA, S., “Collecting Criminal Evidence Across the European Union: The European Investigation Order Between Flexibility and Proportionality”, in *Transnational Evidence*, cit., p. 54.

39 Se refiere nitidamente sobre estos aspectos: SCHÜNEMANN, B., “The European Investigation Order: A Rush into the Wrong Direction”, in RUGGERI, S. (a cura di), *Transnational Evidence*, cit., 31 ss. Véase también, BACHMAIER WINTER, L., “The Proposal for a Directive on the European Investigation Order and the Grounds for Refusal: A Critical Assessment”, in RUGGERI, S. (a cura di), *Transnational Evidence*, cit., p. 87.

40 En la misma dirección el análisis de DANIELE, M., “La metamorfosi del diritto delle prove nella direttiva sull’ordine europeo di indagine penale”, in <<http://bit.ly/1Yd6zdJ>>., 20 de noviembre de 2014, pp. 1 y ss.

de emisión sean respetados los derechos de defensa y sea garantizado un debido proceso en la valoración de las pruebas adquiridas mediante la OEI».

La previsión de cláusulas explícitas de salvaguardia de los derechos fundamentales se conjuga con las previsiones igualmente explícitas contempladas en los Tratados y constantemente recogidas por la Corte de Justicia que en algunos casos ha atribuido a los jueces nacionales el poder de *evaluar plenamente* el caso con la *colaboración* de la Corte de Justicia, la compatibilidad del derecho interno aplicable del derecho de la Unión con las prescripciones de la Carta de Niza⁴¹. El trato preeminente de la Directiva es explicar posteriormente las posibles inaplicaciones de las reglas nacionales en beneficio de los principios probatorios monopolizados por la jurisprudencia⁴².

Aunque, en efecto, el principio de equivalencia, previsto por los arts. 52.3, 44 y 53 de la Carta de Niza, establezca que el derecho UE no integre formas de tutela de los derechos fundamentales inferiores a los que estos reciben por los otros ordenamientos con los que la Unión si logra interactuar (el muchas veces mencionado sistema de la CEDU, las garantías de los ordenamientos nacionales y aquellas del ordenamiento internacional), tal aspiración ideal podría sucumbir a los objetivos “económicos” de la Unión.

La correcta actuación de los derechos fundamentales, incluso en el ámbito del proceso penal, en los sentidos del art. 52.1 establece: 1) la comprobación de que la limitación del derecho fundamental prevista por una norma UE persiga *finalidad de intereses generales reconocidos por la Unión* o la exigencia de *proteger los derechos y las libertades de otros*; 2) la comprobación de la exigencia de factores de compensación capaces de *respetar el contenido esencial* del derecho fundamental; 3) la comprobación de la absoluta necesidad de la limitación, derivada de la ausencia de alternativas menos invasivas para el derecho fundamental igualmente capaces de asegurar el objetivo perseguido. Sin embargo, la fluidez de los criterios indica la posible realización de inéditos balances

“a la baja” de las garantías procesales contempladas en las legislaciones nacionales⁴³.

41 Cfr. Corte de Justicia UE, 26 de febrero de 2013, Åklagaren c. Åkerberg Fransson, C-617/10, § 45 ss. Cfr. MANACORDA, S., “Dalle Carte dei diritti a un diritto penale ‘à la carte’”, in <<http://bit.ly/1Yd6zdJ>>, 17 de mayo de 2013, pp. 11 y ss.

42 Sobre estos conceptos ver, KOSTORIS, R. E., “Diritto europeo e giustizia penale”, in IDEM (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, Milano, 2014, p. 24, pp. 35 y ss.

43 Señala de manera compartida, VIGANÒ, F., “Obblighi di adeguamento al diritto UE e ‘controlli-miti’: la Corte costituzionale spagnola si adegua, bon gré mal gré, alla sentenza dei giudici di Lussemburgo nel caso Melloni”, in *questa Rivista*, 9 de marzo de 2014, un Estado que acepte prestar asistencia judicial a otro Estado no puede pretender que este último prevea un nivel de tutela de los derechos fundamentales implicados perfectamente coincidente con el suyo.

En efecto, el derecho de la Unión podría restringir los derechos fundamentales por finalidad de *intereses generales*, al límite incluso de fijar niveles de protección inferiores a los establecidos por la CEDU, para las Constituciones nacionales o por el derecho internacional. A nuestro parecer, un correctivo garantista podría, sin embargo, encontrarse en la previsión, al respecto, en el art. 1.3 de la Directiva OEI, según el cual la autoridad de ejecución puede recurrir a un acto de investigación distinto de aquel requerido en la orden de investigación cuando el acto seleccionado por la autoridad de ejecución asegure el mismo resultado *con medios menos intrusivos*, configurando en tal modo un verdadero y propio deber (y no simplemente una mera facultad de las autoridades participantes), derivado de la obligación de respetar los derechos fundamentales previstos por la Directiva y, más en general, por los Tratados⁴⁴. Se trata de una suerte de “antídoto” contra los abusos, una línea guía de inspiración garantista que debería orientar el equilibrio completo al cual están llamados los órganos de investigación⁴⁵.

Como es evidente, los intereses en juego comportan valoraciones caso por caso de las *chances* probatorias subyacentes en la directiva con referencia a las restricciones de los derechos fundamentales, impuestos en nombre de la primacía, de la unidad y de la efectividad del derecho de la Unión, contrarrestadas constantemente por los importantes valores del proceso penal⁴⁶.

6. LA EFICACIA DE EUROJUST EN ALGUNOS RESULTADOS DE APLICACIÓN

Los indicadores “normativos” antes citados confirman una voluntad de integración de estructuras y aparatos con el fin de establecer reglas jurídicas tendencialmente uniformes⁴⁷. Sin embargo, en la dimensión de la aplicación actual, los rígidos ámbitos de la cooperación judicial y del principio básico del reconocimiento recíproco han implicado numerosas dificultades operativas de coordinación investigativa y de intercambios de actos de contenido probatorio. El dato surge en particular mirando la experiencia de *Eurojust*. El recurso de las autoridades judiciales nacionales⁴⁸ a menudo resulta complicado por

44 RAFARACI, T., “General Considerations on the European Investigation Order”, in RUGGERI, S. (a cura di), *Transnational Evidence*, cit. p. 41.

45 MAGGIO, P., “The EIO Proposal for a Directive and Mafia trials: striving for balance between efficiency and procedural guarantees”, in RUGGERI, S. (a cura di), *Transnational Evidence*, cit., p. 148.

46 Es estos términos, DANIELE, M., *La metamorfosi del diritto*, cit., p. 21.

47 MELILLO, G., “Il mutuo riconoscimento e la circolazione della prova”, in *Cass. pen.*, 2006, 1, p. 272, espera formas valientes de cooperación vertical. MOSCARINI, P., “Eurojust e il pubblico ministero europeo: dal coordinamento investigativo alle investigazioni coordinate”, in *Dir. pen. proc.*, 2011, pp. 635 y ss.

48 Se ven las relaciones anuales de las actividades de Eurojust, en el sitio: <<http://bit.ly/1Ylco5>>.

la controvertida atribución de la naturaleza judicial al organismo⁴⁹. Entre los principales factores de retraso se señala después del fracaso de ratificación, por parte de algunos Estados miembros (entre ellos, Italia), de la *Convention on mutual assistance in criminal matters* del 29 de mayo de 2000, del relativo protocolo de enmendamiento del 2001, y la lentitud con la cual ha sido recepcionada la Decisión marco sobre los marcos investigativos comunes del 2002⁵⁰. Además, la imposibilidad de hacer referencia a un marco convencional en el caso de solicitudes de asistencia judicial para medidas específicas (por ejemplo, la activación de videoconferencias, siempre más requeridas por las autoridades judiciales nacionales, especialmente en los procedimientos de criminalidad organizada), ha originado normalmente la necesidad de invocar, en vía alterna, la práctica o la cortesía internacional, excepto los casos en los que se puede hacer referencia a la Convención ONU del 2000 ratificada por Italia con Ley N.º 146 del 2006.

Las lagunas, los retrasos y los obstáculos en el óptimo funcionamiento del organismo, no impiden, sin embargo, observar como el recurso del *Eurojust* pueda representar una institución de gran potencialidad en el sector de la cooperación judicial a nivel UE, y las perspectivas de la coordinación supranacional⁵¹ permiten presagiar desarrollos futuros destinados a ampliar el campo de acción⁵². Mirando especialmente a Italia, surge una tendencia al incremento del número de comunicaciones⁵³, efectuadas en el sentido del párrafo 3 del art. 7 Ley N.º 41 del 2005, que regula los trabajos de coordinación investigativa. La implementación de una cultura profesional que ve en *Eurojust* el interlocutor privilegiado para implicar en todos los casos de investigaciones y procedimiento transnacionales⁵⁴ se refleja, entre otros, por la Decisión marco 2009/948/GAI adoptada por el Consejo el 30 de noviembre de 2009 sobre la prevención y resolución de los conflictos de jurisdicción en los procedimientos penales (art. 12). En tal acto, en línea con el mencionado art. 85 párrafo. 1 literal c) del Tratado de Lisboa, se prevé la implicación de *Euro-*

49 Al respecto la respuesta negativa de la Corte Constitucional, 15 de abril de 2011, N.º 136, in *Cass. pen.*, 2011, p. 4277, con anotación de PROTA, C., *La Corte costituzionale esclude la natura giudiziaria di Eurojust*, *ivi*, pp. 4278 y ss.

50 La última actuación de los marcos investigativos está contemplada por la Ley del 09 de julio de 2015 N.º 114, de *Delegación al Gobierno para la adecuación de las directivas europeas y la actuación de otros actos de la Unión europea*, cit.

51 Decisión 2009/426/GAI, p. 115.

52 La Comisión europea ha presentado, el 17 de julio de 2013, una propuesta de reglamento para la reconfiguración del organismo a la luz del artículo 85 TFUE18, según el procedimiento legislativo ordinario.

53 En el 2013 ha aumentado en 2.8% el número total de procedimientos por los cuales los Estados miembros han requerido la asistencia del organismo, pasando de 1533 casos (en el 2012) a 1576 casos (en el 2013).

54 SPIEZIA, F., "Il coordinamento giudiziario nell'Unione europea: il rafforzamento dei poteri di Eurojust", in *Dir. un. eur.*, 2010, p. 655.

just sobre base casi obligatoria de las hipótesis en las cuales las autoridades nacionales interesadas, tras oportunidades y recíprocas consultas, no hayan logrado un acuerdo sobre las concentraciones de los procedimientos por una única autoridad jurisdiccional.

A *Eurojust* se le asigna el poder de dirimir situaciones, incluso solo potenciales, de jurisdicciones concurrentes entre diversos Estados en investigaciones o procedimientos por hechos de criminalidad transnacional. Tal situación está ligada a las formas de manifestación del delito, idóneas para contribuir en la dimensión supranacional, en investigaciones de las autoridades judiciales de más Estados, en virtud del principio de territorialidad. Esta deriva además de la adopción de criterios de competencia extraterritorial, previstos por las legislaciones nacionales y por convenciones internacionales aplicables en el caso concreto. Más reciente, el legislador europeo ha mostrado la voluntad de incrementar la eficiencia en la gestión de *Eurojust*, a través de la creación de una nueva estructura de *governance* en grado de liberar la acción de los miembros nacionales por responsabilidad no estrictamente operativa (no está relacionado a procedimientos de cooperación judicial).

Se ha delineado, también, el mejoramiento de su operatividad, mediante una homogénea definición del *status* y de los poderes de los miembros nacionales, fomentada por el recurso al instrumento reglamentario. En la misma dirección, se ha potenciado la atribución de un rol al Parlamento europeo y a los parlamentos nacionales en la valoración de las actividades de *Eurojust*, en línea con el Tratado de Lisboa; la alineación de su marco jurídico con la declaración común sobre el Estado de las agencias europeas y, finalmente, la previsión de formas de conexión con el establecimiento de la Fiscalía europea⁵⁵. El rol de coordinación asignado a *Eurojust*⁵⁶ surge con total evidencia en un caso italiano denominado *Gomorrhah*, a menudo mencionado entre las experiencias de aplicación pasadas de mayor valor del organismo de investigación supranacional.

El caso ha impuesto la coordinación entre *Eurojust*, *Europol* y autoridades judiciales nacionales competentes y por sus resultados (operaciones de policía y ejecución de medidas cautelares y de incautaciones probatoria en simultáneo en varios países de la Unión) ha sido señalado como ejemplar en el panorama de las actividades de cooperación entre Estados miembros de

55 Nos referimos, en particular, a la Propuesta COM (2013) 535 del 17 de julio de 2013 de la Comisión europeo de reglamento del Parlamento europeo y del Consejo que instituye la Agencia de la Unión europea para la cooperación judicial penal.

56 Aunque en la provisoriedad de los contenidos normativos expuestos, un acuerdo parcial ha sido alcanzado en el Consejo en 1 mes de diciembre de 2014. Una primera evaluación es ofrecida por SPIEZIA, F., "I cambiamenti in corso nello spazio europeo di libertà sicurezza e giustizia: quale futuro per Eurojust? Alcune riflessioni alla luce dei negoziati sulla proposta di regolamento della Commissione europea COM(2013) 535 del 17 luglio 2013", in <<http://bit.ly/1Yd6zdJ>>, 19 de marzo de 2015, pp. 15 y ss.

la UE⁵⁷. La solicitud de apertura de un procedimiento penal fue solicitada por el miembro nacional de *Eurojust*, ex art. 5 de la Ley N.º 41 del 2008 y art. 6 de la decisión del Consejo del 28 de febrero de 2002.

Después, la Dirección distrital antimafia de Nápoles inscribió un expediente que tiene como objeto la existencia de “una organización internacional, relacionada a la ‘camorra’, con base en Nápoles y dedicada a la importación a la China y a la comercialización, en numerosos Estados europeos, en Australia y en otros países *extra* Unión, de varios productos falsificados”. Las informaciones transmitidas por los primeros Estados miembros han sido consideradas suficientes para constituir una *notitia criminis*, incluso sobre el perfil del carácter individualizador de los elementos recogidos. La autoridad judicial italiana requirió la transmisión oficial de las informaciones adquiridas mediante el canal *Eurojust*.

La modalidad de adquisición de informaciones ha sido asimilada a la prevista por los arts. 330 y siguientes del Código de Procedimiento Penal Italiano, con la especificación que la denuncia provenía de autoridad exterior. Sucesivamente, sobre iniciativa del *Desk* francés de *Eurojust*, se han dado reuniones de coordinación entre numerosas autoridades judiciales de Estados miembros, en relación con la hipótesis investigativa, objeto del procedimiento de apertura por la Oficina de partenopeo. En el caso ha sido relevante la intervención de *Europol* con un informe detallado que contiene numerosos puntos de investigación. El intercambio informativo y los análisis de las autoridades judiciales y de policía en sede de coordinación han hecho surgir numerosos elementos indicativos por los cuales deducir las actividades de importación para China y, luego, de transporte y venta de productos falsificados en muchos Estados europeos, iniciadas por esta organización de carácter camorrista.

Se trata de un precedente seguramente útil para trazar —en clave concreta— las repercusiones directas sobre las fenomenologías criminales de tipo organizado, en vista del objetivo de desear atribuir siempre más incisivamente a *Eurojust* el “enlace” de las investigaciones transnacionales. La implementación del art. 85 del TFUE establece como finalidad el incremento de la eficacia de su acción, lo que determina aquel salto de cualidad a menudo referido. El organismo debe ser elevado del rango actual de *mediador* al de verdadero y propio *coordinador europeo*, en grado de adoptar directivas por las autoridades judiciales nacionales, con finalidad de impulso de investigación y de prevención de los conflictos de jurisdicción⁵⁸.

57 El caso ha sido presentado en la mesa redonda de Bruges, “*Eurojust and the Lisbon Treaty: towards more effective action*” (20-22 de setiembre de 2010), como modelo de cooperación judicial.

58 Se refiere incisivamente sobre estos aspectos, LORUSSO, S., “Superprocura e coordinamento delle indagini in materia di criminalità organizzata tra presente, passato e futuro”, in *Dir. pen. contemporaneo Riv. trim.*, t. II, 2014, pp. 34 y ss.

7. DERECHOS HUMANOS Y RESPUESTA PENAL

Ahora bien, en el marco europeo descrito, en el cual son sensiblemente cambiadas y se han enriquecido las fuentes, la naturaleza y la finalidad de las intervenciones penales, no puede, por consiguiente, confirmarse la atención contextual hacia las garantías y los derechos fundamentales del individuo en el frente procesal. Los renovados marcos normativos de la cooperación inter-estatal en materia penal y los efectos de aplicación han determinado, en efecto, una suerte de “desactualización” de las garantías⁵⁹ que no se manifiestan más en la soberanía de un país particular, sino reflejan derechos universalmente reconocidos, capaces de encontrar plena realización en “contenedores procesales” muy diferentes los unos de los otros⁶⁰. Para tal propósito, consideramos esencial una perspectiva de recuperación del llamado “humanismo procesal”⁶¹ que expresa la renovada necesidad de ubicar en el centro de la intervención penal al imputado y los valores fundamentales que le conciernen.

Cuando los límites nacionales aparecen siempre más fáciles penetrables es necesario *que los principios de legalidad y de justicia de los procesos sigan construyendo el horizonte claro y el marco infranqueable de la acción represiva*⁶². Se trata de “indicadores” esenciales que delinear un perímetro, o un fondo irrenunciable de garantías, en la ampliación de las competencias penales europeas, imponiendo la plena coherencia de la reglamentación de la cooperación judicial con los principios de la Carta de los derechos fundamentales, por medio de constantes balances con las estrategias de combate y de la eficiencia represiva. En el centro del modelo, se ubica el sistema CEDU con los principios del “proceso justo”, particularmente atento a los derechos del imputado (y de la víctima), capaz no solo de ejercitar repercusiones sobre el caso particular, sino, también, de determinar una influencia notable sobre las particulares legislaciones nacionales y sobre el derecho de la Unión, globalmente considerada.

Las decisiones de la Corte europea de derechos humanos imponen, en efecto, formas de adecuación forzosa cada vez que en él se reconozca la ini-

59 PULITO, L., “La destatualizzazione delle garanzie nello spazio giudiziario europeo”, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 891.

60 DI MARTINO, A., “Principio di territorialità e protezione dei diritti fondamentali nello Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia. Osservazioni alla luce della giurisprudenza costituzionale di alcuni stati membri sul mandato d'arresto europeo”, in AA.VV., *Legalità costituzionale e mandato d'arresto europeo*, Napoli, 2007, p. 100; PIATTOLI, B., “Mandato di arresto UE: istanze di armonizzazione processuale, distonie applicative e tutela multilivello dei diritti fondamentali”, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 8, pp. 1105 y ss. Un análisis reciente se presenta en BARGIS, M., “Il mandato di arresto europeo dalla decisione quadro del 2002 alle odierne prospettive”, in <<http://bit.ly/1Yd6zdJ>>, 19 de mayo de 2015, p. 13.

61 BRENNER, C., *Pour un humanisme processual respectueux de l'autonomie processuelle*, Justices et droit du procès, Parigi, 2010, p. 175.

62 RAFARACI, T., *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel crogiuolo della costruzione europea*, in AA.VV., *L'area di libertà sicurezza e giustizia*, cit., pp. 3 y ss.

quidad de un proceso específico, independientemente de la causa de la infracción comprobada, que puede ser indiferentemente representada por perfiles estructurales o distorsiones en la aplicación acaecidas en el caso particular⁶³. La Corte constitucional italiana ha configurado un nuevo caso de revisión de la sentencia precisamente con el fin de dar actuación a las sentencias europeas que reconozcan la inequidad del proceso⁶⁴.

El modelo del “proceso justo” proporciona un mapa ideal de valores, para comprobar las reglas que cada sistema procesal nacional adopta y para probar la capacidad de resistencia de los actos normativos de la Unión. Pienso, todavía, una vez en la experiencia italiana, mencionada normalmente como ejemplo para la capacidad de realizar un tratamiento diferenciado en los procesos de criminalidad organizada (regulación de la prisión preventiva, de las interceptaciones, de los mecanismos de excepción de aportación de la prueba, de las videoconferencias, del tratamiento penitenciario especial para el detenido por mafia *ex art. 41-bis* del ordenamiento penitenciario italiano). Con una expresión no técnica, el fenómeno es descrito como “doble vía”⁶⁵ y alude a una «pluriesquemática procedimental»⁶⁶ vinculada a las concretas dimensiones del conflicto». En esta perspectiva, la real entidad del hecho del delito, su ontología criminal justifican respuestas procesales desiguales para conductas más o menos graves⁶⁷. Sobre el plano nacional, tal tipo de elección ha encontrado numerosas críticas⁶⁸.

La doctrina italiana ha sugerido “depurar el texto *codicistico* de las normas constituyentes del subsistema regulador de las formas procesales para la investigación de los delitos en materia de criminalidad organizada y de los delitos asimilables”, de modo que, no siendo posible borrar la intrínseca especialidad de estas “disposiciones” parece oportuno confinar las reglas *extra codicem*, exaltando la diversidad y favoreciendo la intangibilidad para los fines

63 En el caso Contrada, la Corte europea ha considerado una violación del principio de taxatividad de la norma penal, en referencia a una imputación por “concurso externo” en asociación mafiosa: Corte Europea de derechos del Hombre, 14 de abril de 2015, Contrada vs. Italia, in <http://hudoc.echr.coe.int>.

64 Corte Constitucional, 4 de abril de 2011, N.º 113, in *Giur. cost.*, 2011, p. 1542 con anotación de UBERTIS, G., *La revisione successiva a condanna della Corte di Strasburgo*.

65 BITONTI, A., “Doppio binario”, in *Dig. disc. pen.*, agg., Torino, 2005, pp. 393 y ss.

66 SCAGLIONE, A., “Il processo penale per i delitti di criminalità organizzata”, in *Giust. pen.*, 2009, III, p. 129.

67 RICCIO, G., “Itinerari culturali e premesse di metodo per la “riscoperta” del modello processuale”, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 1327. Son compartibles las argumentaciones generales de ORLANDI, R., “La riforma del processo penale fra correzioni strutturali e tutela *progressiva* dei diritti fondamentali”, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, pp. 1133 y ss..

68 GAROFOLI, V., “Artt. 190-190 bis c.p.p.: dal metodo della giurisdizione al sistema del doppio binario”, in *Dir. pen. proc.*, 2008, pp. 945 y ss., crítica el régimen diferenciado de prueba para los delitos enunciados en el artículo 51, § 3-bis CPP.

operativos⁶⁹. Otras interpretaciones han justificado dogmáticamente la posibilidad de regular la tipología de la investigación procesal mirando los perfiles reales del ilícito⁷⁰.

La gravedad del fenómeno requiere respuestas de igual intensidad para alcanzar mejor la concepción publicista del proceso que afecta la función misma de este último y el producto de esta actividad. Esto es la decisión final. El objetivo de una decisión justa, en esta óptica, no es puesto solamente para la protección de los intereses contrapuestos en el caso judicial concreto, sino busca, incluso, el logro del interés superior del Estado⁷¹.

Existe, sin embargo, la exigencia de equilibrar tales soluciones “diferenciadas” con las preocupaciones vinculadas a evidentes violaciones del principio de igualdad⁷²: tratar en modo igual situaciones fuertemente desiguales podría, no obstante, igualmente realizar graves discriminaciones, al negar respuestas procesales a fenómenos gravísimos. Por eso, restricciones parciales de derechos pueden encontrar justificaciones en respuesta a fenomenologías delictuosas de “especial” crueldad.

Por las razones a veces mostradas, todas las elecciones nacionales sufren la influencia cultural del modelo CEDU y ponen problemas de resistencia de las normas procesales “especiales” dictadas para los procesos de criminalidad organizada, donde estos infrinjan los principios del “proceso justo”. Pienso, en particular, en algunas disposiciones “excepcionales” italianas de mayor riesgo de fricción con los preceptos europeos. El art. 190 *bis* CPP originalmente preveía un *iter* de adquisición de la prueba especial para los procesos enunciados en el art. 51, párrafo 3-*bis* CPP, y establecía la tutela protección de un producto probatorio “preconfeccionado”, ya definido y plenamente utilizable en los juzgamientos de “mafia”.

Ahora bien, la originaria formulación de la norma, a pesar de haber sido corregida y edulcorada por la Ley N.º 63 del 2001 para hacerla más compatible con los principios constitucionales del *fair trial* de directa derivación europea, presenta aun hoy aspectos poco compatibles con el valor esencial del contradictorio en la formación de la prueba.

69 AMODIO, E., “Il processo penale tra disgregazione e recupero del sistema”, in *Ind. pen.*, 2003, pp.7 y ss. La expresión “codigo antimafia” es comunmente referida en las disposiciones contenidas en el Decreto Legislativo N.º 159/2011, en materia de leyes antimafia y medidas de prevención, in materia di leggi antimafia e misure di prevenzione, a pesar se haya tratado de una intervención parcial de reorganización de materia compleja. Sobre el tema: FIANDACA, G. / C. VISCONTI, “Il Codice delle leggi antimafia: risultati, omissioni e prospettive”, in *Leg. pen.*, 2012, pp. 5 y ss.

70 PIZIALI, G., “Pluralità dei riti e giudice unico”, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 975.

71 TRANCHINA, G., “Impugnazione (Dir.proc.pen.)”, in *Enc. Dir.*, XX, Milano, 1970, p. 700.

72 ORLANDI, R., “Le peculiarità di tipo probatorio nei processi di criminalità organizzata”, in *Crit. dir.*, 1999, p. 522.

La Corte Constitucional italiana, hasta ahora, ha mostrado una intención de salvaguardar las disposiciones de “doble vía”, a pesar de ratificar una aceptación limitada, exclusivamente referible a las asociaciones criminales de tipo organizado. Así ha sido en el caso de la presunción absoluta de adecuación de la prisión preventiva por “hechos de mafia”, que la Consulta ha circunscrito a esta tipología de delito, negando cualquier otra posible extensión⁷³.

La misma tolerancia para la “doble vía” se ha manifestado en orden de la regulación excepcional de las interceptaciones telefónicas y ambientales, justificada en relación con la gravedad de los fenómenos asociativos por determinar y combatir⁷⁴. En perspectiva análoga, la Corte de casación italiana ha mostrado consideración para las peculiaridades subjetivas y objetivas de los procedimientos relativos al crimen organizado, el cual no siempre ha proporcionado adecuadas “respuestas”, tomando en cuenta las normas “ordinarias” del código⁷⁵. Del mismo modo, entre decisiones de la Corte Europea de derechos humanos se han remarcado la especificidad de la investigación procesal por los hechos de criminalidad organizada⁷⁶.

El camino hasta ahora recorrido parece, por consiguiente, confirmar la posibilidad de estrategias normativas diversificadas para hechos cometidos

73 La Corte Constitucional italiana, con una serie de declaratorias de inconstitucionalidad, ha circunscrito la presunción absoluta de adecuación de la medida de detención (antes referida a una de ilícitos penales) a las asociaciones mafiosas. Corte Constitucional, 21 de julio de 2010, N.º 265, en materia de pornografía infantil y delitos sexuales, in *Dir.pen. proc.*, 2010, p. 949; Corte Constitucional, 12 de mayo de 2011, N.º 164, en materia de homicidio voluntario, in *Studium Juris*, 2012, p. 286; Corte Constitucional, 22 de julio de 2011, N.º 231, en materia de asociación dirigida al tráfico de estupefacientes, in *Giur. cost.*, 2011, pp. 2950 y ss.; Corte Constitucional, 16 de diciembre de 2011, N.º 331, sobre el favorecimiento a las inmigraciones ilegales, mencionadas por el artículo t.u. inmigración; Corte Constitucional, 3 de mayo de 2012, N.º 110, sobre la asociación dirigida a la falsificación de la propiedad intelectual o de productos industriales y de introducción y comercio en el territorio nacional de productos con signos falsos, in *Giur. it.*, 2013, p. 521; Corte Constitucional, 29 de marzo de 2013, N.º 57, para los delitos de “contexto mafioso”, agravados por el artículo 7 Decreto Legislativo N.º 152 del 13 de mayo de 1991, convertido en Ley del 12 de julio de 1991, N.º 203, cometidos estos *aprovechándose de las condiciones previstas por el artículo 416-bis del Código penal, o con el fin de facilitar la actividad de las asociaciones* previstas por el mismo artículo, in *Arch. pen.*, 2013, f. 2, p. 14; Corte Constitucional, 3 de julio de 2013, N.º 213, en materia de secuestro de persona, in *Giur. cost.*, 2013, p. 2970; Corte Constitucional, 23 de julio de 2013, N.º 232, en materia de violencia sexual en grupo, *ivi*, 2013, p. 3458; Corte Constitucional, 26 de febrero de 2015, N.º 48, en materia de concurso externo en asociación mafiosa, in www.penalecontemporaneo.it, 30 de marzo de 2015.

74 Corte Constitucional, 14 de noviembre de 2006, N.º 372, in *Arch.nuova proc.pen.*, 2008, p. 119, ha establecido la peculiaridad del régimen de las interceptaciones telefónicas en los procedimientos que se refieren a la investigación de crimen presuntamente capaces de generar particular alarma social.

75 Por ejemplo, Casación, Sala I, 12 de junio de 2001, Bagarella, in *C.E.D. Cass.*, p. 219626; Casación, Sala VI, 22 de enero de 1997, Dominante, in *Giust.pen.*, 1998, II, p. 499.

76 Cfr., Corte europea de derechos humanos, Contrada vs. Italia, 24 de agosto de 1998, in <http://hudoc.echr.coe.int>. Sobre el tema ver además KOSTORIS, R., “Verso un processo penale non più statocentrico”, in AA. VV., *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Torino, 2008, p. 8.

por organizaciones criminales transnacionales, siempre que este se mueva en el respeto de los principios de fondo del sistema y no alteren la implementación global del proceso “justo”.

En igual medida, sobre el frente del derecho penal sustancial se permite la flexibilización de ciertos delitos y ciertas garantías en el balance con las contrastantes razones de la seguridad⁷⁷.

El escenario europeo confiere, sin embargo, un renovado interés hacia estas temáticas enriquecidas de nuevos estímulos culturales sobre los análisis en materia de crimen organizado⁷⁸, lo que genera constantes y fatigados trabajos de equilibrio de los diversos intereses en juego, en una óptica pluridimensional, ya no exclusivamente nacional. Este es un objetivo que no puede ser perseguido en abstracto, sino con referencia a cada norma o al particular instituto, en consideración de los *input* europeos y la tenencia, constantemente, en la mira del pleno respeto por los derechos del hombre.

77 En estos términos, VIGANÒ, F., “Terrorismo, guerra e sistema penale”, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 2, p. 648; GIUNCHEDI, F., “Il coordinamento internazionale in funzione di contrasto della criminalità organizzata e del terrorismo”, in AA. VV., *La prova penale*, a cura di Gaito, A., II, *Le dinamiche probatorie e gli strumenti per l'accertamento giudiziale*, Torino, 2008, p. 22. Sobre el rol insustituible de la doctrina: KALB, L., “Crisi della giustizia penale e contributo del giurista”, in *Proc. pen. giust.*, 2012, f.1, p. 8.

78 FIANDACA, G., “Aspetti problematici del rapporto fra diritto e democrazia”, in *Foro it.*, 2011, V, pp. 5 y ss., insiste sobre el equilibrio entre seguridad y derechos.

LAS PARTICULARIDADES DEL PROCESO PENAL EN MATERIA DE DELINCUENCIA ORGANIZADA

Ignacio M. Soba Bracesco^{*,**}

SUMARIO: 1. Consideraciones preliminares. 2. Los sujetos del proceso. 3. La prueba penal y la delincuencia organizada. Aspectos generales. 4. Las técnicas especiales reguladas en nuestro ordenamiento. 5. Otras particularidades. 6. Reflexiones finales: la técnica legislativa procesal. 7. Anexo.

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Tal como se deja traslucir ya desde el título mismo del presente análisis, su objeto se encuentra focalizado en las particularidades o especialidades procesales de la temática vinculada a la delincuencia organizada.¹

* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Especialista en Derecho de daños y Maestrando en Derecho, orientación en Derecho de daños, Escuela de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Analista Jurídico del Banco Central del Uruguay. Asesor en Ministerio de Educación y Cultura. Aspirante a Profesor Adscripto en Derecho Procesal I y II de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Miembro Adherente del Instituto Panamericano de Derecho Procesal. Integrante del Instituto Uruguayo de Derecho Procesal. Miembro fundador de la Asociación Uruguaya de Derecho Procesal Eduardo J. Couture.

** El presente trabajo tiene como antecedente diversos artículos del autor sobre la temática en estudio: SOBA BRACESCO, I., "Las particularidades del proceso penal en materia de delincuencia organizada", *Revista La Justicia Uruguaya*, Año LXXV, t. 150, Montevideo: La Ley Uruguay, 2014, pp. D-99 a D-112; "El proceso relativo al crimen organizado en Iberoamérica. Relato de la situación del crimen organizado en la República Oriental del Uruguay" (Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal – Panamá, 2014), en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, 2/2013, Montevideo: FCU, pp. 161-172; "La vigilancia electrónica entre la eficacia de la instrucción y las garantías del derecho probatorio", en *XVI Jornadas Nacionales de Derecho Procesal* (Paysandú-2013), Montevideo: Mastergraf, 2013, pp. 387-402; "La reforma del proceso penal en materia de delincuencia organizada: ¿Un nuevo proceso penal? La experiencia uruguaya ante una preocupación global", *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, 2/2011, Montevideo: FCU, pp. 957-973; "Proceso penal y crimen organizado. Principales particularidades procesales", *Revista La Ley*, N.º 5, 2010, Montevideo-Buenos Aires: La Ley Uruguay, pp. 653-669; "Proceso penal y crimen organizado: particularidades procesales en España y en Uruguay, con énfasis en la problemática probatoria", *Noticias Jurídicas*, España, 2010: <<http://bit.ly/111W8YT>>.

¹ A modo de precisión terminológica, cabe consignar que se utilizan de modo indistinto —en lo que a este trabajo concierne— las expresiones delincuencia organizada y crimen organizado. La primera es empleada, por ejemplo, a nivel internacional, en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (adoptada por la Asamblea General de

Dichas particularidades conducen, a su vez, a la formulación de algunas interrogantes respecto de las cuales intentaremos reflexionar: ¿estamos ante un proceso penal nuevo y/o “autónomo”? ¿se trata de un proceso penal especial que, a su vez, se encuentra regulado por un derecho procesal penal especial? Desde el punto de vista crítico y proyectivo: ¿se debe mantener la regulación unificada —para la delincuencia convencional o tradicional y la delincuencia organizada— del proceso penal? o, por el contrario, ¿se deben aprobar nuevos instrumentos que consagren dentro del sistema general tutela procesales penales diferenciadas de la común u ordinaria?

2. LOS SUJETOS DEL PROCESO

Uno de los aspectos claves a destacar, en lo que es la experiencia nacional ante la problemática del crimen organizado, se da respecto de los sujetos del proceso, y especialmente en el análisis de la figura del **tribunal**.

Precisamente, una de las principales innovaciones se relaciona con la consagración de un nuevo criterio para distribuir la competencia en función de la materia entre los diversos órganos que integran el Poder Judicial.

La cuestión hace, sin duda alguna, al diseño institucional del sistema de administración de justicia, e incluso, al funcionamiento y mejora de la gestión de las oficinas judiciales (en el caso, penales)².

las Naciones Unidas el 15 de noviembre de 2000, suscripta en la emblemática ciudad de Palermo, y aprobada en Uruguay a través de la ley 17.861), y a nivel nacional, en el art. 8 del Código Penal (en la redacción dada por el art. 74 de la ley 17.243), en sede de delitos provocados por la autoridad. Por su parte, la denominación “crimen organizado” también aparece como válida, y puede optarse por ella. A modo ilustrativo, dicha denominación es la empleada para identificar la materia en la que entienden las sedes judiciales especializadas que han sido creadas en Uruguay a través del art. 414 de la ley 18.362, de 6 de octubre de 2008. Es que, según señalan ciertos autores, se trata de conceptos no muy fáciles de determinar desde el punto de vista sociológico o jurídico, pero que se han abierto paso, consagrándose normativamente. ORSI, G., *Sistema penal y crimen organizado. Estrategias de aprehensión y criminalización del conflicto*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2007, pp. 3 y ss.; MALET VÁZQUEZ, M., “Terrorismo y crimen organizado: las garantías en cuestión. La situación del agente encubierto”, *Revista de derecho penal*, segunda época - n° 19, Montevideo: FCU, 2011, pp. 56-57. Con una visión especialmente crítica, señalando la “ausencia de la categoría conceptual del crimen organizado”: PESCE LAVAGGI, E., “La legislación sobre crimen organizado, ¿vulneración de derechos por “razones de interés general”?”, *Revista de derecho penal*, segunda época - n° 19, Montevideo, FCU, 2011, pp. 75-76; o TERRADILLOS BASOCO, J., “Criminalidad organizada y globalización”, *Revista de derecho penal*, segunda época - N.º 19, Montevideo: FCU, 2011, p. 87 (en donde se hace mención a la existencia de discrepancias y algunos consensos en las definiciones doctrinarias).

- 2 Se entiende que una optimización en la eficacia de la gestión de la oficina judicial es un asunto que repercute positivamente en el proceso real (penal o no), y que también hace a la mayor eficacia de la tutela (no solo en materia de crimen organizado o procesal penal, sino en general, de acuerdo al principio de la tutela jurisdiccional efectiva) y al fortalecimiento institucional del Poder Judicial.

En puridad, se puede hacer referencia, según la legislación uruguaya, a la existencia de un sub-criterio de distribución de la competencia, el cual opera dentro de la propia materia penal.

Dentro de los tribunales con competencia en materia penal se encuentran, pues, aquellos que no tienen especialización en crimen organizado (que son la gran mayoría) y aquellos otros que sí poseen plena especialización en crimen organizado (actualmente, solo dos sedes judiciales).³

La competencia en materia penal con especialización en crimen organizado está delimitada por el art. 414 de la ley 18.362, disposiciones modificativas y reglamentarias.⁴

En dicho artículo se expresa que los Juzgados Letrados de Primera Instancia en materia Penal con especialización en Crimen Organizado entenderán en procesos penales originados en delitos de muy diversa índole.

A modo de ejemplo, tendrán competencia para investigar hechos delictivos o presuntamente delictivos que se relacionen con el comercio ilícito de drogas y el narcotráfico en general; el terrorismo y su financiación; diversos

3 Sobre la regulación de la competencia en materia penal puede consultarse, entre otros: ARLAS, J., *Curso de derecho procesal penal*, t. I, Montevideo, 1994, pp. 99-118; TORELLO, L., "Jurisdicción y competencia en materia penal (arts. 30 a 66 del CPP)", INSTITUTO URUGUAYO DE DERECHO PROCESAL: *Curso sobre el Código del Proceso Penal*, Montevideo: 1981, pp. 79-115; GARDE-RES, S.; VALENTIN, G. (con la colaboración de DÍAZ, S.), *Código del Proceso Penal comentado*, Montevideo-Buenos Aires: La Ley Uruguay, 2012, pp. 97 y ss. Entre otros aspectos de interés, resulta relevante destacar la opinión de los autores del CPP comentado al reseñar el art. 56 de dicho Código, sobre incompetencia en razón de la materia: "...la misma solución del art. 56 resulta aplicable —por analogía, art. 5— a otros supuestos de violación de las reglas de la competencia por razón de la materia consagradas en leyes posteriores al CPP: por ejemplo, existe nulidad insubsanable si un Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Penal actúa en un proceso por delito de falsificación de moneda (CP, art. 227), violando así el art. 414 de la ley 18.362 (...) que atribuye esa competencia en los departamentos de Montevideo y Canelones a los Juzgados Letrados de Primera Instancia en materia penal con especialización en Crimen Organizado. Conviene advertir que esta conclusión no resulta afectada por lo dispuesto por el inc. final del art. 414 de la ley 18.362, que dispone que lo actuado por Juez incompetente será válido hasta que se declare por resolución firme su incompetencia. En efecto, a nuestro juicio esta solución solo se aplica a las contiendas de competencia o planteos de incompetencia en los procesos que se tramitan ante los Juzgados Letrados de Primera Instancia en materia penal con especialización en Crimen Organizado" (ob.cit., págs. 152-153). Finalmente, y con referencia al análisis de un caso concreto problemático en materia de competencia de las sedes especializadas, ver: CURBELO SOLARI, I., "Competencia de los juzgados penales especializados en crimen organizado, concurso entre los delitos de estafa y apropiación indebida", *Revista La Ley Uruguay (Online)*, N.º 5, 2012.

4 El art. 414 de la ley 18.362 ha sido modificado por el art. 13 de la ley 18.494, promulgada el día 5 de junio de 2009 y publicada en el Diario Oficial el 11 de junio de 2009; ley 18.514, promulgada el 26 de junio de 2009 y publicada en el Diario Oficial el 15 de julio de 2009; ley 18.914, promulgada el 22 de junio de 2012 y publicada en el Diario Oficial el 30 de julio de 2012; ley 19.247, promulgada el 15 de agosto de 2014 y publicada en el Diario Oficial el día 27 de agosto de 2014. A su vez, cabe consignar que por Acordadas de la Suprema Corte de Justicia N.º 7.642, 7.645, 7.665 de 24 de diciembre de 2008, 18 de marzo de 2009 y 4 de noviembre de 2009 (respectivamente), N.º 7.749, de 24 de agosto de 2012, también se reglamentan aspectos atinentes al funcionamiento de las sedes especializadas.

delitos asociados a fenómenos concursales⁵; delitos de naturaleza tributaria, así como en las investigaciones iniciadas como consecuencia de inmovilización de activos sospechosos de lavado de activos realizadas por la Unidad de Información y Análisis Financiero (UIAF), del Banco Central del Uruguay,⁶ etc.

Se trata de una disposición en constante modificación. Así, a modo ilustrativo, la reciente ley 19.247, de 15 de agosto de 2014, tipifica delitos vinculados al tráfico ilícito de armas, previendo al mismo tiempo una disposición que sustituye uno de los numerales del artículo que asigna y distribuye la competencia a nivel de las sedes especializadas en crimen organizado.

En efecto, el art. 11 de la ley sustituye el N.º 8) del inciso segundo del art. 414 de la ley 18.362, de 6 de octubre de 2008, por el siguiente: “Los delitos de tráfico ilícito de armas de fuego, municiones, explosivos y otros materiales relacionados” (con anterioridad, la referencia era únicamente al “Tráfico de armas”, pues no existía tipificado delito en ese sentido).

5 En ese caso, se debe tener presente la regulación de los fenómenos concursales que ha sido dispuesta por ley 18.387 y modificativas (en especial, arts. 248 y 249). Sobre la “punibilidad de las insolvencias” y los delitos concursales a partir de la reforma de la legislación concursal: ACOSTA CASCO, N., “Delitos concursales. Apuntes e interrogantes sobre la incidencia de las leyes N.º 18.387 y N.º 18.411”, Revista de derecho penal, segunda época – N.º 19, Montevideo: FCU, 2011, pp. 147-163. La autora entiende que en tanto la ley concursal es “[...] pocos días posterior a la que viene de mencionarse, nada dice sobre la competencia de los Juzgados recientemente creados para conocer en el delito de fraude concursal, aun cuando no parezca coherente y en tanto no se modifique la norma, serán objeto de conocimiento de los Juzgados Penales comunes y no de los especializados.” (ob.cit., p. 153). En dicho trabajo se analiza, además, la existencia de distintos supuestos de derogación de la normativa penal anterior a la ley concursal actualmente vigente.

6 En la ley 17.835, promulgada el 23 de septiembre de 2004 y publicada en el Diario Oficial el 29 de septiembre de 2004, se establece que la Unidad de Información y Análisis Financiero (UIAF), que actualmente funciona en el ámbito de la Superintendencia de Servicios Financieros del Banco Central del Uruguay, podrá instruir a las instituciones sujetas al control del Ente para que impidan, por un plazo de hasta setenta y dos horas, la realización de operaciones que involucren a personas físicas o jurídicas respecto de las cuales existan fundadas sospechas de estar vinculadas a organizaciones criminales relacionadas con los delitos cuya prevención procura la referida ley. La decisión deberá comunicarse inmediatamente a la Justicia Penal competente, la cual, consideradas las circunstancias del caso determinará si correspondiere, sin previa notificación, la congelación de los activos de los partícipes (art. 6 de la ley citada, en la redacción dada por art. 1 de la ley 18.494). Sin perjuicio de lo anterior, el origen de la UIAF en el ordenamiento jurídico uruguayo tuvo lugar con la Circular N.º 1722, de 21 de diciembre de 2000. Asimismo, cabe consignar que entre sus atribuciones (en virtud de lo dispuesto por el art. 10 de la ley 18.401 —que introduce, entre otras cosas, diversas modificaciones a la Carta Orgánica del BCU— modificado por el art. 12 de la ley 18.494) está el recibir, solicitar, analizar y remitir a la Justicia competente, cuando corresponda, información sobre transacciones financieras y otras informaciones de utilidad a efectos de impedir los delitos de lavado de activos y financiación del terrorismo previstos por la normativa vigente; dar curso a solicitudes de cooperación internacional; y ejecutar los demás cometidos que le asigna la ley y los reglamentos. Se destaca también la participación de la UIAF en el Grupo Egmont, el cual conforma una red de Unidades de Inteligencia Financiera, que busca aprovechar los beneficios del intercambio de información, experiencia y entrenamiento en la materia. Cfr., THE EGMONT GROUP OF FINANCIAL INTELLIGENCE UNITS: <<http://bit.ly/1RLYL2O>>.

En función de la citada modificación, ahora los Juzgados Letrados de Primera Instancia en materia Penal con especialización en Crimen Organizado (con sede en la ciudad de Montevideo) tendrán competencia —en todo el territorio nacional— en los delitos mencionados.

Por su parte, en cuanto al criterio territorial, la competencia de los Juzgados de primera instancia especializados tiene un régimen que podría catalogarse de dual: por un lado, una competencia en todo el territorio nacional para ciertos supuestos delictivos establecidos taxativamente en la ley⁷ y, por otro, una competencia departamental (que comprende únicamente a los departamentos de Montevideo y Canelones) para otros supuestos que también han sido señalados a texto expreso por la ley. Se excepciona así, parcialmente, la regla general formulada en el art. 39 del Código del Proceso Penal (en adelante, también CPP)⁸, en tanto allí se establece que será competente, en principio, el Juzgado del lugar en que se ha cometido el delito o el hecho presuntamente delictivo⁹.

- 7 En el ámbito del proceso penal ello no es una novedad pues desde la aprobación del Código del Proceso Penal y hasta el año 1992 había, para ciertos delitos (contra el orden político interno de un estado, contra la fe pública, etc.), una competencia nacional atribuida a los Juzgados Letrados de Primera Instancia en lo Penal, radicados en Montevideo, todo lo cual se justificó, originariamente, en "[...] la significación e importancia de los bienes jurídicos tutelados o por las dificultades técnicas que plantea la aplicación de las respectivas figuras, ofrecen un riesgo para la correcta administración de justicia.". ARLAS, J., *Curso de derecho procesal penal*, t. I, Montevideo: 1994, p. 109. Se puede apreciar que lo expuesto es comparable con lo que ha sido la justificación respecto de la creación de las Sedes especializadas.
- 8 Código del Proceso Penal (CPP), conformado por el decreto ley 15.032, de 7 de julio de 1980, publicado en el Diario Oficial el 18 de agosto de 1980 (vigente desde el 1 de enero de 1981), y disposiciones modificativas. Cabe agregar que no se trata de un fenómeno exclusivo de la competencia en materia de crimen organizado. A modo de ejemplo, la ley 18.387, de 23 de octubre de 2008, establece en su art. 12 que los Juzgados de Concursos conocerán en primera instancia en todos los procedimientos concursales cuya competencia corresponda al departamento de Montevideo, así como en los procedimientos concursales originados fuera del departamento de Montevideo cuyo pasivo sea superior a 35.000.000 UI (treinta y cinco millones de unidades indexadas).
- 9 Otro criterio que se debe tener en cuenta, y al que referiré muy brevemente, es el de la prevención, el cual posibilita variar la competencia territorial (en el caso, del ámbito departamental al nacional) cuando la Sede especializada hubiera prevenido, adoptando medidas tales como la entrega vigilada, la vigilancia electrónica o la actuación de agentes encubiertos o colaboradores. También resulta interesante mencionar que, si bien la *cuantía* no es un criterio que caracterice la distribución de competencia en materia penal, la ley 18.914 previó normas que pueden asociarse a dicha regla. Dicha ley 18.914 contiene diversas normas de interés en materia procesal penal, fruto —entre otros— del trabajo efectuado en el seno de la Comisión Especial con fines legislativos vinculados al lavado de activos y crimen organizado (Cámara de Representantes - Poder Legislativo). En sus arts. 4 y 5 se modifica la competencia de las Sedes especializadas, quitando ciertos asuntos que posiblemente se estiman de "menor trascendencia" desde el punto de vista económico (ciertos delitos vinculados con la administración pública, menores a U\$S 20.000) o para hechos de apariencia delictiva vinculados a la prostitución infantil, la explotación sexual de personas, etc., en los que no participan grupos delictivos organizados. Según surge de los antecedentes parlamentarios, las Sedes especializadas si bien han sido muy efectivas en el desarrollo de su gestión, han padecido un incremento en los asuntos vinculados con explotación sexual en el interior del país, en los que no participan grupos delictivos organizados, y que traen complicaciones en la sustanciación de los respectivos procesos penales (por la distancia

A su vez, desde el punto de vista del criterio funcional o de grado, la particularidad radica en que se trata de una especialización parcial, ya que comprende a sedes que entienden únicamente en primera instancia. Al menos por el momento, no hay especialización total para la segunda instancia (Tribunales de Apelaciones en lo Penal) ni tampoco —siquiera especialización parcial— a nivel de la Suprema Corte de Justicia (que continuará entendiendo en los recursos de casación y revisión, así como en los procesos de inconstitucionalidad de la ley).

También en lo que refiere a la composición del **Ministerio Público** se pueden señalar algunas particularidades.

El rasgo distintivo se encuentra en que, a través del art. 1 de la ley 18.390 se crean dos Fiscalías Letradas Nacionales en materia penal con especialización en crimen organizado, cuya competencia será la correspondiente a los Juzgados Letrados de Primera Instancia en lo Penal con especialización en crimen organizado. Se ha buscado pues, también respecto del Ministerio Público, la especialización de los funcionarios.¹⁰

Para finalizar el análisis respecto a los sujetos del proceso, cabe consignar que con relación a los **indagados o imputados y la defensa** si bien no se detectan mayores especificidades regulatorias en este punto, las puntualizaciones que se pueden hacer refieren al tipo de indagado o imputado con el que nos encontramos en estos procesos penales vinculados con el crimen organizado.

con el lugar en donde aconteció el hecho, el traslado de testigos, las dificultades en la producción de otros elementos probatorios, el desarraigo de indagados e imputados, etc.), Al igual que los temas de menor cuantía en materia de delitos contra la administración pública, se trata de una decisión de política legislativa, referente a la organización de la administración de justicia mediante la fijación de las reglas de distribución de la competencia entre las Sedes penales ordinarias y las especializadas. En esta materia no está dicha la última palabra, seguramente la competencia de estas Sedes será modificada más adelante, eliminando o agregando supuestos del listado efectuado en el art. 414 de la ley 18.362 y modificativas.

- 10 Ley 18.390, promulgada el día 24 de octubre de 2008 y publicada en el Diario Oficial el 31 de octubre de 2008. Previamente la ley 18.362, en su art. 296, había facultado al Ministerio de Educación y Cultura a transformar dos Fiscalías Letradas Nacionales en materia penal en dos Fiscalías con especialización en crimen organizado. En otros ordenamientos jurídicos como el español también el Ministerio Público o Fiscal cumple un rol fundamental en la lucha contra los diversos tipos de delincuencia organizada. Así acontece con la Fiscalía de la Audiencia Nacional y las Fiscalías Especiales, como ser la Fiscalía Especial Antidroga (que entiende en supuestos de blanqueo de capitales relacionados con el tráfico de estupefacientes) o la Fiscalía contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada (cfr., art. 19 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (Ley 50/1981), en la redacción dada por Ley 24/2007). A nivel internacional, también se han creado “redes” de fiscales contra el crimen organizado, como por ejemplo, la “Red de Fiscales contra el Crimen Organizado”. una iniciativa de la *Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito* que nace en marzo de 2011, financiada por el Gobierno de Canadá, e integra a las Fiscalías de crimen organizado de Nicaragua, Costa Rica, Honduras, El Salvador, Guatemala, Panamá, México y República Dominicana: <<http://bit.ly/1NqMcVi>>.

Se trata, por lo general, de organizaciones con importante poderío económico, compuestas de especialistas en la actividad delictiva desarrollada. El tipo de indagado o imputado se presenta, pues, de modo complejo y diferente al de la delincuencia tradicional o convencional.

El poderío de los sujetos indagados o imputados hace que se deban tomar algunas precauciones en lo que refiere a la consagración de técnicas especiales de investigación o averiguación de los hechos que son parte del objeto del proceso penal (sin desconocer el justo equilibrio entre los fines de la investigación y los derechos y libertades de las personas como el derecho a la intimidad y/o privacidad, la libertad de comunicación y expresión, el debido proceso, el derecho de defensa, etc.).

Sin que esto implique un desarrollo profundo de los aspectos sustanciales, se pueden enfatizar brevemente algunas características del fenómeno analizado:

Las redes de la delincuencia organizada no se detienen ante las fronteras nacionales o los espacios comunes de integración.

Se trata de una temática de gran actualidad a nivel nacional, regional e internacional que ha merecido la atención y, en algunos casos, el desvelo de autoridades gubernamentales, en lo que hace a la generación de las herramientas para prevenir, controlar y combatir el flagelo (entre esas herramientas, aquí destacaré las que más se ajustan a la faz judicial o procesal). Se puede hablar de globalización, mundialización, expansión transnacional del fenómeno delictivo organizado, lo que exige, como destaca CERVINI, la estrategia de confrontación global frente a estas manifestaciones de la criminalidad¹¹. Esto es, a nuestro entender, una respuesta organizada, estratégicamente coordinada, basada en la cooperación.

De esa forma es que se establecen pautas supranacionales para dar respuesta al fenómeno, las cuales se han ido incorporando paulatinamente a las diversas legislaciones en el derecho comparado¹².

Si bien en sus orígenes los precursores de la delincuencia organizada no desbordaban el marco de la sociedad en que surgían, actualmente se trata de un fenómeno frondosas ramificaciones a nivel internacional, y del cual ningún país escapa.^{13 14}

11 CERVINI, R., "Lavado de dinero: dicotomía típica en la legislación emergencial", *Derecho Penal, Hacienda y Administración Pública*, MALET VÁZQUEZ, M.; SILVA FORNÉ, D., Montevideo, 2008, p. 211.

12 ARIAS HOLGUÍN, D., "El "lavado de activos" como instrumento de lucha contra la criminalidad económica organizada. Entre la ambigüedad y la expansión", *Revista de derecho penal*, segunda época, N.º 19, Montevideo, FCU, 2011, pp. 7-28.

13 BUNSTER, Á., "La delincuencia organizada ante el derecho", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N.º 87, *Biblioteca jurídica virtual UNAM*, <<http://bit.ly/1MbiMbW>>.

14 TERRADILLOS BASOCO, J., "Criminalidad organizada y globalización", *Revista de derecho penal*, segunda época – N.º 19, Montevideo: FCU, 2011, pp. 87-98.

Aun cuando comparativamente se pueda llegar a pensar que —en ciertas zonas o lugares— sus manifestaciones son débiles, no se puede desconocer ni obviar su trascendencia, por la rapidez con la que se expande.¹⁵ Esto, por su parte, se puede ligar a la premura o urgencia que caracteriza al objeto procesal penal en estos casos, así como a la exigencia de una actuación temprana desde el punto de vista procesal tendiente a evitar que la prueba se frustre, y así hacer efectiva la prevención y represión.

Tal como lo han expuesto PREZA, ADRIASOLA Y GALAIN, en el crimen organizado impera la división y profesionalización del “trabajo” en función de criterios de racionalidad que hacen que la corporación se convierta en una sociedad de profesionales del crimen. La internacionalización de las tareas a cumplir exige una estrecha conexión con otras organizaciones de similar naturaleza; así se crean las redes criminales que se expanden tanto horizontalmente (mediante la coordinación de actividades), como verticalmente (o sea, subordinadamente), conformando los llamados “cárteles”, que dominan las plazas financieras de distintas naciones. Diversos autores han hablado, pues, de una verdadera “industria” del crimen o de “macrocriminalidad”¹⁶.

En definitiva, es por lo expuesto que tanto la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (arts. 1 y 2), como la legislación nacional (art. 414 de la ley 18.362 y modificativas), definen “grupo delictivo organizado” apelando a las siguientes características:

- i. Un grupo estructurado, no formado fortuitamente.
- ii. De tres o más personas. O sea, conformando una pluralidad de sujetos que aparece integrada a un cierto tipo de organización.
- iii. Que existe durante cierto tiempo (continuidad temporal).
- iv. Que actúa concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves, cuya identificación varía según la legislación (pero que deberían gozar de cierta entidad o importancia en cuanto a los bienes jurídicos que pretenden tutelar).
- v. Con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material (esto es, básicamente, una

15 KLIKSBURG, B., *Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD)*, Uruguay, sección noticias: <<http://bit.ly/1NXOavl>>. Cabe recordar que la instalación de las sedes especializadas se efectivizó a partir del día 1 de enero del 2009. Según el Anuario Estadístico de ese año, la actividad de dichas sedes se inició con un total de 425 asuntos tramitados, representando el 0,5% del total de asuntos iniciados en el año 2009. Ver, Poder Judicial – Estadísticas: <<http://bit.ly/1SVWVek>>.

16 PREZA RESTUCCIA, D.; ADRIASOLA, G.; GALAIN, P., *Delitos económicos*, Buenos Aires: 2004, pp. 133-134 y 136. Sobre la macrocriminalidad (especialmente, económica), puede consultarse también, entre otros, a: CERVINI, R.; ADRIASOLA, G., *El derecho penal de la empresa desde una visión garantista*, Buenos Aires, 2005. También, ADRIASOLA, G. “Técnicas de investigación judicial en materia de crimen organizado y blanqueo de capitales bajo la legislación uruguaya”, *Revista La Justicia Uruguaya On Line*, Tomo 135, sección doctrina: <<http://bit.ly/1NXOvyH>>.

criminalidad de tipo económico).¹⁷ El tema es de sumo interés, pues —como se ha señalado por parte de la doctrina— no existe consenso en considerar al terrorismo, en sí mismo, como un tipo de criminalidad organizada. Ello sin perjuicio de la vinculación que se produce en lo que concierne a la “financiación” del terrorismo, como una forma de solventar las actividades referidas actividades ilícitas¹⁸.

Por último, en cuanto al rol del defensor se debe poner el énfasis en su necesidad como profesional al servicio de las garantías procesales fundamentales que le corresponden a todo sujeto indagado o imputado en un proceso penal.

En ese sentido, el instituto de la defensa no se puede retacear o limitar en los procesos en análisis.¹⁹ Por el contrario, la propia ley 18.494 hace referencia a esta delicada cuestión en alguna de sus disposiciones (*v.gr.* el art. 5 in fine de dicha ley excluye expresamente de la vigilancia electrónica las comunicaciones de cualquier índole que mantenga el defensor con el indagado).

3. LA PRUEBA PENAL Y LA DELINCUENCIA ORGANIZADA. ASPECTOS GENERALES

Otro de los aspectos más trascendentes es el relativo a las particularidades en materia probatoria.

- 17 “[...] supone la reintegración de los frutos del delito en los circuitos económicos normalizados, obliga al crimen organizado a actuar utilizando, además de instrumentos delictivos, otros que son lícitos. Así, la mayoría de grupos criminales de cierto relieve está implicada en sectores productivos y comerciales que permiten la rentabilización del crimen a través de procesos de transformación y circulación.”, cfr.: TERRADILLOS BASOCO, J., “Criminalidad organizada y globalización”, *Revista de derecho penal*, segunda época - N.º 19, Montevideo: FCU, 2011, p. 87. Un aspecto de sumo interés es el de la real incidencia económica de la criminalidad organizada en un determinado país, pero ello claramente excede lo jurídico. Sí se destaca, tal como se hace en la cita, la vocación de la actividad organizada por “blanquear”, “lavar”, “limpiar” activos en el marco de una aparente licitud.
- 18 MALET VÁZQUEZ, M., “Terrorismo y crimen organizado: las garantías en cuestión. La situación del agente encubierto”, *Revista de derecho penal*, segunda época – N.º 19, Montevideo, FCU, 2011, pp. 58-59.
- 19 Esto ha sido motivo de polémica en Uruguay al haber sido procesado por delitos vinculados al lavado de activos un prestigioso profesional dedicado a la defensa penal. Si bien esta es una cuestión con límites muy difíciles de precisar a priori, por lo que debe estarse siempre al caso concreto, estimo que en las fundadas expresiones utilizadas en el auto de procesamiento se analiza correctamente la cuestión (al menos desde el punto de vista teórico) al precisarse que: “... la legítima, entendible y tutelable relación abogado–cliente no debe transformarse en un salvoconducto que ampare acciones que colidan con la norma penal, recordando que “... el abogado que instruye a su cliente sobre las formas de lavar activos de origen delictivo no puede acogerse a la causa de justificación del ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, ya que la ley no ampara un ejercicio abusivo o antisocial del derecho, y deberá responder por su colaboración en el delito de lavado” (Isidoro Blanco Cordero, Principios y Recomendaciones Internacionales para la Penalización del Lavado de Dinero. Aspectos sustantivos, en Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial, OEA- CICAD- Banco Interamericano de Desarrollo, 2003, p. 173).”. ÁLVAREZ PETRAGLIA, F., Auto de procesamiento de fecha 26 de noviembre de 2009, Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Penal de 14º Turno, *El Derecho Digital – Primera Plana*.

Las técnicas reguladas en los arts. 4 a 7 de la ley 18.494 son: la *entrega vigilada*, el *colaborador* y la figura del *agente encubierto*.

También se prevé la *vigilancia electrónica*, mas en ese caso corresponde precisar que la ley expresamente refiere a que se podrá aplicar para la investigación de cualquier delito (este o no vinculado al crimen organizado)^{20 21}.

A través de la regulación de esas nuevas técnicas de investigación se procura la obtención —de modo muchas veces más eficaz que a través de los medios probatorios tradicionales— de información o datos relevantes para la instrucción procesal penal en casos de delincuencia no convencional.

20 En la exposición de motivos de la ley se considera expresamente a ciertas convenciones internacionales como parte de los antecedentes de las normas que prevén en el ordenamiento nacional a las técnicas especiales de investigación (Diario de sesiones, Cámara de Representantes – Poder Legislativo, N.º 3588, 3 de junio de 2009, p. 25; GATTI, G, “Juzgados Letrados Penales especializados en Crimen Organizado”, *Congreso Binacional de Derecho Procesal Penal (Uruguay-Argentina) sobre la Reforma de la justicia penal y gobernabilidad democrática*, INSTITUTO DE ESTUDIOS COMPARADOS EN CIENCIAS PENALES Y SOCIALES, 2009, p. 32, <<http://bit.ly/1OpXtVQ>>). A modo de ejemplo, en cuanto a la normativa de derecho internacional existente en la órbita de las Naciones Unidas, se destacan, entre otras: la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, suscrita en Viena el 20 de diciembre de 1988 (aprobada en Uruguay por ley 16.579, promulgada el día 21 de septiembre de 1994 y publicada en el Diario Oficial el 19 de octubre de 1994); y la ya citada Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, suscrita en Nueva York el 15 de noviembre de 2000 (que, en Uruguay, fuera aprobada por ley 17.861, promulgada el día 28 de diciembre de 2004 y publicada en el Diario Oficial el 7 de enero de 2005). La primera de las convenciones mencionadas prevé la técnica de entrega vigilada para su utilización en el plano internacional (art. 11); mientras que la segunda, en su art. 20, regula las técnicas especiales de investigación, entre las cuales menciona a la entrega vigilada, la vigilancia electrónica y las operaciones encubiertas. Otros organismos internacionales que se dedican a la cuestión y que también han recomendado la adopción de técnicas especiales de investigación son: el Gafi (Grupo de Acción Financiera Internacional); el Gafisud (Grupo de Acción Financiera de Sudamérica); la Cicad (Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas), etcétera. Se destacan las 40 Recomendaciones en materia de prevención y represión del lavado de activos, financiamiento del terrorismo y proliferación de armas de destrucción masiva del GAFI, cuyos nuevos estándares fueron aprobados en febrero de 2012. La relevancia de estos y otros instrumentos internacionales se puede apreciar, por ejemplo, en la Resolución de Presidencia de la República, de 29 de mayo de 2012, en la cual se encomienda a la Secretaría Nacional Antilavado el conformar un grupo de trabajo con el objetivo de efectuar ajustes normativos a los nuevos estándares internacionales. Esa preocupación por la modificación de la normativa nacional en función de parámetros internacionales, así como por la emisión de nuevas recomendaciones y el surgimiento de nuevos estándares, se aprecia en el art. 50 de la Ley N.º 19.149, de 24 de octubre de 2013, que encomienda al Poder Ejecutivo, a través de la Secretaría Nacional Antilavado de Activos, la confección de un texto ordenado de normas vigentes en materia de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos precedentes (véase la Compilación Normativa en materia de Lavado de Activos, Financiamiento del Terrorismo y Delitos Precedentes, aprobada por Resolución de Presidencia de la República N.º 646/013, de 18 de octubre), así como a su actualización periódica, en colaboración con los organismos competentes en la materia.

21 ADRIASOLA, G.; DIAZ, J.; VILLEGAS, A., *Crimen organizado y lavado de dinero en la ley N.º 18.494*, Carlos Álvarez Editor, Montevideo, 2010.

Como fuera expresado por BARRIOS DE ÁNGELIS, se atiende a la "...necesidad de la punición en materias de extrema importancia social, en las que la prueba es difícilmente obtenible, ya por las circunstancias naturales que rodean los hechos o por la alta especialización de ciertos infractores para eliminar toda prueba: particularmente en materia de delitos económicos y de proxenetismo, por ejemplo"²².

Es que las cuestiones que forman parte de dichos procesos cuando se trata de asuntos relacionados al crimen organizado, son cada vez más complejas, sofisticadas y requieren, por lo tanto, de mecanismos especiales para su investigación. Por ese motivo se han venido gestando y desarrollando a nivel normativo las denominadas técnicas especiales de investigación²³.

De ahí también la importancia que adquiere el equilibrio entre la eficacia necesaria para la comprobación de los delitos²⁴ y las garantías penales y procesales, lo cual resulta ser una de las cuestiones de mayor interés teórico²⁵ y

22 La cita corresponde al análisis del sistema de 'certeza intuitiva', en conceptos fácilmente trasladables al presente. BARRIOS DE ÁNGELIS, D., *Teoría del proceso*, 2.ª ed., actualizada, Montevideo-Buenos Aires, B de F, 2005, p. 196.

23 Por cierto, se evidencia dicha complejidad en la necesidad de creación de las propias Sedes especializadas y, posteriormente, en el establecimiento de normas como las contenidas en los arts. 2 y 3 de la ley 18.914 en donde se refiere al asesoramiento y colaboración que los organismos públicos (e incluso sociedades anónimas en las que participe el Estado) deben brindar a los Juzgados Letrados de Primera Instancia en lo Penal con especialización en Crimen Organizado, por ejemplo, a través del aporte de personal especializado, en pos de la correcta dilucidación de los asuntos sometidos a su consideración. A saber, el art. 2 de la ley 18.914 dispone: "Todos los organismos del Estado, así como las personas de derecho público no estatal y las sociedades anónimas en las que participa el Estado, se encuentran obligados a brindar el asesoramiento que requieran los Juzgados Letrados de Primera Instancia en lo Penal especializados en Crimen Organizado, en las causas de su competencia, a través del aporte de personal especializado.". Por su parte, el art. 3 de la ley citada —con una redacción en parte reiterativa de la anterior, indica: "Las entidades públicas, cualquiera sea su naturaleza jurídica, están obligadas a brindar información, asesoramiento y colaboración en los aspectos y de la forma en que lo requieran los Juzgados Letrados de Primera Instancia en lo Penal especializados en Crimen Organizado por sí o a solicitud del Ministerio Público, a efectos de mejor instruir las causas de su competencia.". Sobre la participación preceptiva de funcionarios—peritos del Instituto Técnico Forense en algunos de estos procesos, véase Acordada de la Suprema Corte de Justicia N.º 7.810, de 17 de julio de 2014.

24 La Suprema Corte de Justicia ha entendido que: "La posibilidad de la interceptación de correspondencia y otras comunicaciones (art. 212 CPP) no vulnera el art. 7 de la Constitución ya que responde a razones de interés general —"la comprobación del delito" — y está sujeta a contralor judicial.". Cfr., Suprema Corte de Justicia: sentencia N.º 58, de 25/03/2009, LARRIEUX, VAN ROMPAEY, GUTIÉRREZ, RODRÍGUEZ CAORSI.

25 En ese sentido, diversos autores analizan la potencial afectación del Estado de Derecho ante la amenaza de lo que se ha dado en llamar Derecho penal y/o procesal penal "de emergencia", que pretende "combatir" o "luchar" contra ciertas formas de delincuencia no tradicional. En dicha legislación de emergencia se suele argumentar, para dar fuerza y mayor legitimación a los discursos, con relación a la especial o extraordinaria "nocividad social" de estas figuras criminales, frente a lo cual se señala que no siempre se trata de una nocividad social empíricamente comprobada, capaz de ser verificada en su real dimensión. Ver, entre otros, FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995, pp. 807-848; AROCENA,

práctico²⁶. Allí está uno de los grandes temas del Derecho procesal actual: el de la efectividad del Proceso.

Se entiende necesario poner énfasis en el empleo lícito de las nuevas herramientas de investigación, conectando su producción con el sistema de garantías que es esencial para la protección de los derechos fundamentales.²⁷ El intento de alcanzar la eficacia en la función de instrucción (en el caso, en el proceso penal), se debe contrarrestar con el entramado de garantías penales y procesales que opera como barrera frente a la arbitrariedad y como límite al poder punitivo dentro del Estado constitucional de Derecho^{28 29}.

G., "El agente encubierto (Consideraciones político-criminales)", en CAFFERATA NORES, J. y AROCENA, G., *Temas de derecho procesal penal (Contemporáneos)*, Córdoba, Editorial Mediterránea, 2001, pp. 107-110; CAFFERATA NORES, J., *La prueba en el proceso penal*, 3.ª ed., actualizada y ampliada, Depalma, Buenos Aires, 1998, pp. 221 y ss. Sobre las características y dimensiones del crimen organizado en Uruguay, resulta interesante la disertación de PERCIBALLE ante la Comisión Especial con fines legislativos vinculados al lavado de activos y crimen organizado de la Cámara de Representantes del Poder Legislativo (cfr., Versión taquigráfica N.º 510/2011, de reunión realizada el día 26/04/2011). Entre otras cosas, PERCIBALLE destaca que también en Uruguay se aprecia la transnacionalización de la delincuencia organizada (por ejemplo, con grupos delictivos de Argentina, Brasil, México, Colombia, Serbia, etc.) y que si bien no hay que sobredimensionar el problema, hay que intentar estar un paso delante de los procesos que se avecinan.

- 26 Lo que incluso ha tenido derivaciones a nivel de los medios de prensa, en particular por la preocupación sobre el modo en que se efectúan las interceptaciones telefónicas en Uruguay. Ver al respecto, a modo ilustrativo, *Diario El País*, 4, 6 y 7 de noviembre de 2012 (Portal El País Digital): "Escuchas: riesgo en interpretación", "Unidad policial centralizará escuchas telefónicas", "Editorial / La Clave. Escuchas telefónicas"; *Subrayado* (online), 4 de noviembre de 2012: "Abogados cuestionan uso de escuchas telefónicas"; *Telemundo* (online), 5 de noviembre de 2012: "Subsecretario Vázquez negó abuso de escuchas telefónicas"; *Diario El Observador* (online), 18 de febrero de 2013: "Denuncian que escuchas del caso Campanita se hicieron sin orden judicial escrita". Obviamente, ello no es exclusivo de la realidad uruguaya, así CAFFERATA NORES hace mención a cómo —ya hace unos cuantos años— se fueron incrementando las intervenciones telefónicas que se realizaban a diario en la República Argentina, las que se han visto favorecidas por la sofisticación de la tecnología. Cfr., CAFFERATA NORES, J., "Escuchas telefónicas ilegales (La necesaria punición de las "pinchaduras" clandestinas de teléfonos)", en CAFFERATA NORES, J. y AROCENA, G., *Temas de derecho procesal penal (Contemporáneos)*, Editorial Mediterránea, Córdoba, 2001, p. 77.
- 27 Sistema que no solo se construye con la Constitución y la ley, sino que también proviene de instrumentos internacionales. Ver arts. 7 (derecho a la libertad personal), 8 (garantías judiciales), 11 (relativo a la protección de la honra y de la dignidad: nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, etc.) y 13 (libertad de pensamiento y de expresión) de la Convención Americana de Derechos Humanos (1969), también conocida como Pacto de San José de Costa Rica, aprobada en Uruguay por el art. 15 de la ley 15.737, de 08 de marzo de 1985.
- 28 FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995, pp. 537 y ss.
- 29 También es posible referir a la existencia de tutela jurisdiccional efectiva en el ámbito procesal penal, pero para ello se debe procurar un adecuado balance entre la efectividad y las garantías procesales, de modo que la tutela no termine por afectar los derechos fundamentales de los sujetos que participan en el proceso, evitando —por ejemplo— la vulneración del estado o principio de inocencia y la satisfacción injusta de la pretensión penal. Sobre los principios procesales aplicables al proceso penal ver, entre muchos otros: CAVALLI, E., "Apuntes sobre la Constitución

Es una preocupación constante que se evidencia en los distintos ordenamientos jurídicos, especialmente cuando se discute si la regulación procesal penal clásica resulta acorde a los nuevos y extraordinarios desafíos que se generan en cuestiones de alta complejidad, normalmente asociadas a los fenómenos de criminalidad económica, tráfico de estupefacientes, trata de personas, corrupción, financiación del terrorismo, lavado de activos o blanqueo de capitales, etc. (*i.e.*, situaciones que se asocian con la delincuencia organizada y/o la macro-criminalidad).

En ese sentido, resulta de sumo interés lo señalado en la exposición de motivos de la Ley Orgánica española 5/1999, del 13 de enero³⁰ cuando se indica que las modificaciones consagradas en la misma "...parten de la insuficiencia de las técnicas de investigación tradicionales en la lucha contra este tipo de criminalidad organizada, que generalmente actúa en ámbitos transnacionales y con abundancia de medios conducentes a la perpetración de los delitos. De esta forma, se introducen en el ordenamiento jurídico medidas legales especiales que permitan a los miembros de la Policía Judicial participar del entramado organizativo, detectar la comisión de delitos e informar sobre sus actividades, con el fin de obtener pruebas inculpatórias y proceder a la detención de sus autores. Todas estas modificaciones deben introducirse respetando el fin del proceso penal que no es otro que el descubrimiento de la verdad real y la aplicación de la ley penal al caso concreto, teniendo siempre en cuenta que los límites de las técnicas propuestas de investigación se encuentran en el sistema de derechos y garantías que la Constitución reconoce a todo imputado, ya que por más abyectas que sean las formas de delincuencia que se tratan de combatir, ello no justifica la utilización de medios investigadores que puedan violentar garantías constitucionales. Por tanto, la búsqueda de medios jurídicos eficaces para luchar contra la criminalidad organizada no debe comportar un detrimento de la plena vigencia de los principios, derechos y garantías constitucionales, y la preservación de los aludidos principios, derechos y garantías exige, siempre que exista conflicto, que el mismo se resuelva en favor de estos últimos, porque ellos constituyen el verdadero fundamento de nuestro sistema democrático.". Nuevamente, se trata del enorme desafío de evitar que la prueba se frustre, y que la prueba

Nacional y el proceso penal", en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, 4/2004, FCU, Montevideo, pp. 463-474; GARDERES, S.; VALENTÍN, G., *El nuevo régimen del presuntorio*, FCU, Montevideo, 2005, pp. 9-26; GARDERES, S.; VALENTÍN, G., *Bases para la reforma del proceso penal*, KAS-SERPAAJ, Montevideo, 2007, pp. 25-40; GELSI BIDART, A., *Proceso penal. Aproximación a los fundamentos*, Montevideo: 1996; FERNÁNDEZ, G., "Informe Nacional - Uruguay", *Las Reformas Procesales Penales en América Latina*, MAIER, J.; AMBOS, K.; WOISCHNIK, J., KAS, Buenos Aires, 2000, pp. 719-768.

30 Si bien allí se modifica la LECrim. con relación a la entrega vigilada y la figura del agente encubierto en materia de tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves, el tema central de la (in)suficiencia de las técnicas tradicionales se puede trasladar a la discusión acerca de las vigilancias electrónicas.

así obtenida se considere ilícita. Ello requiere que se afinen lo más posible, en cada caso concreto, los mecanismos de protección, tutela o garantías de los sujetos indagados y/o imputados.³¹ Es la difícil pero no imposible búsqueda de eficacia en la materia, ajustada a los parámetros del Estado de Derecho³².

Como lo ha puesto de relieve GATTI, se trata de técnicas que se aplican muchas veces mientras el delito se está cometiendo y que deben ser utilizados con especial ponderación y teniendo presente que los mismos revisten un carácter subsidiario: no es válido acudir a los mismos si se puede obtener igual resultado por otra vía, que no suponga afectar derechos fundamentales de las personas sujetas a investigación.³³ Nos encontramos, pues, ante técnicas de carácter intrusivo que a menudo penetran en el ámbito reservado a la intimidad de las personas en pos de la investigación (de ahí se extrae su excepcionalidad). Estos métodos de investigación se deben someter a estrictos y rigurosos controles legales y judiciales, habida cuenta que si bien se posibilita una intervención temprana de las investigaciones policiales en el espacio criminal, también se hace más fácil incurrir en comportamientos prohibidos³⁴.

Es que, tal como fuera consignado en el CPPMI al regular la libertad de la prueba en su art. 148, son inadmisibles "...en especial, los elementos de prueba obtenidos por un medio prohibido, tales como la tortura, la indebida intromisión en la intimidad del domicilio, la correspondencia, las comunicaciones, los papeles y los archivos privados.". Los medios probatorios no pueden suprimir indebidamente garantías que terminen por afectar el sistema institucional que conforma el actual Estado de Derecho.

Es más, deviene indudable que la estrategia de confrontación a la delincuencia no convencional o delincuencia organizada —que es de carácter

31 Para un análisis en profundidad de ese tema ver, entre otros: LANDEIRA, R., "Tendencias jurisprudenciales sobre prueba ilícita en los juicios penales", *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, 3/2006, FCU, Montevideo, pp. 487-493. MINVIELLE, B., *La prueba ilícita y el debido proceso penal. Enfoque constitucional de la búsqueda de la prueba en el proceso penal*, Montevideo, 1988. PARRA QUIJANO, J., *Manual de Derecho Probatorio*, Bogotá, 2002, pp. 19-62.

32 "La expresión "Estado de derecho" es ciertamente una de las más afortunadas de la ciencia jurídica contemporánea. Contiene, sin embargo, una noción genérica y embrionaria, aunque no es un concepto vacío o una fórmula mágica, como se ha dicho para denunciar un cierto abuso de la misma. El Estado de derecho indica un valor (...). El valor es la eliminación de la arbitrariedad en el ámbito de la actividad estatal que afecta a los ciudadanos (...).", "El Estado de derecho es enemigo de los excesos, es decir, del uso "no regulado" del poder.". Cfr., ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, traducción, GASCÓN, M., 5.ª ed., Trotta, Madrid, 2003, pp. 21 y 29.

33 GATTI, G., "Juzgados Letrados Penales especializados en Crimen Organizado", *Congreso Binacional de Derecho Procesal Penal (Uruguay-Argentina) sobre la Reforma de la justicia penal y gobernabilidad democrática*, INSTITUTO DE ESTUDIOS COMPARADOS EN CIENCIAS PENALES Y SOCIALES, 2009, pp. 24-25. Véase: <<http://bit.ly/1OpXtVQ>>.

34 DE LA CRUZ OCHOA, R., "Criminalidad Organizada y Proceso Penal", *Congreso Internacional de Derecho Penal, VII Jornadas sobre Justicia Penal (UNAM, 19 al 23 de Junio de 2006)*, p. 2. Véase: <<http://bit.ly/1IZ2Zb8>>.

global o supranacional— exige un (mayor) fortalecimiento de diversos organismos públicos³⁵ y, en particular, de la administración de justicia.³⁶

Esto es más que razonable si se considera como ciertas organizaciones u estructuras delictivas, con significativo poderío económico, se nutren de importantes asesores y especialistas para instrumentar —por ejemplo— estrategias de lavado de activos. Precisamente, la alta especialización técnica de ciertos infractores —a la que refería BARRIOS DE ÁNGELIS³⁷—, o la influencia y el poder de los sujetos indagados o imputados hace que se deban tomar algunas precauciones.

Por esa razón no puede extrañar que se reclame una mayor dotación presupuestal para la administración de justicia, que redunde, por ejemplo, en la contratación de funcionarios asesores en temas económicos, financieros, contables³⁸; la formación o capacitación permanente del personal (por ejemplo, en temas de cooperación internacional, de estándares de seguridad, de

35 V.gr., Dirección General de Represión del Tráfico Ilícito de Drogas y Dirección General de Lucha contra el Crimen Organizado e INTERPOL del Ministerio del Interior; la Secretaría Nacional Antilavado de Activos de la Presidencia de la República; la Unidad de Información y Análisis Financiero del Banco Central del Uruguay. Véase: <<http://bit.ly/1TJK0MG>>.

36 La cooperación a nivel administrativo y jurisdiccional es esencial, de modo tal que se generen espacios o “redes” para el intercambio de información, datos, experiencia —*know how*—, etc. Los fenómenos delictivos signados por la supranacionalidad exigen una muy desarrollada capacidad de gestión en materia de cooperación (por ejemplo, en materia de diligenciamiento probatorio para disponer vigilancias electrónicas internacionales). Un ejemplo de cooperación exitosa a nivel administrativo puede ser —entre otros— el del citado GRUPO EGMONT, el cual conforma una red de Unidades de Inteligencia Financiera que busca aprovechar los beneficios del intercambio de información, experiencia y entrenamiento en la materia. Sin perjuicio de otros instrumentos internacionales en la materia, sobre los que no se puede abundar en la presente por no ser el objeto específico de la ponencia, resulta interesante destacar arts. 18, 19 —relativos a asistencia judicial recíproca e investigaciones conjuntas—, 20 —específicamente dedicado a la cooperación en el plano internacional en materia de técnicas especiales de investigación— y 26 y ss. —por los cuales se instituyen medidas para intensificar la cooperación, facilitando entre otras cosas el intercambio rápido y seguro de información— de la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional; así como los arts. 20 y 21 del Código Modelo de Cooperación Interjurisdiccional para Iberoamérica, elaborado por el INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO PROCESAL (2008), en cuanto allí se regula la cooperación en la investigación criminal entre las autoridades policiales y los órganos de persecución penal de Estados diversos, incluyendo la posibilidad de crear equipos de investigación conjunta para un objetivo específico y por un plazo determinado. Se prevé así la realización investigaciones difíciles y complejas con implicaciones en otros Estados y la necesidad de acción coordinada como hipótesis de justificación para la realización de dicha investigación común. También lo pone de manifiesto LANDEIRA en su Relato de Síntesis, cuando expresa que: “Todos los relatos coinciden en que estas formas de criminalidad requieren del sistema un alto grado de esfuerzos de coordinación, profesionalización y juzgamiento y también un alto grado de sofisticación en la investigación.”. Cfr., LANDEIRA, R., “El proceso relativo al crimen organizado en Iberoamérica. Relato de Síntesis”, en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, 2/2013, FCU, Montevideo, p. 159.

37 BARRIOS DE ÁNGELIS, D., *Teoría del proceso*, 2da. edición, actualizada, Montevideo-Buenos Aires, B de F, 2005, p. 196.

38 Como sucede en los procesos concursales, donde el art. 258 de la ley 18.387 crea cargos de Secretarios Contadores para las sedes especializadas (al respecto, también resulta de interés

derechos humanos); la construcción de sedes o instalaciones adecuadas; la adquisición de herramientas de seguridad (tanto desde el punto de vista de la integridad física de los funcionarios, como también, por ejemplo, de la seguridad electrónica y/o de la integridad de la información, lo cual en el caso de los datos obtenidos a partir de las nuevas técnicas de investigación resulta fundamental), etc.

Estimo que la ley 18.494 ha advertido esta delicada cuestión cuando, a modo de ejemplo, refiere a que el agente encubierto que pueda afectar derechos fundamentales como la intimidad, el domicilio o la inviolabilidad de las comunicaciones entre particulares, deberá solicitar al órgano judicial competente la autorización que al respecto establezca la Constitución y la ley, así como cumplir con las demás previsiones legales aplicables (art. 7.3).

En definitiva, el análisis de las técnicas especiales debe ser realizado, en la medida de lo posible, a partir de los principios básicos y fundamentales del proceso penal.

Dichos principios fundantes deben regir también, de la forma más plena posible, para los procesos penales en los que se investigan asuntos vinculados al crimen organizado³⁹.

La perspectiva constitucional y de garantías debe primar en todo el *iter* del procedimiento probatorio, desde su inicio hasta el final, con la apreciación correspondiente de los resultados probatorios. En particular, por su trascendencia desde el punto de vista de las garantías, se deberán tener en cuenta, el debido proceso, el estado o principio de inocencia, la igualdad procesal y la imparcialidad e independencia de los órganos del Poder Judicial. Solo excepcionalmente podrá justificarse el apartamiento respecto de lo estipulado por los principios procesales con carácter general⁴⁰.

la Acordada de la Suprema Corte de Justicia N.º 7.649). Recordar en este sentido, lo previsto en la ya referida ley 18.914.

39 Se debe recordar la especial relación que existe entre la prueba y el debido proceso. Tal como lo señala TARUFFO: "[...] el derecho a presentar todos los medios de prueba relevantes que estén al alcance de las partes es un aspecto esencial del derecho al debido proceso y debe reconocerse que pertenece a las garantías fundamentales de las partes." (TARUFFO, M., *La prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 56); o en palabras del Maestro COUTURE: "La ley que haga imposible la prueba es tan inconstitucional como la ley que haga imposible la defensa." (cfr., COUTURE, E., *Estudios de Derecho Procesal Civil*, t. I, 4.ª ed., Depalma, Buenos Aires, 2003, p. 48.). El derecho a la prueba comprende, pues, la posibilidad de producir prueba relevante, así como también el poder realizar un adecuado control en la etapa de producción o diligenciamiento, y su apreciación o valoración crítica.

40 A modo ilustrativo, se debería interpretar el inciso cuarto del art. 5 de la ley 18.494 según los citados parámetros generales. Dicho inciso prevé que: "Una vez designada la defensa (...) las actuaciones procesales serán puestas a disposición de la misma para su control y análisis, debiéndose someter el material al indagado para el reconocimiento de voces e imágenes.". Entiéndase bien, una vez designada la defensa penal (la cual es necesaria desde un primer momento para salvaguardar las garantías del indagado), las actuaciones procesales y probatorias

Se debe ajustar el procedimiento probatorio que se produce dentro del proceso penal a las reglas y principios que imperan con carácter general en el mismo, aun cuando nos enfrentamos a supuestos relacionados con el crimen organizado. Las excepciones se deberán de interpretar con carácter estricto y el alcance de las normas analizadas (arts. 4 a 7 de la ley 18.494), se deberá armonizar con el resto de las normas que componen al sistema procesal penal, en especial, aquellas de rango constitucional o supra-legal. Las técnicas especiales de investigación (o también, por algunos, “medios de prueba proactivos”) no deberían implicar un quiebre o fractura respecto del sistema procesal penal general que sirve de referencia.

Por tanto, si bien en su regulación se pueden encontrar aristas particulares, no se puede prescindir del contexto o marco procesal que brinda el CPP con relación a la prueba en el proceso penal (arts. 172, 173 y 174 del CPP).

Por ejemplo, salvo norma expresa en contrario, se aplica para valorar la prueba el criterio general de la sana crítica previsto en el art. 174 del CPP. Así lo ha entendido, incluso, la Suprema Corte de Justicia, al pronunciarse sobre la constitucionalidad de varias de las disposiciones de la ley 18.494, cuando al referir a la figura del colaborador y su eficacia probatoria destacó que la actividad de valoración se realiza de acuerdo con las pautas generales establecidas en el citado art. 174 del CPP^{41 42}.

derivadas de la instrumentación de medios de vigilancia electrónica deberán ser puestas a su disposición para el correspondiente control y análisis. Esto es, luego de que hayan cesado las causas que hacían presumible o probable, prima facie, la frustración de la prueba en cuestión (art. 113 del CPP, en la redacción dada por ley 17.773). El juez actuante podría, por ejemplo, en el mismo decreto que ordena la ejecución de la medida de vigilancia electrónica, dictar la resolución fundada que da carácter reservado al expediente, basándose en la posible frustración de esa prueba. Considero que de esa forma se constituiría una buena praxis forense, pues se permitiría delimitar con mayor certeza aquellas actuaciones procesales y probatorias que son reservadas de aquellas otras que no lo son en el caso concreto.

- 41 Algunas disposiciones que refieren a un criterio distinto al de la sana crítica son el art. 8 de la ley 8.080 (sobre proxenetismo), el art. 9 de la ley 14.095 (en lo concerniente al delito de usura), el cual no ha sido derogado por el art. 31 de la ley 18.212; el art. 82 del decreto ley 14.219 (vinculado al delito previsto en el art. 354 N.º 1 del Código Penal, actualmente en redacción dada por ley 18.116), el art. 6 del decreto ley N.º 14.319 (juegos de azar); el art. 61 del decreto ley N.º 14.294, incorporado por el art. 5 de la ley 17.016 (esta última disposición se podría entender derogada por el art. 44 de la ley 19.172). Con relación a la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, ver sentencia N.º 264, de 15 de mayo de 2013, relativa a la constitucionalidad de la ley 18.494.
- 42 Resulta relevante señalar que el art. 31 del decreto ley 14.294 (sobre estupefacientes), en la redacción dada actualmente por la polémica y novedosa ley 19.172, de 20 de diciembre de 2013 (de regulación del mercado de cannabis), sustituyó la referencia a la “convicción moral” del juez para determinar la responsabilidad penal de las personas que tuvieran en su poder ciertas cantidades de sustancia para consumo personal, pasando a referir expresamente a las reglas de la sana crítica. También se incluyó referencia a la sana crítica en el art. 30 del decreto ley 14.294, ahora en la redacción dada por el art. 6 de la referida ley 19.172.

4. LAS TÉCNICAS ESPECIALES REGULADAS EN NUESTRO ORDENAMIENTO

- *Entrega vigilada*

El art. 4 de la Ley 18.494 sustituye los arts. 9 a 12 de la Ley 17.835, de 23 de septiembre de 2004, que ya regulaban el mecanismo de la circulación y entrega vigilada de dinero en efectivo, metales preciosos u otros instrumentos monetarios, sustancias tóxicas, estupefacientes, psicotrópicos, precursores u otras sustancias prohibidas (ampliándose ahora su ámbito de aplicación). Actualmente se permite la entrega vigilada de cualquier bien que pueda ser objeto de un delito que sea competencia de los Juzgados Letrados de Primera Instancia Especializados en Crimen Organizado.

Asimismo, y como sucede en los restantes casos analizados, se podrá eventualmente aplicar conjuntamente con las otras figuras (vigilancia electrónica, el agente encubierto o, incluso, el colaborador). Al igual que en los casos de vigilancia electrónica y designación de agentes encubiertos, a partir de la citada ley 18.494 se debe requerir su aplicación por parte del Ministerio Público⁴³.

- *Colaborador*

El art. 6 de la ley 18.494 regula expresamente la figura del colaborador, el procedimiento para su instrumentación, la finalidad, su alcance, etc.⁴⁴

Por intermedio de la declaración del colaborador se puede llegar a determinar la ocurrencia de hechos delictivos vinculados al crimen organizado (debe aportar información esencial o significativa, por ejemplo para el desbaratamiento de la organización).

El colaborador puede haber sido, o no, parte de la organización criminal que se investiga, más en todo caso, tal como lo dispone la ley, deberá haber abandonado la actividad delictiva (naturalmente, en la valoración de su eficacia para los fines del proceso se tendrá en cuenta el grado de participación o el rol del colaborador en la organización delictiva).⁴⁵ La declaración del colaborador

43 El texto original del art. 9 de la ley 17.835 habilitaba la entrega vigilada a requerimiento "...del Jefe de Policía Departamental que correspondiere o del Ministro del Interior...". Dichas referencias han sido suprimidas de la regulación actualmente vigente.

44 Ver, entre otros, RAMPOLDI, D., "Aspectos procesales de la figura del colaborador en los juicios penales", en *XVI Jornadas Nacionales de Derecho Procesal* (Paysandú-2013), Mastergraf, Montevideo, 2013, pp. 369-385.

45 Se podrán instrumentar como medidas de protección, por ejemplo, la utilización de mecanismos que impidan la identificación visual del colaborador por parte de terceros ajenos al proceso, la citación reservada, la posibilidad de recibir su declaración a través de medios audiovisuales u otras tecnologías adecuadas.

se deberá formular a los 180 días desde que haya decidido acogerse al beneficio legal, en función del acuerdo correspondiente con el Ministerio Público.⁴⁶

El acuerdo con el colaborador puede ser realizado en cualquier etapa del proceso penal. De acuerdo con la disposición que se comenta, el colaborador puede obtener la reducción o exención de pena o, más aún, la no formulación de la “requisitoria fiscal” pertinente, según los casos.^{47 48}

- *Agente encubierto*

Se encuentra previsto en el art. 7 de la ley 18.494. Se trata de una actividad ciertamente riesgosa y excepcional, ya que a través de la misma se permite al agente o funcionario ingresar en una determinada organización delictiva, para de ese modo asegurar prueba, desbaratar una organización, individualizar a sus integrantes, etc.⁴⁹

Con respecto a la justificación de la técnica, MINVIELLE (haciendo referencia a una hipótesis similar a la aquí analizada: la de los agentes secretos, que pueden ser o no funcionarios públicos), señala que en ciertos delitos “...

46 Esta cuestión se vincula con la interrogante de la vigencia —para estos supuestos— del principio de indisponibilidad (conocido también como principio de irretractabilidad o inmutabilidad), por el cual una vez iniciado el proceso penal no puede disponerse de él, “...es decir, no puede desistirse o transigirse, sino que solo puede terminar mediante sentencia y en la forma y casos que disponga la ley”. Cfr., ARLAS, J., *Curso de derecho procesal penal*, t. I, Montevideo, FCU, 1994, pp. 26-27. En similar sentido, y entre muchos otros autores que estudian los principios que gobiernan el proceso penal: CLARÍA OLMEDO, J., *Derecho Procesal Penal*, t. I, Lerner, Córdoba, 1984, pp. 243-244.

47 Por su parte, en el Código Penal, la colaboración eficaz con la autoridad judicial constituye una circunstancia atenuante del grado de la pena (art. 46 N.º 12). Ello ha sido destacado en la propia exposición de motivos de la ley. Cfr., Diario de sesiones, Cámara de Representantes – Poder Legislativo, N.º 3588, 3 de junio de 2009, p. 25.

48 Esta es una razón más que especial por la cual la prueba así obtenida deba ser apreciada con suma cautela (téngase en cuenta que, por ejemplo, podrían estar influyendo factores como el odio, el resentimiento, la venganza).

49 Se debe distinguir de la figura del “agente provocador” (art. 8 del Código Penal, en la redacción dada por el art. 74 de la ley 17.243), pues —a modo de ejemplo— no todo agente encubierto es un agente provocador. La finalidad del agente encubierto puede ser impedir la consumación de un delito, lograr la individualización o detención de autores o cómplices, obtener y asegurar medios de prueba, etc. No se ajusta a los fines del presente informe el analizar los supuestos de delito provocado o de delito inducido, así como la responsabilidad penal del agente encubierto, aspectos que —mayoritariamente— hacen a la cuestión sustancial o de fondo (solo corresponde tener presente que el delito provocado por la autoridad ya se encontraba regulado por el Código Penal en su art. 8 (en la redacción dada por art. 74 de la ley 17.243, de 29 de junio de 2000). Para MALET la redacción del art. 7.4 de la Ley N.º 18.494 “...implica aparentemente la derogación tácita de la figura del agente provocador...”. Se entiende, en el caso, que la regulación dada por la Ley N.º 18.494, no es incompatible con el instituto del delito provocado. Se podría intentar armonizar ambas figuras. Si a la autorización del agente encubierto se le agrega por parte del Juez la autorización para provocar el delito en el marco de lo dispuesto por el art. 8 del Código Penal, se podría acumular y compatibilizar operativamente ambos institutos. MALET VÁZQUEZ, M., “Terrorismo y crimen organizado: las garantías en cuestión. La situación del agente encubierto”, *Revista de derecho penal*, segunda época, N.º 19, FCU, Montevideo, 2011, pp. 66-74.

los denunciantes espontáneos escasean —ya sea porque no quieren o no pueden denunciar—, y en consecuencia el “ascertamiento” solo puede realizarse por medio de agentes secretos, los cuales se acercan a las personas indiciadas de delito para —aparentemente— apoyar su actividad pero que en realidad es para recoger prueba en su contra.”⁵⁰

En la legislación uruguaya se requiere solicitud expresa del Ministerio Público, correspondiendo al Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Penal especializado en Crimen Organizado autorizar la instrumentación del mecanismo de investigación que se analiza.

- *Vigilancia electrónica*

El art. 5 de la ley 18.494 regula las medidas de vigilancia electrónica. De la lectura del artículo en cuestión se aprecia la amplitud con la que se encuentra regulada la figura (se pueden llegar a producir diferentes tipos de vigilancia electrónica en virtud que la misma no se limita a determinados medios tecnológicos).⁵¹

En efecto, a diferencia de lo que sucede en el art. 212 del CPP⁵², no se utilizan términos como el de la interceptación o intervención de comunicaciones (que podrían ser interpretados de forma restrictiva), sino que —por el contrario— se acude a la expresión “vigilancia electrónica” para definir a la técnica de forma mucho más amplia.⁵³

En este caso, se prevé que el mecanismo de investigación pueda ser aplicado al esclarecimiento de **cualquier delito**, con lo cual se encuentra una notoria diferencia respecto del resto de las técnicas especiales de investigación. Se aprovechó, pues, la promulgación de la ley 18.494 para incluir una disposición con muchísima mayor generalidad y alcance.⁵⁴

50 Cfr., MINVIELLE, B., *La prueba ilícita y el debido proceso penal. Enfoque constitucional de la búsqueda de la prueba en el proceso penal*, AMF, Montevideo, 1988, p. 77.

51 Véase, más ampliamente, SOBA BRACESCO, I., “La vigilancia electrónica entre la eficacia de la instrucción y las garantías del derecho probatorio”, en *XVI Jornadas Nacionales de Derecho Procesal* (Paysandú-2013), Mastergraf, Montevideo, 2013, pp. 387-402.

52 La mayor parte de la bibliografía existente refiere a la interceptación de comunicaciones en el Derecho uruguayo con anterioridad a la aprobación de la ley 18.494. En ese sentido, se puede consultar, entre otros: BERMÚDEZ, V., “Medios de prueba”, en AA.VV., *Curso sobre el Código del Proceso Penal*, Montevideo, FCU, 1981, pp. 299 y ss.; PERCIBALLE, R., *Sistema de garantías constitucionales en todo proceso adscriptivo de responsabilidad penal*, Montevideo, Carlos Álvarez Editor, 2006, pp. 212 y ss.; LANDEIRA, R., “Tendencias jurisprudenciales sobre prueba ilícita en los juicios penales”, *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, 3/2006, Montevideo: FCU, pp. 487-493; GARDERES, S.; VALENTIN, G. (con la colaboración de DÍAZ, S.), *Código del Proceso Penal comentado*, Montevideo-Buenos Aires: La Ley Uruguay, 2012, pp. 513 y ss.

53 La vigilancia electrónica podrá tener por objeto interceptar la correspondencia, las comunicaciones telefónicas, las comunicaciones electrónicas de cualquier tipo, o podrá consistir en la utilización de micrófonos, cámaras, utilización de imágenes satelitales, etc.

54 Se ha rechazado su inconstitucionalidad a través de la citada sentencia N.º 264, de 15 de mayo de 2013, de la Suprema Corte de Justicia.

5. OTRAS PARTICULARIDADES⁵⁵

Si bien ya existían antecedentes en nuestra legislación —que resultan aplicables con carácter general (aunque principalmente se encuentran destinados a la protección de víctimas y testigos en el ámbito administrativo o policial)—, el art. 8 de la ley 18.494 prevé la implementación de **medidas de protección** para testigos, víctimas, peritos, colaboradores⁵⁶.

El art. 9 de la ley prevé, por su parte, el delito de revelación de medidas de protección de naturaleza secreta (cuyo sujeto activo es el funcionario público).

Por su parte, respecto de las particularidades en sede de **medidas cautelares** cabe remitir al art. 2 de la Ley 18.494, que sustituye el art. 62 del decreto Ley 14.294 en la redacción dada por el art. 5 de la ley 17.016 se regula de manera detallada la temática cautelar.⁵⁷

Luego, por el art. 1 de la Ley 18.914, se dispuso que también sea aplicable la normativa sobre medidas cautelares a los supuestos delictivos previstos por el art. 8 de la Ley 17.835 —en la redacción dada por el art. 1 de la Ley 18.494—, ampliándose su ámbito de aplicación a delitos no previstos en el decreto ley 14.294 y modificativos (relativo a estupefacientes).

A lo anterior se debe agregar que mediante el art. 48 de la ley 19.149, de 24 de octubre de 2013 se incorporó un nuevo ordinal al art. 62 que se comenta. Claramente, se trata de una normativa sujeta periódicamente a modificaciones, así como inserta en un proceso permanente de adaptación a estándares internacionales.

Una de las finalidades de la regulación cautelar, si no la principal, es asegurar la disponibilidad de los bienes sujetos a un eventual decomiso.

55 ADRIASOLA, G.; DIÁZ, J. y VILLEGAS, A., *Crimen organizado y lavado de dinero en la ley N.º 18.494*, Carlos Álvarez Editor, Montevideo, 2010.

56 Entre dichos antecedentes cabe referir a el art. 36 de la ley 16.707; los arts. 32 a 37 de la ley 18.315 (de procedimiento policial); y el Decreto del Poder Ejecutivo N.º 209/000.

57 DI GIOVANNI NICOLA, A., "Medidas cautelares y decomiso en los delitos de tráfico de estupefacientes y lavado de dinero", *Revista de derecho penal*, segunda época – N.º 19, Montevideo, FCU, 2011, pp. 29-41. La utilización de la normativa procesal general no se debe descartar en materia de medidas cautelares. En particular, la aplicación de la regulación civil no puede resultar extraña, desde que en el propio CPP se hace mención a la natural complementación legal que se da —en lo pertinente— entre las normas procesales penales y el resto del ordenamiento jurídico (véase, arts. 6 y 159 del CPP). Asimismo, como una particularidad a destacar se encuentra que la técnica legislativa empleada en la regulación de las medidas cautelares asociadas a la temática del crimen organizado se basa en la redacción dada a proceso cautelar civil en los arts. 311 y ss. del CGP, con ciertas modificaciones.

En cuanto a la regulación de la figura del **decomiso**⁵⁸, el art. 2 de la ley 18.494 también modifica el art. 63 del decreto ley 14.294, en la redacción dada por el art. 5 de la ley 17.016.

A su vez, el art. 1 de la ley 18.914 dispuso su aplicación a otros supuestos delictivos, lo cual derivó en una ampliación de su ámbito de aplicación a otros delitos vinculados al lavado de activos y la financiación del terrorismo. Más recientemente, a través del art. 47 de la ley 19.149 se agrega un nuevo ordinal al art. 63 reseñado.

Como es sabido, se trata de la privación con carácter definitivo de algún bien, producto o instrumento, como consecuencia jurídica accesoria de la actividad ilícita. Parte de la idea que afectando bienes o ganancias se puede lograr desbaratar a las organizaciones delictivas. También se regula el decomiso por equivalente y el decomiso de pleno derecho.⁵⁹

En cuanto a la cooperación judicial internacional en materia de decomiso la normativa nacional que expresamente refiere al punto en delitos vinculados al tráfico ilícito de estupefacientes se encuentra contemplada en los arts. 75 y ss. del decreto ley 14.294, incorporados por art. 5 de la ley 17.016. Dicha disposición trata acerca de las solicitudes de cooperación jurídica penal internacional referentes al auxilio jurídico de mero trámite y probatorio, así como también al auxilio relativo a la temática cautelar, de inmovilización, confiscación, decomiso o transferencia de bienes.

A su vez, son múltiples los instrumentos internacionales que refieren al punto y que han sido ratificados por Uruguay.

A modo de ejemplo, se puede hacer mención al art. 5 de la Convención Interamericana sobre Terrorismo, los arts. 12 y ss. de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional; el art. 8 del Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, etc.

58 DI GIOVANNI NICOLA, A., "Medidas cautelares y decomiso en los delitos de tráfico de estupefacientes y lavado de dinero", *Revista de derecho penal*, segunda época - N.º 19, Montevideo, FCU, 2011, pp. 29-41; VIZUETA FERNÁNDEZ, J., "La regulación general del comiso en el Código Penal español", *Revista de derecho penal*, segunda época - N.º 19, Montevideo, FCU, 2011, pp. 99-145. Respecto del "decomiso" de armas de fuego, véase el art. 12 de la ley 19.247, de 15 de agosto de 2014.

59 En este caso resultan de interés procesal las referencias a la prueba respecto del origen de los bienes o fondos inmovilizados. Se debe aportar prueba del origen lícito de los bienes, capaz de contradecir los indicios recogidos al solicitar la medida (ver, art. 63.4 y 63.5 del Decreto Ley N.º 14.294 en la redacción dada —en último término— por el art. 2 de la Ley N.º 18.494). Díaz señala que no se consagró en el caso de nuestra legislación una hipótesis de inversión de la carga de la prueba (cfr., ADRIASOLA, G.; DIÁZ, J.; VILLEGAS, A., *Crimen organizado y lavado de dinero en la ley N.º 18.494*, Carlos Álvarez Editor, Montevideo, 2010, pp. 198). Asimismo, una interesante referencia jurisprudencial sobre decomiso se puede ubicar en la sentencia N.º 320, de 23 de noviembre de 2011, del Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 3.º Turno.

Asimismo, se encuentra prevista en la legislación nacional la existencia de un Fondo de Bienes Decomisados, el cual se encuentra a cargo de la Junta Nacional de Drogas, quien tendrá la titularidad y disponibilidad de los bienes que integren dicho Fondo.⁶⁰

Al Fondo de Bienes Decomisados se destinan los bienes, productos o instrumentos que hayan sido confiscados, que no sean destruidos y que no resulten perjudiciales para la población. Es, en cada caso, el Juez competente quien pondrá dichos bienes a disposición de la Junta Nacional de Drogas. La Junta determinará el destino de los bienes, pudiendo optar por lo que sea más conveniente y oportuno al caso concreto (retenerlos para su uso oficial, transferirlos a otras entidades públicas o privadas, etc.).

Es más, el art. 46 de la ley 19.149 ha facultado a la Junta Nacional de Drogas a comparecer en los procesos que promuevan los acreedores contra los bienes incautados por la comisión de delitos vinculados con el tráfico ilícito de estupefacientes, el lavado de activos o la financiación del terrorismo, “en defensa de los intereses del Estado”.

Por último, respecto al **bloqueo de transacciones**, se destaca lo dispuesto por el art. 6 de la Ley 17.835, en la redacción dada por el art. 1 de la Ley 18.494, en cuanto allí se establece que será la Unidad de Información y Análisis Financiero (UIAF) del Banco Central del Uruguay la que, por resolución fundada, puede instruir a las instituciones sujetas al control de dicho Ente para que impidan, por un plazo de hasta 72 horas, la realización de operaciones sospechosas. Se agrega, además, que dicha decisión se deberá comunicar inmediatamente a la sede penal competente, la cual, consideradas las circunstancias del caso, determinará si correspondiere, sin previa notificación, la inmovilización de los activos de los partícipes. La resolución que adopte el Juez Penal competente, sea disponiendo o denegando la inmovilización de los fondos, será comunicada a la UIAF, la que a su vez deberá ponerla en conocimiento de las instituciones sujetas al control del Banco Central del Uruguay que se han visto involucradas.

Por último, como otra particularidad relevante, se debe hacer mención a la **duración de la reserva en la etapa del presumario penal**.⁶¹ El art. 3 de la ley 18.494 prevé para los procesos tramitados ante las Sedes judiciales

60 Dicho Fondo se encuentra regulado en el decreto ley 14.294, art. 67 (en la redacción dada por la ley 17.930, art. 68); en la ley 18.046, art. 125 (en la redacción dada por la ley 18.362, art. 48); y en la ley 18.588 (el cual restablece la vigencia de las disposiciones anteriores, derogadas — probablemente por inadvertencia— a través de la ley 18.494). Se encuentra reglamentado por Decreto del Poder Ejecutivo N.º 339/010, de 18 de noviembre de 2010.

61 GARDERES, S. y VALENTÍN, G., *El nuevo régimen del presumario*, Montevideo, FCU, 2005, pp. 32-35; *Bases para la reforma del proceso penal*, Montevideo, KAS-SERPAAJ, 2007, pp. 39-40; (con la colaboración de Díaz, S.), *Código Procesal Penal Comentado*, Montevideo-Buenos Aires, La Ley Uruguay, 2012, pp. 314 y ss.; PREZA RESTUCCIA, D., *El proceso penal uruguayo*, Montevideo, FCU, 2005, pp. 124-126.

especializadas que no regirá el plazo de un año previsto para la reserva de actuaciones en el art. 113 del CPP, a los efectos del diligenciamiento de prueba que por su naturaleza deba producirse sin el conocimiento del indagado. Si bien la redacción ofrece dudas, fruto de su armonización con el propio art. 113 del CPP, se ha señalado en la exposición de motivos de la ley que el artículo "...responde a la manifiesta complejidad que presentan estas investigaciones"⁶² y a que en ciertos supuestos, como por ejemplo en los relacionados al narcotráfico o trata de personas, generalmente hay dos o más países involucrados y la cooperación internacional insume su tiempo.⁶³

6. REFLEXIONES FINALES: LA TÉCNICA LEGISLATIVA PROCESAL

En los últimos años se han gestado diversas modificaciones o reformas parciales de carácter procesal.⁶⁴

62 Diario de sesiones, Cámara de Representantes – Poder Legislativo, N.º 3588, 3 de junio de 2009, pp. 25.

63 Cámara de Senadores (Comisión especial sobre lavado de activos y crimen organizado), Distribuido N.º 3095/2009, de 31 de marzo de 2009.

64 Como una de las últimas reformas parciales al caótico sistema procesal penal, ver ley 19.196, de 25 de marzo de 2014 (conocida como ley de responsabilidad penal empresarial), cuyo art. 3 consagra una nueva modificación al Código del Proceso Penal (CPP). Concretamente, se dispone: "Modifícase el artículo 83 del Código del Proceso Penal, Decreto-Ley N.º 15.032, de 7 de julio de 1980, el que quedará redactado de la siguiente manera: 'ARTÍCULO 83. (Del denunciante).- Es denunciante toda persona que comunica al Juzgado competente la noticia de hechos que, a su juicio, constituyen delito. La denuncia deberá ser presentada por escrito en el que se relatarán los hechos y se agregarán los elementos de prueba de que se disponga, así como la solicitud de su diligenciamiento si correspondiere. El damnificado, el denunciante y el tercero civilmente responsable tendrán acceso al expediente durante todo el desarrollo del presumario, y podrán proponer el diligenciamiento de pruebas". La disposición se encuentra formalmente ubicada en el capítulo consagrado al damnificado —que se asimila bastante a la víctima— y el "responsable civil" (i.e., tercero civilmente responsable). Antes de la modificación que se comenta, el art. 83 establecía, con carácter restrictivo, que tanto el damnificado como el responsable civil no tendrán más intervención ni facultades que las que establecen los artículos 80 a 82. Su participación era, por tanto, limitada, escasa y de tipo accesorio y/o marginal. Ahora, se suman a las facultades ya previstas (v.gr., cautelares y de instrucción durante el sumario y la ampliación sumarial), la posibilidad de diligenciar prueba y acceder a las actuaciones durante todo el desarrollo del presumario. Se podría discutir el rol del denunciante (y si se aplican o no extensivamente otras disposiciones relativas al damnificado —que puede no ser el denunciante— y al tercero civilmente responsable), ya que los arts. 80 a 82 no lo contemplan expresamente en la asignación de facultades de instrucción y cautelares. Como es sabido, la denuncia se regula en los art. 105 y ss. del CPP, así como en los arts. 92 y ss. de la Ley 18.315 (conocida como ley de procedimiento policial), entre otros. Claramente, se trata de una modificación general, que excede en su ámbito de aplicación la temática de la denominada "responsabilidad penal empresarial", y que no ha previsto particularidades para los casos de crimen organizado. Excede el objeto del presente el determinar si se debe o no dar preponderancia a dicha ley respecto de la particularidad prevista para la duración del presumario en sede de crimen organizado. Cfr., SOBA BRACESCO, I.M., *Derecho Procesal* [blog]. Véase: <<http://bit.ly/1Rj3r0O>>; GARDERES, S., "Modificaciones a la reserva del presumario (Ley N.º 19.196)", en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, 2/2013, Montevideo, FCU, pp. 201-208.

Además, se ha planteado la necesidad de una revisión o sustitución profunda del sistema codificado (ya que se considera vetusto al Código del Proceso Penal).⁶⁵

El ejemplo más reciente de ello es el proyecto de Código Procesal Penal elaborado en el año 2009 por la Comisión para la Reforma del Código del Proceso Penal (art. 21 ley 17.897). Dicho proyecto ha sido aprobado, con algunas modificaciones respecto del original, por ley 19.293, de 19 de diciembre de 2014 (el cual entrará en vigencia el 1 de febrero de 2017).

Asimismo, ha tenido aparición un cúmulo de legislación relevante cuyo principal objetivo ha sido la prevención, el control y la represión del narcotráfico, el lavado de activos y la financiación del terrorismo, como parte de una tendencia a **la uniformización de la normativa** o a la **consagración de soluciones homogéneas** a nivel internacional.

El Código del Proceso Penal actualmente vigente en Uruguay prevé una regulación general del proceso penal, sin hacer distinción en función del hecho delictivo o presuntamente delictivo, como tampoco en razón del tipo de delincuente o de la organización delictiva involucrada o presuntamente involucrada en aquel hecho.

Sin embargo, se han previsto en la legislación ciertas particularidades para los procesos penales en los que se sustancian asuntos vinculados al crimen organizado, lo que al menos da la pauta de una tutela penal diferenciada, basada en particularidades de gran relevancia. Por todo ello, se entiende que el fenómeno de la delincuencia organizada ha venido a afectar aún más la anacrónica regulación del proceso penal uruguayo.

Hoy en día, la aplicación de la reforma procesal penal (aprobada, pero no vigente) se impone como una necesidad ineludible para considerar diversos factores, entre ellos el de la delincuencia organizada.⁶⁶

65 Desde la aprobación misma del CPP (o, para ser más precisos, desde antes) el Instituto Uruguayo de Derecho Procesal ha estado señalando sus discrepancias con el sistema plasmado en el Código. Por ejemplo, se expresó que se debía "...reducir la etapa de instrucción a la adopción de las medidas indispensables de carácter cautelar, incluyendo la anticipación de pruebas (...)", para luego pasar "...lo más rápidamente posible al plenario, tramitado según la orientación del proceso por audiencias (sistema de la oralidad)". Cfr., GELSI BIDART, A., "El Instituto y el Código del Proceso Penal", en AA.VV., *Curso sobre el Código del Proceso Penal*, Montevideo, FCU, 1981, pp. 8-9.

66 De esta forma se contribuiría, además, a una mejor técnica procesal legislativa (i.e., más simple, coherente y consistente, sin —por ejemplo— tantas remisiones a normas anteriores). Se debe actuar en pos de la búsqueda de "racionalidad" y coherencia para el sistema, acudiendo a la utilización permanente de los principios, conceptos e institutos fundamentales del Derecho procesal, contruidos a partir del basamento de una Teoría general que proporcione orden, unidad, plenitud y, al mismo tiempo, simplicidad. Al respecto, ver entre otros: TARUFFO, M., "Racionalidad y crisis de la ley procesal", *Doxa-Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N.º 22, 1999. Los múltiples problemas a los que se ve enfrentado en la actualidad el sistema procesal uruguayo (v.gr.: mayor dispersión normativa, inflación legislativa, falta de simplicidad en algunos casos,

Una reforma procesal penal que tenga como “objetivo” o “expectativa” fundamental el procurar —entre otras cosas— el equilibrio entre una mayor eficacia global del sistema de justicia penal y la tutela de los derechos y garantías individuales.

7. ANEXO

Artículo 414 de la Ley 18.362

(En su redacción modificada)

Créase en el Poder Judicial a partir del 1 de enero de 2009 dos cargos de Juez Letrado de Primera Instancia en la Capital con destino a la creación de dos nuevos Juzgados Letrados de Primera Instancia en materia Penal con especialización en Crimen Organizado, con sede en la ciudad de Montevideo, cuya competencia será la siguiente:

En todo el territorio nacional, en los siguientes casos:

- 1) Los delitos previstos en los artículos 54 a 57 del Decreto-Ley N.º 14.294, de 31 de octubre de 1974, incorporados por el artículo 5 de la Ley N.º 17.016, de 22 de octubre de 1998 y sus modificativas.
- 2) Los delitos previstos en los artículos 14 a 16 de Ley N.º 17.835, de 23 de setiembre de 2004, en la redacción dada por la presente ley.
- 3) Los delitos tributarios previstos en el Código Tributario y en el Decreto-Ley N.º 15.294, de 23 de junio de 1982.
- 4) El delito de quiebra fraudulenta.
- 5) El delito de insolvencia fraudulenta.
- 6) El delito previsto en el artículo 5 de la Ley N.º 14.095, de 17 de noviembre de 1972 (Insolvencia societaria fraudulenta).
- 7) El delito previsto en el artículo 76 de la Ley N.º 2.230, de 2 de junio de 1893.
- 8) Los delitos de tráfico ilícito de armas de fuego, municiones, explosivos y otros materiales relacionados. (*)
- 9) También serán competentes para entender en los casos de inmovilización de activos establecidos en el artículo 6 de la Ley N.º 17.835, de 23 de setiembre de 2004, e incautación de fondos o valores no declarados al amparo del artículo 19 de la citada ley.
- 10) Las conductas delictivas previstas en la Ley N.º 17.815, de 6 de setiembre de 2004, en los artículos 77 a 81 de la Ley N.º 18.250, de 6 de enero de 2008, y todas aquellas conductas ilícitas previstas en el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la

problemas de coherencia y consistencia del sistema), hacen sumamente aconsejable la lectura del trabajo del Prof. TARUFFO. También: TARUFFO, M., *Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil*, Temis, Bogotá, 2006, pp. 45-56.

utilización de niños en la pornografía o que refieran a trata, tráfico o explotación sexual de personas, cuando tales delitos sean cometidos por un grupo criminal organizado, estándose en cuanto a la definición de este a la ya establecida en la Ley N.º 18.362, de 6 de octubre de 2008. (*)

En los departamentos de Montevideo y Canelones en los siguientes casos:

1) Los delitos contra la Administración Pública incluidos en el Título IV del Libro II del Código Penal y los establecidos en la Ley N.º 17.060, de 23 de diciembre de 1998 (delitos de corrupción pública), cuyo monto real o estimado sea superior a US\$ 20.000 (veinte mil dólares de los Estados Unidos de América). (*)

2) Falsificación y alteración de moneda previstas en los artículos 227 y 228 del Código Penal.

3) Cuando sean cometidos por un grupo delictivo organizado: los delitos previstos en los artículos 30 a 35 del Decreto-Ley N.º 14.294, de 31 de octubre de 1974 y sus modificativas; los previstos en la Ley N.º 17.011, de 25 de setiembre de 1998 y sus modificativas; los previstos en la Ley N.º 9.739, de 19 de diciembre de 1937 y sus modificativas; los reatos de estafa y de apropiación indebida.

Se entiende por grupo delictivo organizado un conjunto estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer dichos delitos, con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material.

Cuando se trate de los delitos indicados en el inciso anterior, los Juzgados Letrados de Primera Instancia Especializados en Crimen Organizado tendrán competencia en todo el territorio nacional, si hubieran prevenido.

Se entenderá que existió prevención cuando el Juzgado Letrado Especializado en Crimen Organizado hubiera iniciado una investigación criminal y a sus efectos, hubiera dispuesto medidas tales como entrega vigilada, vigilancia electrónica o actuación de agentes encubiertos o colaboradores.

Las contiendas de competencia o excepciones de incompetencia que se planteen con respecto a los Juzgados Letrados de Primera Instancia Especializados en Crimen Organizado no tendrán efecto suspensivo y lo actuado por el Juez incompetente, será válido hasta que se declare por resolución firme su incompetencia.

Los Juzgados Letrados de Primera Instancia en lo Penal de todo el país que estén conociendo, en cualquier etapa del procedimiento, en casos que a partir del 1º de enero de 2009 son competencia exclusiva de los Juzgados Especializados, habrán de continuar entendiendo en ellos hasta su finalización. (*)

En los casos de reiteración de delitos que correspondan al fuero especializado y al común, serán competentes para entender en ellos los Juzgados Especializados. Consecuentemente, también serán competentes para resolver la unificación de penas entre causas especiales y comunes. (*)

(*) Notas:

Numeral 1), inciso 3) redacción dada por: Ley N.º 18.914 de 22/06/2012 artículo 4.

Numeral 10), inciso 2) redacción dada por: Ley N.º 18.914 de 22/06/2012 artículo 5.

Numeral 8), inciso 2) redacción dada por: Ley N.º 19.247 de 15/08/2014 artículo 11.

Incisos finales agregado/s por: Ley N.º 18.514 de 26/06/2009 artículo 1.

Numeral 1), inciso 3) redacción dada anteriormente por: Ley N.º 18.494 de 05/06/2009 artículo 13.

Fuente: IMPO – Centro de Información Oficial: <<http://bit.ly/1O3Gq1v>>.

DEBILIDADES DE LA EXTINCIÓN DE DOMINIO EN MÉXICO

Gustavo Fondevila*

Centro de Investigación y Docencia Económicas

Alberto Mejía**

Centro de Investigación y Docencia Económicas

SUMARIO: 1. Instrumentos jurídicos del sistema penal mexicano contra el poder económico de la delincuencia organizada. 2. El proceso en el juicio de extinción de dominio. 3. Cifras de la extinción de dominio. 4. Posibles fallas del juicio de extinción de dominio. 5. Conclusiones.

Una de las primeras medidas del gobierno de Felipe Calderón, poco después de asumir la presidencia, fue declarar la “guerra al narcotráfico”. Esta frase que se convirtió posteriormente en un auténtico signo de los tiempos en México significó un involucramiento institucional directo del Estado en la persecución de los grupos de la delincuencia organizada que operaban en el país. Uno de los puntos más visibles de esta “guerra al narcotráfico” fue la solución militar del problema, lo que implicó la participación directa y masiva de las fuerzas armadas en el “combate” a los cárteles de la droga. Entre algunas de las consecuencias directas de esta nueva política pública se cuenta un saldo total de 121,683 homicidios (con un aumento en los homicidios de 10,452 en 2006 a 26,967 en 2012 -Inegi, 2013), la desaparición forzada de alrededor de 25,700 personas¹, etc. La respuesta militar no fue la única desarrollada por el Estado frente al crimen organizado. El sistema judicial incorporó un régimen de excepción para este tipo de delitos (Ley federal contra la delincuencia organizada) que proporcionó a la procuración e impartición de justicia amplias facultades en un esquema de restricción de garantías para perseguir y procesar a los sospechosos de cometer este delito (similares a la doctrina del derecho penal del enemigo - JAKOBS, 2004; SINGELNSTEIN y STOLLE, 2012).

* Profesor-Investigador en el CIDE.

** Profesor adjunto De Derecho Penal I, Derecho Penal II y Derecho Procesal Penal en el CIDE.

1 Amnistía Internacional. Véase: <<http://bit.ly/1Z6JgVw>>. (acceso 06.08.15)

Frente a esto, el Estado también intentó desarrollar una estrategia de persecución financiera de los grupos delictivos. Esto significó incorporar mecanismos de cooperación entre autoridades bancarias y financieras, implementación del *compliance*, y un programa de prevención de lavado de dinero (Ley Federal contra la Delincuencia Organizada²). En este contexto, otra de las estrategias básicas para debilitar la estructura económica del crimen organizado fue la incorporación de una figura jurídica nueva para el ordenamiento nacional consistente en la acción de extinción de dominio (posteriormente se publicó su ley reglamentaria en mayo de 2009³). Esta figura significó una verdadera transformación de las tradicionales figuras especializadas en el combate financiero a la delincuencia organizada (aseguramiento y decomiso) y el reconocimiento de sus limitaciones para debilitar su estructura financiera, aumentar sus costos, reducir sus ganancias, dificultar su operación y afectarlo de manera frontal en términos económicos. El aseguramiento y el decomiso se mostraron demasiado simples y por ende, ineficientes frente a una forma de delincuencia con características de operación especiales y actividades delictivas sofisticadas. Habitualmente el gran problema en su aplicación era que los bienes utilizados para cometer delitos (o como producto de los mismos) no tenían relación directa con los procesados por el sistema de justicia, lo que impedía que el Estado pudiera implementar con facilidad dichos instrumentos para allegarse de los mismos⁴.

La creación e incorporación de la extinción de dominio tenía la finalidad de solucionar todas estas limitaciones de las viejas herramientas jurídicas y convertirse en el gran instrumento para atacar las economías de la delincuencia organizada. Sin embargo, a pesar de su importancia, todavía no hay un balance de su eficiencia ni mucho menos, de su funcionamiento como estrategia judicial económica. Después de 7 años de su implementación, la extinción de dominio no ha generado el debate y crítica que permita evaluar debidamente su función. En este sentido, el objetivo de este ensayo es presentar y analizar críticamente esta figura jurídica. La hipótesis de investigación es que la extinción de dominio no puede cumplir cabalmente su objetivo porque tiene fallas de diseño en su propia concepción. A pesar del esfuerzo del ejecutivo, el legislador no logró hacer una extinción de dominio rápida, limpia y eficiente. Por contrario, generó una figura lastrada por las concepciones civilistas más tradicionales de defensa de la propiedad privada en México.

2 Véase: <<http://bit.ly/10OOLV8>>. (acceso 06.08.15)

3 Véase: <<http://bit.ly/1Qnb4mY>>. (acceso 26.07.15)

4 Décima época de registro: 2008877, Primera Sala, Jurisprudencia. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 17, abril de 2015, Tomo I, materia(s): Constitucional Tesis: 1a. /J. 15/2015 (10a.), p. 337. Extinción de dominio. Interpretación teleológica del artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

LITERATURA

A nivel internacional la discusión sobre la extinción de dominio tiene una larga historia, los primeros textos que aparecen en la tradición anglosajona son de la década de los 80' (TAYLOR, 1980; WEINER, 1980; PALM, 1992). La discusión se inició con la promulgación de la ley RICO (1970) por el Congreso de los Estados Unidos⁵. En realidad, el acta era un conjunto de leyes federales dirigidas a la economía de la criminalidad organizada. La RICO apuntaba a confiscar las ganancias ilícitas y los bienes generados por actividades criminales (LYNCH, 1987). La figura generó polémica debido a que la confiscación penal no era utilizada desde la época de la lucha por la independencia en Estados Unidos por ser considerada como un castigo cruel e inusual. En este contexto, los defensores de dicha ley sostenían que la confiscación penal no infringía el debido proceso y que su finalidad era legitimar empresas controladas y financiadas con recursos obtenidos de manera ilícita. Frente a esto, la preocupación de otros sectores, tales como el judicial, era el abuso en su aplicación debido al lenguaje ambiguo de la ley (RACKNER, 1986). El poder estatal podía interpretar que la confiscación penal debería proceder contra todos los ingresos obtenidos por la criminalidad organizada e incluso bienes no relacionados con dicha actividad.

A nivel de Latinoamérica, el ejemplo colombiano ha sido uno de los más estudiados y difundidos: desde el punto de vista económico (RESTREPO MEDINA, 2003), la reforma agraria (FLÓREZ, 2005), bienes equivalentes y riesgo de confiscación (MONTENEGRO, 2009), las medidas cautelares (LÓPEZ PEÑARANDA, 1998), las políticas de seguridad democrática (PÉREZ, 2012), su naturaleza constitucional (HERNÁNDEZ, 2005), etc. Sin embargo, desde la creación de la primera ley de extinción de dominio en 1996, la figura ha experimentado diversas reformas pero sin lograr solucionar el problema de fondo de la herramienta que es la lentitud administrativa para disponer de los bienes inmuebles incautados, la “desaparición” de bienes ya sujetos a extinción de dominio o la adulteración del valor real de las cifras (TOBAR TORRES, 2014).

Desafortunadamente en México, la discusión de la figura ha sido apenas abordada críticamente. Se ha estudiado en un par de ensayos promovidos por la Cámara de Diputados del Congreso de la Nación (GAMBOA MONTEJANO, 2012), en los que se brinda un panorama general de la situación de la figura de extinción de dominio en diversos países latinoamericanos, se comparan las legislaciones estatales mexicanas que regulan la figura y se presenta una recopilación de las iniciativas legislativas propuestas por los distintos grupos parlamentarios en México. También se ha presentado en otros textos en términos generales (MARROQUÍN ZALETA, 2010 y GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, 2012) y analizado a nivel del aporte del derecho civil (RUIZ CABELLO, 2011), MARRO-

5 Véase: <<http://bit.ly/1J5zklO>>. (acceso 28.07.15)

QUÍN ZALETA, (2010). En el país, todavía falta una auténtica discusión de los alcances e implicaciones de esta figura, así como un balance de su funcionamiento después de 7 años de promulgación. En este sentido, este ensayo pretende ser el primer avance en una discusión más amplia de la extinción de dominio como instrumento jurídico contra la criminalidad organizada.

1. INSTRUMENTOS JURÍDICOS DEL SISTEMA PENAL MEXICANO CONTRA EL PODER ECONÓMICO DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

La Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito calcula que los cárteles mexicanos y colombianos generan, mueven e ingresan a la economía legal alrededor de \$39 billones de dólares anualmente⁶. El poder económico de los cárteles de las drogas les permite corromper, financiar y consolidar grupos criminales sofisticados. Este simple dato ya señala que es imposible pensar en una solución al problema de la delincuencia organizada sin incluir una estrategia dirigida a esa capacidad económica cuyo poder es mayor todavía en países con amplios sectores de la población con problemas de pobreza.

Como se advirtió anteriormente, la herramienta principal contra el narcotráfico es la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada⁷ aunque hay otras disposiciones incluidas en la propia Constitución Nacional. En relación al debilitamiento económico del narcotráfico, el régimen de excepción desarrolló instrumentos legales especializados como son el aseguramiento, el arraigo, y el juicio de extinción de dominio. La Ley original de 1996 había introducido las figuras del decomiso y aseguramiento como los dispositivos básicos para debilitar la capacidad económica de los cárteles. Pero en junio de 2008⁸, se adoptó a nivel constitucional la figura de extinción de dominio mediante la reforma del sistema de justicia penal y delincuencia organizada. Posteriormente en mayo de 2009, se creó directamente la “Ley Federal de Extinción de Dominio, Reglamentaria del Artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”⁹. La nueva figura fue creada para remediar los vacíos y fallas de los mecanismos anteriores.

1.1. El aseguramiento de bienes susceptibles de decomiso

La Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada (artículos 29 a 33) regula el aseguramiento de bienes susceptibles de decomiso (de aplicación

6 Ibídem.

7 Véase: <<http://bit.ly/1OOOLV8>>. (acceso 03.08.15)

8 Véase: <<http://bit.ly/1GFp9Th>>. (acceso 28.07.15)

9 Véase: <<http://bit.ly/1Qnb4mY>>. (acceso 03.08.15)

exclusiva en procesos de delincuencia organizada). Esta figura es una medida precautoria y su finalidad es la preservación de los bienes ilícitos bajo el resguardo del Estado. Su aplicación requiere autorización judicial y si se acredita la legítima procedencia de los bienes, la medida debe ser revocada. En caso contrario, la sentencia penal condenatoria permite proceder el decomiso a favor del Estado. Desafortunadamente, la medida tiene dos fallas estructurales que la inhabilitan para tratar el narcotráfico: 1) el Estado no dispone de los bienes hasta que exista una sentencia penal que no admita ningún recurso. En la práctica, habitualmente el sistema judicial tarda años en alcanzar esa etapa procesal, con el consiguiente deterioro o desaparición de lo asegurado; 2) los bienes pueden ser recuperados al acreditar la titularidad otra persona distinta al acusado, porque el proceso penal está relacionado con la responsabilidad penal y no con la licitud del bien.

1.2. El decomiso

El decomiso¹⁰ es una etapa posterior al aseguramiento y se ordena en la sentencia penal condenatoria cuando no se ha probado la procedencia legítima de los bienes. Los problemas son idénticos al del aseguramiento: por un lado, las consecuencias que el tiempo transcurrido durante el proceso penal tiene sobre los bienes, precisamente por la correlación directa que existe entre el aseguramiento y el posterior decomiso; y por otra parte, que un tercero no acusado demuestre la titularidad del bien o no se pueda determinar si el bien tiene partes que son lícitas (y otras que no).

La necesidad de la extinción de dominio

Por este motivo, el dictamen a la iniciativa de reforma al artículo 22 constitucional (2007) de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Justicia de la Cámara de Diputados reconoció la ineficacia del aseguramiento y decomiso, así como la necesidad de una nueva figura jurídica:

“Con la extinción de dominio se buscó crear una figura más novedosa y menos complicada en su aplicación, que permita al Estado aplicar a su favor bienes respecto de los cuales existan datos para acreditar que son instrumento, objeto o producto de actividades de delincuencia organizada, delitos contra la salud, secuestro, robo de vehículos y trata de personas, o que están destinados a ocultar o mezclar bienes producto de tales delitos. (...) Cabe señalar que, en la actualidad, la suerte de los bienes instrumento, objeto o producto de un delito depende, en primer término, de que exista un aseguramiento. Asimismo, es indispensable esperar la declaratoria de responsabilidad penal plena de una o varias personas. Sin embargo, en ocasiones los bienes pueden no tener una relación directa con los procesados, aun cuando haya elementos para determinar que son instrumento,

10 Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada (artículo 4)

objeto o producto del delito, o están destinados a ocultar o mezclar bienes producto de un delito. En este sentido, con la finalidad de encontrar una herramienta eficaz que coadyuve a desmembrar las organizaciones delictivas y limitar sus efectos nocivos, impedir que se reproduzcan, pero principalmente decomisar sus activos, se considera necesario crear un procedimiento jurisdiccional y autónomo del proceso penal...¹¹.

El reconocimiento del legislador apunta a los siguientes problemas:

- a) la dificultad de demostrar una relación directa entre el inculpado y los bienes ilícitos, derivado de los mecanismos que la delincuencia organizada utiliza para manejar sus recursos económicos;
- b) la ineficacia de las figuras del aseguramiento y decomiso de bienes, al depender del dictado de la sentencia condenatoria definitiva (sin ningún recurso);
- c) la necesidad de un instrumento que permita la aplicación de bienes a favor del Estado de una manera ágil y que no esté supeditada a la resolución de responsabilidad penal plena.

2. EL PROCESO EN EL JUICIO DE EXTINCIÓN DE DOMINIO

La acción de extinción de dominio es un híbrido jurídico, pues conjuga elementos penales, civiles y administrativos. El elemento penal más importante, es la comprobación del cuerpo del delito¹², que requiere elementos objetivos, subjetivos y normativos del tipo penal de delincuencia organizada. Al mismo tiempo, tiene una estructura procesal civil, un carácter civil porque el Código Federal de Procedimientos Civiles¹³ funciona como ley supletoria, y una competencia civil por los jueces y magistrados especializados en materia civil encargados de resolver los juicios de amparo originados en los procesos de extinción. Por último, la extinción de dominio integra elementos del derecho administrativo, porque el traslado de los bienes es regulado por leyes administrativas, la más importante es la Ley Federal para la Administración y Enajenación de Bienes del Sector Público¹⁴. Y la autoridad responsable de su conservación es el Servicio de Administración y Enajenación de Bienes¹⁵, que es un Organismo Descentralizado de la Administración Pública Federal, agrupado en el sector coordinado por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

11 Véase: <<http://bit.ly/1Rj8O06>>. (acceso 03.08.15)

12 Artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales. Véase: <<http://bit.ly/1Oy0ENe>>. (acceso 28.07.15)

13 Véase: <<http://bit.ly/1tchVIE>>. (acceso 03.08.15)

14 Véase: <<http://bit.ly/1J5Bp15>>. (acceso 03.08.15)

15 Véase: <<http://bit.ly/1Rj8ZIP>>. (acceso 04.08.15)

2.1. Etapas del Proceso del juicio de extinción de acción de dominio

El objetivo de este juicio es obtener la extinción de derechos reales sobre bienes que tengan relación directa con la delincuencia organizada. Dicha extinción se obtiene probando el cuerpo del delito y la ilicitud del bien. En aquellos casos en los que el propietario de dichos bienes ignore la relación de los mismos con la delincuencia organizada, se tiene contemplada la figura de la buena fe. Las etapas del proceso provienen de la tradición del derecho civil: demanda, contestación de demanda, auto admisorio, audiencia de desahogo de pruebas y sentencia.

La demanda

La demanda debe ser interpuesta por el procurador general de la república o el subprocurador en quien delegue esta facultad, la competencia le corresponde al juzgado tercero de distrito especializado en extinción de dominio que se ubica en el Distrito federal pero tiene jurisdicción en todo el país. La demanda primordialmente debe contener la identificación de los bienes sobre los que se ejerza la acción, constancias de la averiguación previa que dio origen al juicio, constancias de otras averiguaciones previas o procesos penales que tengan relación con el juicio, las pruebas y la solicitud de medidas cautelares para la conservación del bien.

Auto admisorio de la demanda

El juez tiene hasta 72 horas para admitir demanda y pruebas y debe dar un término de quince días al titular de derechos y/o a quién se conduzca como dueño para contestarla. En caso de notificar a una persona en fuga o que se desconoce su domicilio, la ley establece la notificación por medio de edictos y de internet.

Contestación de la demanda

Los demandados señalarán sus excepciones y defensas. En este momento se deberán ofrecer las pruebas.

Audiencia de desahogo de pruebas

Se busca que este proceso sea ágil en su sustanciación. Por tal motivo, la audiencia será fijada desde la recepción de la demanda y se deberá celebrar en un plazo no mayor a 30 días naturales. En esta audiencia lo que se busca probar son dos cuestiones: 1) el cuerpo del delito de delincuencia organizada y 2) la ilicitud de los bienes materia del juicio.

Sentencia

La sentencia se podrá dictar el mismo día de terminación de la audiencia o en un plazo no mayor a 8 días siguientes. Dicha sentencia contendrá una declaratoria de procedencia o improcedencia de la acción de extinción de do-

minio. En caso de procedencia, significa que se probó el cuerpo del delito y la ilicitud de los bienes, por lo que se extinguen derechos reales sobre bienes determinados a favor del Estado.

Medios de impugnación

El juicio de extinción de dominio es un juicio que admite apelaciones y amparos tanto indirectos como directos, lo que implica que está sujeto a la posibilidad de transitar por las tres instancias judiciales del sistema jurídico mexicano: a) la primera instancia ante el juez de origen, b) la segunda instancia ante el juzgado de apelación y c) la tercera instancia de amparo directo. La consecuencia es que los procesos se pueden prolongar demasiado tiempo, y los bienes no pueden ser aprovechados por el Estado hasta que exista una sentencia que no admita recurso alguno, o que incluso —una vez terminado el juicio de extinción de dominio— en el juicio penal se obtenga una sentencia absolutoria con consecuencias restitutivas y de reparación del daño a cargo del Estado.

Incidente de buena fe

Este incidente es el único que suspende el proceso y se resuelve en un plazo no mayor a 10 días. Se debe acreditar la titularidad y la legítima procedencia de bienes incluidos en el juicio de extinción de dominio. Ahora bien, este incidente tiene un incentivo perverso porque no procede si se demuestra que el promovente conocía de los hechos ilícitos, y a pesar de ello no lo denunció ante la autoridad o hizo algo para impedirlo. Básicamente lo que pide la ley, es convertir al titular de bienes en un auténtico policía, y no un policía ordinario sino uno que se enfrente a la delincuencia organizada, ignorando los riesgos de denunciar este tipo de delitos y mucho más, intentar detenerlos. En lugar de ser un incidente de buena fe se convierte en un incidente muy difícil de probar.

3. CIFRAS DE LA EXTINCIÓN DE DOMINIO

En respuesta a una solicitud de información, la Procuraduría General de la República (PGR) informó¹⁶ que a partir del 10 de agosto de 2010 se han presentado en total 15 demandas de acción de extinción de dominio, que se relacionaban con bienes inmuebles, vehículos y numerario, de las cuáles se encuentran pendientes de resolución 11 demandas (de las 15), 2 de las 15 demandas han sido favorables para la Procuraduría General de la República y 2 han sido desechadas. De igual manera, la Procuraduría informó que ignora a cuánto asciende de los bienes materia de la extinción de dominio. 13 juicios de acción de extinción de dominio parecen resultados exigüos para la promesa contenida en la extinción de dominio. Y que la Procuraduría General

¹⁶ Oficio N.º SJAI/DGAJ/05491/2011.

de la República ignore el valor económico de los bienes sujetos a la acción de extinción de dominio permite entender la importancia que tiene este tipo de acciones para desarticular el poder económico de la delincuencia organizada para el Estado Mexicano.

Por otro lado, se tiene conocimiento de la existencia de un solo Juzgado en la República Mexicana competente en extinción de dominio (Juzgado Tercero de Distrito Especializado en Extinción de Dominio con Jurisdicción en toda la República Mexicana del Centro Auxiliar de la Primera Región con residencia en el Distrito Federal). La existencia de un solo juzgado en todo el país también parece insuficiente si se quiere promover la lucha para debilitar los recursos financieros de la delincuencia organizada. Frente a esto, en diciembre de 2014 el Consejo de la Judicatura Federal suspendió con fines de investigación al Juez Alfonso Javier Flores Padilla quien desde octubre de 2009 se desempeñó como el único Juez de Distrito especializado en extinción de dominio, dicha suspensión se ocasionó por la probable participación en la comisión de las siguientes conductas:

“Abandono de la residencia del órgano jurisdiccional de su adscripción sin la licencia correspondiente. Probable recepción de contraprestaciones distintas a sus ingresos como juez de Distrito, pues se advirtió que adquirió bienes muebles e inmuebles en cantidades que no corresponden a su salario, y realizó múltiples viajes al extranjero en un breve periodo. Posible falta al deber de presentar con veracidad su Declaración de Modificación Patrimonial”¹⁷

En resumen, 13 juicios de extinción de dominio, un solo juzgado en todo el país para substanciar los casos de extinción de dominio y por último la suspensión con fines de investigación que el propio Consejo de la Judicatura Federal impuso al único juez del país por sospechas de corrupción no parecen ser un panorama muy alentador para el desarrollo de la acción de extinción de dominio en el país.

4. POSIBLES FALLAS DEL JUICIO DE EXTINCIÓN DE DOMINIO

¿Por qué esta figura jurídica que prometía cambiar el panorama de la persecución económica del narcotráfico ha tenido tan poco impacto en la economía de la delincuencia organizada? Y por otra parte, ¿por qué la Procuraduría General de la República ha mostrado tan poco interés en promover una herramienta que fue concebida para ayudarla a debilitar la estructura económica del crimen organizado?

El juicio de extinción de dominio es jurisdiccional y autónomo del penal

17 Véase: <<http://bit.ly/1I2jayG>>. (acceso 06.08.15)

El artículo 22 de la Constitución Nacional establece que el juicio de extinción de dominio será jurisdiccional y autónomo del de materia penal. Cobra relevancia la autonomía por la naturaleza propia de los juicios. El de extinción de dominio tiene por objeto el bien, así como su licitud o ilicitud, mientras que el penal establece la responsabilidad plena del acusado. El panorama se complica con la entrada en vigor en 2009 de la ley federal de extinción de dominio que en diversos numerales establece una verdadera prevalencia del juicio penal sobre el propio juicio de extinción de dominio, con lo que se lo despoja de la autonomía constitucional requerida:

- a) la figura del cuerpo del delito (artículos 10, 32, 45 y 50 de la Ley),
- b) la sentencia penal absolutoria obliga a la devolución de los bienes o su valor así como reclamar la reparación del daño, revocando la sentencia de extinción de dominio (artículos 10 y 50 de la Ley),
- c) el Estado no podrá disponer de los bienes si se decretó su conservación en la causa penal para efectos probatorios (artículo 53 de la Ley), y

Paradójicamente, estas disposiciones de la ley despojan al juicio de extinción de dominio de su autonomía, y se pueden agrupar en dos segmentos:

- 1. Las que despojan de autonomía al juicio de extinción debido a la comprobación del cuerpo del delito en la sentencia de la causa penal, constituido por los incisos a y b, y
- 2. La que supedita la aplicación de los bienes a favor del Estado al dictado de la sentencia en la causa penal, constituido por el inciso c.

Grupo 1

Se despoja de autonomía al juicio de extinción debido a la comprobación del cuerpo del delito en la sentencia de la causa penal. La incorporación en la ley de extinción la figura del cuerpo del delito provoca que la sentencia de la causa penal que declara la absolución deje sin efectos la sentencia de extinción. El cuerpo del delito es un estándar de probable responsabilidad penal, en la etapa de auto de control constitucional de un proceso penal. Para arribar a su comprobación ya se realizó una averiguación previa (investigación), la cual fue enviada a un juez de Distrito de Procesos Penales Federales (consignación), quien en no más de 72 horas determinó acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, y ha dictado un auto de formal prisión (vinculación a proceso).

De este modo, para la procedencia de la acción de extinción de dominio se debe comprobar precisamente el cuerpo del delito. Las consecuencias de esta incorporación son muy importantes: 1) desnaturaliza la figura de la extinción de dominio que juzga sobre la licitud o ilicitud de los bienes, 2) con la inclusión del estándar de culpabilidad se convierte en un juicio que juzga

también sobre el grado de culpabilidad penal del demandado en la acción de dominio. Lo anterior, genera escenarios poco complejos, por ejemplo, un juez de extinción de dominio decreta en sentencia la procedencia de la acción, pero con el tiempo, el juez penal decreta una sentencia absolutoria, lo que provoca que el juez de extinción de dominio ordene que al sujeto absuelto se le restituyan los bienes. Y si no fuere posible, su valor así como sus intereses y rendimientos, sin contar que se le faculta para iniciar un proceso por reparación del daño.

Esta incongruencia del legislador genera que un mismo caso sea resuelto de dos maneras distintas, pues el juez de extinción dicta sentencia de procedencia de la acción al comprobarse un estándar mínimo culpabilidad (cuerpo del delito), mientras que el juez penal dicta sentencia sobre un estándar acabado o completo de culpabilidad (responsabilidad penal plena). Lo que tiene como consecuencia que la sentencia emitida en el juicio de extinción de dominio esté sujeta a la sentencia del juez de procesos penales, al tener esta última los efectos de revocar la primera. De este modo, se pierde la autonomía del juicio de extinción de dominio cuyo objetivo principal es desvincular los bienes de la responsabilidad del acusado en el proceso penal, que dura años y así poder lograr su apropiación para el Estado de manera rápida y eficiente.

¿Por qué se despojó al juicio de extinción de dominio de la autonomía constitucional otorgada con respecto al juicio penal?

Es al menos interesante que el legislador haya decidido ser garantista a la hora de desposeer de bienes a miembros de la delincuencia organizada. Esto es ampliamente contradictorio con la posición legislativa (y judicial) general respecto de la delincuencia organizada porque en materia de libertad personal se opta por un régimen de excepción¹⁸ pero para la propiedad se elige un régimen garantista dado que se decidió que no era suficiente la demostración de la ilicitud del bien, sino que también se debía probar el cuerpo del delito por dos jueces distintos.

Nuevamente sorprende que el legislador desarrolle una figura constitucional autónoma de la causa penal originaria, y por otro lado, en una ley secundaria, lo despoje de esa autonomía¹⁹. Una posible explicación es la influencia de la fuerte tradición civilista del derecho mexicano (GARCÍA DEL CORRAL, 1889; GONZÁLEZ, 1988; ADAME GODDARD, 2006). En dicha tradición, la propiedad es el bien más valioso que el sistema jurídico debe regular y proteger, incluso en el mismo nivel de importancia que la libertad de las personas.

18 En el proceso judicial por delincuencia organizada se permite un arraigo hasta por 80 días, sin necesidad de presentar formalmente una acusación y bajo condiciones de incomunicación.

19 Desafortunadamente, en el diario de debates del Congreso Nacional no aparece ninguna discusión ni motivación de este cambio.

El artículo 14 constitucional señala que nadie puede ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales y donde se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento. Posiblemente, esta tradición empujó al legislador a incluir el cuerpo del delito en la figura de la extinción de dominio. De este modo, se constituye una garantía para los bienes de los acusados de delincuencia organizada, porque solo se les puede privar de los mismos si un juez penal ya comprobó el cuerpo del delito. En este escenario, el juez de extinción simplemente valida lo ya actuado por el juez penal y esto facilita el juicio de extinción aunque le resta velocidad y eficiencia en la finalidad del juicio.

La influencia de esta tradición alcanza curiosamente a las fiscalías porque el Procurador General de la República no inició jamás una acción de inconstitucionalidad de las porciones normativas que exigen la comprobación del cuerpo del delito para la procedencia de la extinción de dominio. El Procurador podría argumentar que la norma constitucional no exige dicha comprobación mientras que la ley secundaria lo hace. Sin embargo, a pesar de que la ley secundaria le quita a la figura de la extinción de dominio toda capacidad de autonomía y de agilidad en la aplicación de la medida, la Procuraduría —principal beneficiaria de la extinción de dominio— jamás interpuso ninguna medida judicial para recuperar esa autonomía. De este modo, la Procuraduría pierde uno de sus principales instrumentos para debilitar la estructura económica y financiera del crimen organizado.

Grupo 2

En este ítem se incluyen las disposiciones que supeditan la aplicación de los bienes a favor del Estado al dictado de una sentencia en diverso juicio, constituidos por los incisos c y d. Nuevamente, el problema es que la supeditación de la aplicación de los bienes al dictado de la sentencia penal entorpece el objetivo principal de la ley de extinción de dominio, que es la disposición rápida y ágil de los bienes. Al igual que en el caso anterior, esto significa depender del dictado de una sentencia del proceso penal que puede durar años. Sobre la conservación de bienes, se puede señalar que parece un método anticuado para preservar evidencia dado que en la actualidad, es posible recrear bienes inmuebles mediante sistemas informáticos.

5. CONCLUSIONES

Como se pudo observar, la acción de extinción de dominio es una figura creada para resolver los problemas generados por el aseguramiento y decomiso, que requieren años de espera para obtener sentencia de responsabilidad plena en el juicio penal. Ahora bien, a pesar de que el legislador quiso propiciar un proceso ágil y expedito, lo cierto es que terminó por circunscribir la figura dentro de un sistema complejo de medios de impugnación y amparo

más un tránsito por sentencias de primera, segunda y tercera instancia. Esto inutiliza la extinción de dominio y la pone al nivel del aseguramiento y decomiso. El paso del tiempo y la pérdida de agilidad procesal tiene consecuencias en la conservación de los bienes. La extinción funciona solo una vez que la sentencia causó ejecutoria (es decir no admita recurso alguno o que haya transitado por las tres instancias referidas). Recién en ese momento, se resuelve la extinción del bien y el Juez ordena su ejecución y la aplicación de los bienes a favor del Estado.

Al tratar de ser garantista o debido a la prevalencia de la tradición civilista del derecho mexicano el legislador de la ley que regula el artículo 22 constitucional abandonó el espíritu del texto constitucional, reproduciendo errores ya cometidos con las figuras del aseguramiento y decomiso (RUIZ CABELLO, 2011). Incluir al cuerpo del delito como requisito para dictar sentencia que extinga bienes a favor del Estado, desnaturaliza la institución al quitarle autonomía. La prevalencia de la sentencia de la causa penal sobre la sentencia de extinción de dominio genera una dependencia de sentencias de procesos de delincuencia organizada.

Posiblemente, estos problemas sean los que provocaron que la extinción de dominio no se haya convertido en una gran herramienta contra la economía del crimen organizado. Y además, que siete años después de haber sido creada todavía no haya generado el debate, la crítica y el balance necesarios para saber si es la figura necesaria que el sistema judicial necesita para estar a la altura de la complejidad de la delincuencia organizada.

SEGUNDA PARTE

EL AGENTE ENCUBIERTO

LA REGULACIÓN DE LAS INVESTIGACIONES ENCUBIERTAS EN EL SISTEMA PROCESAL PENAL ITALIANO*

Daniele Vicoli

Profesor asociado de Derecho Procesal Penal en la
Universidad de Bolonia

Marianna Biral**

Doctoranda en Estudios jurídicos comparados y
europeos en la Universidad de Trento

SUMARIO: 1. El marco normativo. 2. Una distinción preliminar: no punibilidad del agente encubierto y la utilizabilidad de los elementos de prueba. 3. La línea límite entre agente encubierto y agente provocador. 4. Presupuestos de aplicación. 5. La tipología de las operaciones permitidas. 6. El inicio y el desarrollo de las operaciones: las relaciones entre la policía judicial y el Ministerio Público. 7. La inobservancia de los presupuestos de aplicación y de las modalidades operativas: reflexiones sobre la utilizabilidad de la prueba. 8. La deposición del agente encubierto: principales problemas interpretativos conexos a la calificación procesal del declarante. 9. (sigue) Dudas sobre la operatividad de las prohibiciones de testimonio indirecto referidos en los artículos 62 y 195 párrafo 4 CPP. 10. Tutela de la identidad del agente encubierto y derechos de defensa: un difícil equilibrio.

1. EL MARCO NORMATIVO

En los ordenamientos europeos, por largo tiempo, se ha producido una cierta desconfianza hacia las técnicas de investigación que hacen hincapié en la infiltración, en contextos criminales, de sujetos pertenecientes a las fuerzas de policía con el fin de comprobar la comisión de delitos e identificar a los relativos autores¹.

* Traducción a cargo de Miguel A. Girao Isidro.

** Daniele Vicoli es autor de los §§ 1-6; Marianna Biral es autora de los §§ 7-10.

1 Para una amplia reconstrucción en clave histórica se remite a DE MAGLIE, Cristina, *L'agente provocatore*, Giuffrè, Milano, 1991, pp. 7 y ss.

Es a la luz de este dato que, con especial referencia al sistema italiano, se contempla el tema de las llamadas investigaciones encubiertas. Un primer rasgo digno de destacar es el cronológico: solo en época bastante reciente, el legislador ha intervenido para legitimar el recurso a la figura del agente infiltrado. En cuanto al planteamiento de fondo, el modelo de referencia ha permanecido siempre fiel a las coordenadas: la taxativa indicación de los delitos para los cuales está admitido el uso de métodos de investigación encubiertos; la previsión de presupuestos y de modalidades operativas tales para garantizar la transparencia de las actividades realizadas y formas adecuadas de control².

En clave histórica, se señala el año 1990 como el momento inicial de una evolución normativa que, en seguida, ha sido articulada en múltiples intervenciones. Es en aquel año, en efecto, que fue introducida una regulación especial en el ámbito de las medidas dirigidas a reprimir el tráfico de sustancias y estupefacientes. Desde entonces, se ha incluido una progresiva extensión del ámbito de operatividad de las investigaciones encubiertas, cuya viabilidad ha estado referida a un creciente número de figuras delictivas³.

En el origen de esta tendencia se encuentra una dimensión siempre más penetrante y compleja de las organizaciones criminales, cuya esfera de acción, a menudo, ha demostrado ser suficiente a tal punto de superar los límites de los Estados particulares. En relación a tales fenómenos de criminalidad, apareció evidente la extraordinaria eficacia de aquellos instrumentos de búsqueda de la prueba basados en el empleo de agentes infiltrados.

En esta óptica, han sido las fuentes de matriz internacional las que han actuado como estímulo para el legislador italiano, entre ellas, el Convenio y los Protocolos de las Naciones Unidas contra el crimen organizado transnacional, adoptados —respectivamente— en el año 2000 y 2001. Es con la aplicación de la ejecución de tales acuerdos internacionales que fue aprobada la Ley N.º 146 del 16 de marzo de 2006, cuyo gran mérito consiste en haber simplificado el marco normativo: las previsiones específicas en materia de *undercover operations* fueron derogadas para confluir en una regulación general.

Desde tal diseño normativo, posteriormente, desarrollado por la Ley N.º 136 del 13 de agosto de 2010, surgió el llamado estatuto de las investigaciones encubiertas (art. 9 Ley N.º 146 del 2006). La única excepción persistente en esta reglamentación unitaria se encuentra en el sector de los delitos referentes a la prostitución y a la pornografía infantil⁴.

2 MELILLO, Giovanni, "Le operazioni sotto copertura nelle indagini relative a delitti con finalità di terrorismo", in DI CHIARA G., *Il processo penale tra politiche della sicurezza e nuovi garantismi*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 37.

3 Para la reconstrucción en clave histórica del marco normativo, ver BARROCU, Giovanni, *Le indagini sotto copertura*, Jovene, Napoli, 2011, pp. 35 y ss.

4 Art. 14 de la Ley N.º 269 del 3 de agosto de 1998.

2. UNA DISTINCIÓN PRELIMINAR: NO PUNIBILIDAD DEL AGENTE ENCUBIERTO Y LA UTILIZABILIDAD DE LOS ELEMENTOS DE PRUEBA

La regulación prevista para las operaciones encubiertas debe ser considerada según dos perspectivas que —aunque complementarias— deben considerarse distintas. La primera se refiere al plano del derecho sustancial y, en particular, a las cuestiones vinculadas a la no punibilidad de agente⁵, que en el curso de la actividad de combate al crimen, haya puesto en marcha conductas penalmente relevantes. Esta clave de lectura encuentra directa respuesta en el art. 9 de la Ley N.º 146 del 2006. Tal disposición, en efecto, es construida sobre la exclusión de la responsabilidad penal de aquellos sujetos que se infiltran en contextos criminales con la finalidad de recabar elementos de prueba. Desde este punto de vista, la evolución normativa está marcada por el impulso de configurar una circunstancia eximente, de carácter especial, destinada a aproximarla a la general del cumplimiento de un deber⁶.

A este perfil se une otro, que tiene una dimensión extremadamente procesal. Las condiciones necesarias para la aplicación de la causa de justificación representan, al mismo tiempo, las reglas operativas de un instrumento investigativo. Para efecto de este planteamiento, los presupuestos identificados por el legislador vinculan la activación y el desarrollo de las operaciones encubiertas, en vista de un doble objetivo: garantizar la no punibilidad de los pertenecientes a la policía judicial y asegurar la adherencia al canon de legalidad de los elementos probatorios adquiridos⁷.

De ello deriva que, en la óptica procesal, la inobservancia de los límites establecidos en vía normativa, no obstante, convierte la actividad investigativa ilegítima y, por tanto, inidónea para satisfacer finalidades probatorias⁸. Tal efecto excluyente se desprendió de los resultados de la valoración que concierne la responsabilidad penal del agente: si también esta última podría considerarse insubsistente (por ejemplo, por la ausencia del dolo), los elementos de prueba recogidas son inutilizables⁹.

5 En el ordenamiento italiano, para múltiples fines, es relevante la distinción entre oficiales y agentes de policía judicial. En esta sede, sin embargo, el dato merece atención para los perfiles examinados *infra*, § 6: fuera de este ámbito específico, el sustantivo “agente” es utilizado en términos genéricos, esto es, para indicar el sujeto perteneciente a uno de los cuerpos de policía.

6 En particular, el art. 51 párrafo 1 CP preve que *el cumplimiento de un deber impuesto por una norma jurídica o por una orden legítima de la autoridad pública excluye la punibilidad*.

7 Ver BORTOLIN, Cristina, “Operazioni sotto copertura e ‘giusto processo’”, in BALSAMO A. / KOSTORIS R. E., *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 403.

8 Como referencia, entra en juego el art. 191 CPP, según el cual “[...] 1. Las pruebas adquiridas con vulneración de las prohibiciones establecidas por la ley no pueden ser utilizadas. 2. La inutilizabilidad se detecta en cada estado o grado del procedimiento”. Sobre las cuestiones controvertidas en el tema de aplicación del art. 191 CPP, ver *infra*, § 7.

9 Ver BORTOLIN, Cristina, “Operazioni sotto copertura”, cit., p. 417.

3. LA LÍNEA LÍMITE ENTRE AGENTE ENCUBIERTO Y AGENTE PROVOCADOR

El empleo de las técnicas de investigación en examen encuentra una prohibición de carácter general en la llamada provocación. En la elaboración de tal concepto hubo una influencia determinante de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, cuya dirección ha sido tomada por los jueces nacionales.

En particular, se debe a la Corte Europea la afirmación del principio en base al cual el interés público de la represión de los delitos no puede justificar *la utilización de material probatorio obtenido como consecuencia de una provocación ejercida por las fuerzas policiales*¹⁰. Según esta perspectiva, no se permite a los agentes encubiertos desarrollar formas de instigación tales para inducir las personas con las cuales se relacionan para cometer un delito que, de otra manera, no habrían realizado. Si las modalidades de acción de la policía van más allá de este límite, resulta comprometido por un factor que se refiere al momento genético del delito el “proceso equitativo” garantizado por el art. 6 § 1 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (CEDU)¹¹. En este modo, mediante el instrumento del “proceso equitativo” son tutelados aquellos valores fundamentales que, al caracterizar la relación entre el Estado y el ciudadano en una sociedad democrática, son irrenunciables, incluso, en el campo de la represión de los delitos, aunque de elevada alarma social¹².

Sobre la base de estas premisas, es posible definir, en términos generales, la noción de agente provocador: es el que se acerca a los sujetos cuya

10 Corte europea, 9 de junio de 1998, Teixeira de Castro vs. Portugal, en particular §§ 34-39. Entre otros pronunciamientos sobre el tema, ver Corte europea, 21 de marzo de 2002, Calabrò vs. Italia y Alemania; Corte europea, 27 de octubre de 2004, Edwards y Lewis vs. Reino Unido; Corte europea, 21 de febrero de 2008, Pyrgiotakis vs. Grecia. En doctrina, ver BALSAMO, Antonio, “Operazioni sotto copertura ed equo processo: la valenza innovativa della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo”, in *Cassazione penale*, 2008, p. 2641 s.; PIATTOLI, Barbara, “Agenti provocatori, indagini “undercover” e diritto alla prova tra limiti di utilizzabilità interni e profili di internazionalizzazione”, in *Diritto penale e processo*, 2013, p. 568; TAMIETTI, Andrea, “Agenti provocatori e diritto all'equo processo nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo”, in *Cassazione penale*, 2002, pp. 2921 y ss.; VALLINI, Antonio, “Il caso “Teixeira de Castro” davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo ed il ruolo sistematico delle ipotesi “legali” di infiltrazione poliziesca”, in *Legislazione penale*, 1999, pp. 197 y ss.

11 En base a tal disposición, toda persona tiene derecho a que su causa sea examinada imparcialmente, publicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella.

12 De ello se desprende que, si los elementos probatorios obtenidos mediante la provocación tienen una relevancia determinada para los fines de la comprobación de la responsabilidad, no puede pronunciarse sentencia condenatoria (BALSAMO, Antonio, “Operazioni sotto copertura”, cit., p. 2654). La incidencia causal sobre la búsqueda de los elementos de prueba determina un vicio profundo que hace irrelevante la eventual autorización de la autoridad judicial (VALLINI, Antonio, “Il caso “Teixeira de Castro” davanti alla Corte europea”, cit., p. 201, n. 10).

participación en contextos ilícitos no resulta de los elementos objetivos, sino que propone la comisión de un delito con el solo objetivo de proceder al arresto en caso de que la instigación sea aceptada¹³. Los principios afirmados por la Corte europea se pueden encontrar en la interpretación jurisprudencial de la regulación italiana¹⁴.

La intervención de la policía judicial queda dentro los límites de una investigación encubierta cuando el agente se limita a *revelar una intención criminal ya existente, incluso en estado latente, sin haberla determinado en el imputado de modo esencial*. Si, al contrario, *se suscita un intento delictuoso antes inexistente*, la causa especial de no punibilidad no es aplicable y los elementos de prueba adquiridos son inutilizables¹⁵.

En este último caso, es irrelevante la tipología de operación realizada: la actividad del agente, incluso si corresponde entre aquellas “típicas” en cuanto objeto de expresa previsión normativa¹⁶, resulta lesiva de los cánones del “proceso equitativo”¹⁷. El art. 9 de la ley N.º 146 del 2006, en cumplimiento de los relativos presupuestos, autoriza a las fuerzas policiales a asumir un rol activo en el ámbito de la realización de conductas penalmente relevantes. Sin embargo, se mantiene firme en la prohibición de la provocación: si este límite es omitido, se aplican las sanciones penales¹⁸ y procesales.

13 TAMIETTI, Andrea, “Agenti provocatori”, cit., p. 2925.

14 Al respecto, es importante subrayar que el art. 117 párrafo 1 Const., vincula la legislación estatal con la observancia de las obligaciones internacionales. En consecuencia, las disposiciones que son fuente de tales obligaciones se colocan sobre un grado superior respecto a las leyes ordinarias, asumiendo el rol de normas “interpuesta” con fines de control de constitucionalidad de la regulación nacional. Según estas coordinadas, han sido enmarcadas las disposiciones del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (CEDU), las cuales, por tanto, contribuyen para determinar el contenido de las *obligaciones internacionales* mencionadas por el art. 117 párrafo 1 Const. De tal planteamiento, deriva la obligación para el juez nacional de interpretar —en la medida que sea posible— la legislación interna de conformidad a las prescripciones de la CEDU. También el juez nacional, en caso de que encuentre una situación de conflicto —no susceptible de ser resuelta en el plano interpretativo— entre las disposiciones convencionales y las internas, debe plantear una cuestión de legitimidad constitucional de las segundas por violación del art. 117 párrafo 1 Const. (Corte const., sent. 24 de octubre de 2007, N.ºs 348 y 349).

15 Corte de casación, Sala VI, 30 de octubre de 2014, Ursino y otros, in *CED Cassazione*, rv. 261449; Corte de casación, Sala III, 7 de febrero de 2014, Buruiana, in *CED Cassazione*, rv. 260081.

16 Ver *infra*, § 5.

17 De opinión distinta, Corte de casación, Sala VI, 2 de abril de 2015, Geranio, in *CED Cassazione*, rv. 263549, según la cual la referencia a la figura del agente provocador “[...] parece superfluo cuando la actividad [puesta en marcha] corresponda a una o más entre las operaciones expresamente contempladas por el mini sistema normativo de referencia de la ley N.º 146 del 2006”. Esta dirección de interpretación resulta en conflicto con la orientación de la Corte europea: de lo cual deriva el riesgo de una violación del art. 6 CEDU., ello por comportar, en relación al art. 117 párrafo 1 Const., la ilegitimidad constitucional del art. 9 ley N.º 146 del 2006.

18 Para prescindir de la responsabilidad penal, el agente puede por consiguiente ser llamado a responder por su conducta en el plano disciplinario.

Ni por el objetivo de hacer legítima la operación, puede ser invocada la eximente común del cumplimiento del deber (art. 51 CP), cuya operatividad es, en vía residual, prevista por el art. 9 párrafo 1 de la ley N.º 146 de 2006. Los espacios de acción garantizados por el art. 51 CP, de los que resulta la utilizabilidad del material probatorio recogido, son muy estrechos: la intervención con fines represivos debe agotarse en una actividad de observación, de control y de contención de las conductas ilícitas de otros, sin proporcionar algún aporte causal para la comisión del delito¹⁹. Estos límites son ampliamente excedidos en el caso de la provocación: para el agente, entonces, no hay alguna tutela y las informaciones obtenidas no pueden entrar en el proceso.

4. PRESUPUESTOS DE APLICACIÓN

En el plano de los presupuestos, a cuya subsistencia está subordinado el desarrollo de investigaciones encubiertas, el núcleo de la regulación está representado por la previsión de una lista taxativa de delitos. En la base de esta elección sistemática, se encuentra la voluntad de circunscribir el recurso a técnicas especiales de investigación, solo en caso en que las exigencias de comprobación se refieran a hechos delictuosos considerados de particular gravedad. Sin embargo, desde este punto de vista, en el curso del tiempo se ha registrado una progresiva ampliación del catálogo de delitos.

En particular, en la actual formulación, el art. 9 párrafo 1 literales *a* y *b* de la Ley N.º 146 del 2006 menciona las siguientes figuras criminosas²⁰: falsificación, alteración o uso de marcas o patentes (art. 473 CP); introducción en el Estado y comercialización de productos con marcas falsas u otros signos distintivos (art. 474 CP); extorsión (art. 629 CP); secuestro de persona con fines de extorsión (art. 630 CP); usura (art. 644 CP); lavado (art. 648 *bis* CP); uso de dinero, bienes o activos de procedencia ilícita (art. 648 *ter* CP); reducción o mantenimiento de la esclavitud (art. 600 CP); trata de personas (art. 601 CP); compra y venta de esclavos (art. 602 CP); prostitución infantil (art. 600 *bis* CP); pornografía infantil (art. 600 *ter* CP); posesión de pornografía infantil (art. 600 *quater* CP); organización de iniciativas turísticas dirigidas a la explotación de la prostitución infantil (art. 600 *quinqüies* CP); empleo de niños en estado de mendicidad (art. 600 *octies* CP); delitos relativos a armas, municiones y explosivos; delitos de favorecimiento a la inmigración ilegal (art. 12 párrafos 1, 3, 3 *bis* y 3 *ter* D.Lgs. N.º 286 del 25 de julio de 1998); delitos en

19 Ver Corte de casación, 20 de octubre de 2011, Coruzzi y otros, in *CED Cassazione*, rv. 251060; Corte de casación, 14 de enero de 2008, D'Amico y otros, in *CED Cassazione*, rv. 239704. En doctrina, ver AMATO, Giuseppe, "L'attivazione regolare dell'operazione salva i risultati di molte azioni simulate", in *Guida al diritto*, 2005, n. 25, p. 70.

20 Ver AURICCHIO, Attilio, "Riunite le norme delle operazioni sotto copertura", in *Guida al diritto*, 2010, n. 39, p. 61; CISTERNA, Alberto, "Attività sotto copertura, arriva lo statuto", in *Guida al diritto*, 2006, n. 17, p. 79.

materia de estupefacientes y sustancias psicotrópicas (D.P.R. 9 de octubre de 1990, N.º 309); tráfico ilegal de residuos (art. 260 D.Lgs. N.º 152 del 3 de abril de 2006); delitos de favorecimiento, explotación e inducción a la prostitución (art. 3 Ley N.º 75 del 20 de febrero de 1958); delitos cometidos con finalidad de terrorismo o subversión.

Surgen problemas de interpretación por la exigencia de coordinar tal lista con la regulación del art. 14 Ley N.º 269 de 1998²¹. Esta última, en efecto, está referida a las investigaciones de delitos que, por efecto de las modificaciones ocurridas en el curso del tiempo, son hoy mencionadas también por el art. 9 Ley N.º 146 del 2006: se trata, en particular, de los más graves hechos jurídicos en materia de prostitución y pornografía infantil²². Para los casos en cuestión, se hace indispensable un trabajo de reconstrucción destinado a delinear el modelo normativo aplicable, fruto de la reciproca integración de las dos disposiciones. Así, para ejemplificar, de un lado, es necesaria la autorización del Ministerio Público para activar las técnicas especiales de investigación²³; por el otro, pueden ser dispuestas incluso actividades prodrómicas e instrumentales con respecto a las de objeto de previsión específica²⁴.

Al requisito basado sobre el título de delito se agrega otro de carácter finalista; las operaciones encubiertas son remedios disponibles con el solo objetivo de adquirir elementos de prueba. La importancia de esta condición se valora en negativo: si el objetivo permitido es la búsqueda de material probatorio, significa que las actividades de infiltración necesariamente implican la precedente emersión de una noticia criminal. Este límite sirve para evitar que los agentes *undercover* puedan ser empleados en una óptica "explorativa": esto es, desvinculada de conductas ilícitas cuya realización resulte actual²⁵.

Como se verá, los actos de investigación que pueden ser realizados según modalidades "encubiertas" se caracterizan por una fuerte matriz preventiva. Para frenar el uso arbitrario de tales medios de investigación, es indispensable que hayan sido ya adquiridas informaciones suficientes para delinear, en lo esencial, la comisión de un hecho penalmente relevante. La exigencia de respetar este umbral mínimo es funcional incluso para evitar, en línea con la jurisprudencia de la Corte europea, que la intervención de la policía asuma los caracteres de la provocación²⁶.

21 Ver CISTERNA, Alberto, "Attività sotto copertura", cit., p. 80.

22 Arts. 600 párrafo 1 *bis*; 600 *ter* párrafos 1, 2 y 3; 600 *quinquies* CP.

23 Ver *infra*, § 6.

24 Ver *infra*, § 5.

25 Ver BARROCU, Giovanni, *Le indagini*, cit., pp. 56 y ss.

26 MELILLO, Giovanni, "Le operazioni sotto copertura", cit., p. 58.

5. LA TIPOLOGÍA DE LAS OPERACIONES PERMITIDAS

En orden a la tipología de las operaciones permitidas²⁷, el dato normativo evidencia el intento de prever una amplia gama de posibles actividades relacionadas a la infiltración del agente en contextos ilícitos²⁸.

El núcleo central de la regulación está representado por el art. 9 párrafo 1 Ley N. 146 del 2006, que se refiere a la eximente especial en las siguientes conductas: dar refugio o prestar asistencia a los miembros de una asociación criminal; adquirir, recibir u ocultar dinero, armas, documentos, sustancias estupefacientes o psicotrópicas, bienes o cosas que son objeto, producto o beneficio del delito o un medio para cometerlo u obstaculizar la identificación de su origen o permitir su uso.

A esta categoría articulada, se une otra de límites más extensos: son legitimadas también las actividades *prodrómicas e instrumentales* respecto a aquellas expresamente mencionadas. Esta opción refleja el objetivo de garantizar a los sujetos infiltrados una más amplia libertad de acción y, por consiguiente, asegurar una mayor eficacia de la acción investigativa. En este modo, sin embargo, resulta extremadamente debilitada la taxatividad de la disposición: el riesgo es hacer lícito un número indefinido de iniciativas encubiertas, con la sola condición de que estas últimas sean dirigidas a adquirir elementos de prueba para la comprobación de un delito dentro del catálogo legal²⁹.

Además del uso temporal de bienes muebles o inmuebles, con una previsión específica, está permitido de los documentos, identidad o indicaciones encubiertas (art. 9 párrafo 2 Ley N.º 146 del 2006). Los espacios operativos

27 En el texto, serán mencionadas las operaciones encubiertas en sentido estricto, vale decir aquellas basadas en la infiltración de agentes, pertenecientes a los cuerpos de policía, en estructuras y ambientes criminales. No responden a esta lógica otras técnicas especiales de investigación. En particular, se trata de los siguientes hechos jurídicos relevantes: en materia de sustancias estupefacientes (arts. 70, 73 y 74 D.P.R. N.º 309 del 1990), cuando es necesario para adquirir relevantes elementos probatorios o para identificar o capturar a los autores del delito, la policía judicial dando aviso al Ministerio Público, puede omitir los actos de propia competencia y el Ministerio Público, con decreto motivado, puede retardar la ejecución de las resoluciones de incautación, de aplicación de medidas cautelares, del apresamiento del indiciado y de la orden de ejecutar una pena de prisión (art. 9 párrafo 6 y 7 Ley N.º 146 del 2006); poderes análogos son reconocidos al Ministerio Público por el art. 14 párrafo 3 Ley N.º 269 de 1998 con el fin de adquirir relevantes elementos probatorios o de identificar y capturar a los autores del delito en orden a los delitos en materia de prostitución y de pornografía infantil (arts. 600 *bis*, 600 *ter* y 600 *quinqies* CP); en el caso de secuestro de personas con fines de extorsión (art. 630 CP), cuando es necesario para adquirir relevantes elementos probatorios o para identificar o capturar a los autores del delito, el Ministerio Público puede solicitar al juez que sea autorizado el pago controlado del rescate (art. 9 párrafo 6 *bis* Ley N.º 146 del 2006).

28 MELILLO, Giovanni, "Le operazioni sotto copertura", cit., p. 66.

29 En este sentido, ver ZAPPULLA, Angelo, "Commento alla legge 13/8/2010, n. 136 – Art. 8", in *Legislazione penale*, 2010, p. 452. Según la opinión de AMATO, Giuseppe, "Acquisto simulato da parte dei privati", in *Guida al diritto*, n. 12, p. 116, debe tratarse de actividades que sean estrictamente conexas con aquellas típicas y, también, resulten absolutamente necesarias.

así concedidos son funcionales, también, al desarrollo de ulteriores actividades que puedan ser autorizadas: la activación de sitios de internet, la realización y la gestión de áreas de comunicación o intercambio en redes o sistemas informáticos (art. 9 párrafo 5 Ley N.º 146 del 2006).

El art. 14 párrafo 2 Ley N.º 269 de 1998 hace también una expresa referencia a tales formas de investigaciones telemáticas, en materia de operaciones dirigidas al combate de los siguientes delitos que sean cometidos mediante el empleo de sistemas informáticos o medios de comunicación telemática o utilizando redes públicas de telecomunicación: prostitución infantil (art. 600 párrafo 1 *bis* CP), pornografía infantil (art. 600 párrafos 1, 2 y 3 *ter* CP); organización de iniciativas turísticas con fines de explotación de la prostitución infantil (art. 600 *quinquies* CP).

Con referencia a los mismos delitos, las fuerzas de policía pueden proceder, incluso por vía telemática, a la compra simulada de material pornográfico y a las relativas actividades de intermediación, así como participar en las iniciativas turísticas de carácter ilícito (art. 14 párrafo 1 Ley N.º 269 de 1998).

6. EL INICIO Y EL DESARROLLO DE LAS OPERACIONES: LAS RELACIONES ENTRE LA POLICÍA JUDICIAL Y EL MINISTERIO PÚBLICO

Sobre el ámbito de los aspectos procedimentales que caracterizan la regulación de las investigaciones *undercover*, se requiere distinguir dos momentos: uno se refiere a la titularidad del poder de disponer el recurso a las técnicas especiales de investigación en examen y el otro respecto a la fase operativa. En relación a ambos perfiles, el tema central está representado por las relaciones entre la policía judicial y el Ministerio Público: las elecciones de fondo —como se verá— tienden a privilegiar el rol decisonal de la primera y, de reflejo, disminuir las funciones directivas de la segunda, en beneficio del cual son previstos los meros mecanismos informativos³⁰.

En base al art. 9 párrafo 3 Ley N.º 146 de 2006, es la policía judicial en vía autónoma quien dispone la ejecución de operaciones encubiertas. En particular, el relativo poder corresponde a los órganos de vértice o, por delegación de estos, a los responsables de nivel al menos provincial de los diversos cuerpos de policía³¹. En beneficio del Ministerio Público, recae sobre el jefe del órgano que ha ordenado la operación, una carga informativa de absolver mediante

30 MELILLO, Giovanni, "Le operazioni sotto copertura", cit., p. 47.

31 En la hipótesis de actividades dirigidas a contrarrestar los delitos en materia de estupefacientes, es titular del poder de ordenar las operaciones además de una estructura específica que toma el nombre de Dirección central para los servicios antidrogas (en cada caso, de acuerdo con tal Dirección deben actuar los otros sujetos legitimados). Con referencia a los delitos de favorecimiento a la inmigración ilegal está previsto que las acciones de investigación en cuestión sean dispuestas de acuerdo con la Dirección central de inmigración y de la policía de fronteras. Estas formas de participación de determinados órganos centrales son funcionales para garantizar la

una comunicación previa. Cuando sea considerado necesario o el Ministerio Público haga expresa solicitud³², debe ser indicado el nombre del oficial de policía judicial responsable de la operación además de los intermediarios y auxiliares eventualmente empleados (art. 9 párrafo 4 Ley N.º 146 del 2006).

Solo en el campo de los delitos en materia de prostitución y pornografía infantil, son reconocidos al Ministerio Público, poderes más incisivos. La adquisición de material pornográfico y las actividades relativas de intermediación, así como la participación en las iniciativas turísticas de las cuales conforme el art. 600 *quinquies* CP pueden ser dispuestas solo previa autorización del Ministerio Público. Las investigaciones informáticas descritas anteriormente³³, a su vez, presuponen una solicitud –motivada a sanción de nulidad– del Ministerio Público a un órgano específico del Ministerio del Interior (art. 14 párrafos 1 y 2 Ley N.º 269 de 1998).

En cualquier caso, sea para la policía judicial o para el Ministerio Público, no está dictado algún criterio capaz de orientar la valoración acerca de la oportunidad de recurrir a las técnicas especiales de investigación. En este sentido, también, además de las consideraciones relacionadas con la concreta viabilidad de la operación, se señala un pronóstico sobre el resultado positivo de la misma, incluso en términos de real utilidad para los fines de la comprobación de los hechos delictivos.

En el plano operativo, el desarrollo de las actividades de infiltración está reservado a los oficiales de la policía judicial³⁴ que pertenecen a las estructuras especializadas de los diversos cuerpos³⁵ o a la Dirección de investigación antimafia (art. 9 párrafo 1 Ley N.º 146 del 2006). Tal elección legislativa es dictada por la exigencia de autorizar a los sujetos dotados de una adecuada preparación trabajos delicados de investigación, que pueden comportar incluso peligros para la integridad de la persona³⁶. Desde este punto de vista, es significativo que el empleo de los agentes de policía judicial, precisamente, en razón de la formación menos cualificada, sea circunscrito al ámbito de las

coordinación oportuna con otras acciones de investigación que deberían estar en su lugar, en modo de evitar eventuales superposiciones.

32 Solicitud similar puede ser avanzada en el caso de acciones de investigación antidrogas por la relativa Dirección central, a la que debe ser dada previa comunicación de las actividades dispuestas.

33 Ver *supra*, § 5.

34 Para identificar los sujetos que poseen la calidad de oficial o de agente de policía judicial dispuesto por el art. 57 CPP.

35 Se trata de la policía estatal, carabinieri y de la guardia fiscal.

36 Ver AMATO, Giuseppe, "Infiltrazione sempre d'intesa con la Dcsc", in *Guida al diritto*, 2006, N.º 12, p. 120.

investigaciones telemáticas con la posibilidad de utilizar documentos o identidad encubierta (art. 9 párrafo 2 Ley N.º 146 del 2006)³⁷.

Respecto de este régimen normativo, resulta de particular relevancia la cláusula que permite a los oficiales de policía judicial avalarse, para la ejecución de las operaciones, de intermediarios y de auxiliares (art. 9 párrafo 5 Ley N.º 146 de 2006). Entre estas dos categorías subsiste una diferencia que trasciende³⁸: la persona intermediaria puede ser un sujeto que pertenezca a las fuerzas de policía o un privado³⁹. El dato que resalta es que tal figura subjetiva puede participar de modo directo en la realización de las actividades encubiertas⁴⁰: en tal hipótesis, cuando se cumplan las condiciones previstas por la ley, será aplicable la causa de no punibilidad y los elementos probatorios adquiridos podrán ser utilizados. El auxiliar, por el contrario, es siempre externo al cuerpo de policía y puede ser llamado a desarrollar un rol de mero apoyo (gracias también a su particular conocimiento de naturaleza técnica) para los fines del buen resultado de la actividad de investigación, pero sin ninguna intervención en la fase estrictamente operativa⁴¹.

Son impuestas obligaciones informativas específicas al órgano de policía que ha asumido la iniciativa para el desarrollo de las investigaciones encubiertas: en el curso de la operación, deben ser comunicados al Ministerio Público, sin retraso, las modalidades de la misma, los sujetos empleados y los resultados conseguidos (art. 9 párrafo 4 Ley N.º 146 del 2006)⁴². En el caso del uso de documentos o de identidad encubierta, incluso para fines de las investigaciones de carácter telemático, la carga de participación del Ministerio Público está previsto en los jefe de los mismos oficiales y agentes de policía judicial, que deben comunicarlo dentro de cuarenta y ocho horas del inicio de la actividad (art. 9 párrafo 2 Ley N.º 146 de 2006).

37 La consecuencia es que, fuera de estos límites, no se aplica a los agentes de policía judicial la causa especial de justificación (MELILLO, Giovanni, "Le operazioni sotto copertura", cit., p. 66), excepto en el caso en que estos actúen como intermediarios.

38 Ver AMATO, Giuseppe, "Acquisto simulato", cit., p. 118

39 Es el caso, en particular, de los informantes de policía o de participantes en la asociación criminal infiltrada que deberían decidir colaborar.

40 En este sentido dice mucho lo dispuesto por el art. 9 párrafo 1 *bis* Ley N.º 146 del 2006, según el cual la causa especial de justificación *se aplica también a los intermediarios que realizan los actos del párrafo 1*. En jurisprudencia, ver Corte de casación, Sala VI, 30 de octubre de 2014, Ursino y otros, cit.

41 Por ejemplo, el auxiliar podría ser utilizado para los fines de procurar la disponibilidad de un automóvil o de un departamento o para el análisis de una sustancia estupefaciente.

42 El Ministerio Público, a su vez, debe enviar las informaciones al Fiscal General del Tribunal de apelación y, cuando las investigaciones se refieran a delitos de criminalidad organizada, al fiscal nacional antimafia (art. 9 párrafo 8 Ley N.º 146 del 2006): en este modo, son puestas las bases para permitir la coordinación eventual investigativa en orden a hechos que puedan interesar a diversas oficinas de las fiscalías.

Desde esta argumentación, las relaciones entre la policía judicial y el Ministerio Público se deduce como el rol del segundo resulta más decisivo de lo que el dato normativo deja entender. Sobre todo en la experiencia de aplicación, es difícil que una operación encubierta, pueda ser realizada sin el previo aval del Ministerio Público. En consecuencia, en una lógica compartida de las elecciones de investigación en que debe interpretarse la comunicación relativa a las iniciativas decididas por la policía judicial. En la misma óptica, las sucesivas formas de conexión garantizan que sea reservada al Ministerio Público una función de control sobre la legalidad de las actividades de la policía⁴³.

7. LA INOBSERVANCIA DE LOS PRESUPUESTOS DE APLICACIÓN Y DE LAS MODALIDADES OPERATIVAS: REFLEXIONES SOBRE LA UTILIZABILIDAD DE LA PRUEBA

En la indicación de los límites de las investigaciones encubiertas el legislador no ha asociado —a excepción de un caso específico⁴⁴— un régimen sancionatorio para la eventualidad en que tales límites sean traspasados. En particular, no se dice nada respecto de la suerte de los elementos probatorios adquiridos en el curso de actividades ilegítimas sobre el plano de los presupuestos de aplicación y de las reglas operativas.

La jurisprudencia considera que la sanción aplicable en caso de infracción de los requisitos normativos de las operaciones *undercover* sea, sobre la base de la previsión al respeto del art. 191 CPP, la inutilizabilidad de las pruebas obtenidas. En particular, un efecto de este tipo, así como en la hipótesis de conductas realizadas de provocación a la consumación del delito⁴⁵, se reconoce en los siguientes casos: ausencia de autorización para proceder por parte de las autoridades competentes⁴⁶; asociadas a las investigaciones para la comprobación de un delito que no se encuentra en la lista de los previstos por la ley⁴⁷.

43 Ver MELILLO, Giovanni, "Le operazioni sotto copertura", cit., p. 50.

44 Se trata del caso regulado por el art. 14 párrafo 2 Ley N.º 269 del 1998: ver *supra*, § 6.

45 Ver *supra*, § 3.

46 Corte de casación, Sala III, 3 de diciembre de 2001, D'Amelio, in *CED Cassazione*, rv. 221336. Tal pronunciamiento se refiere, en modo específico, a los efectos que la ausencia de la autorización por parte de la autoridad judicial determina sobre las pruebas eventualmente obtenidas en el ámbito de la actividad de combate a la prostitución y a la pornografía infantil (art. 14 párrafo 2 Ley N.º 269 de 1998). Se considera, sin embargo, que el principio expresado por la Corte de casación deba encontrar aplicación también en la hipótesis en que las actividades encubiertas sean emprendidas sin la autorización por parte de la autoridad de policía legitimada para disponerla; esta conclusión encuentra una referencia normativa expresa en lo dispuesto por el art. 9 párrafo 1 *bis* Ley N.º 146 del 2006, según el cual la operatividad de la causa especial de justificación implica que las operaciones sean debidamente autorizadas y documentadas.

47 Corte de casación, Sala III, 17 de febrero de 2005, Favalli, in *Guida al diritto*, 2005, n. 25, p. 62.

Con referencia a este último aspecto, es necesario desarrollar algunas observaciones. La posibilidad de emprender investigaciones *undercover* —como se ha dicho— ha sido oportunamente limitada por el legislador para la persecución de fenómenos criminosos particularmente graves, en razón del hecho de que las operaciones en examen son susceptibles de incidir en términos significativos sobre los derechos individuales⁴⁸. Por tanto, en la óptica de inhibir un uso indiscriminado de un instrumento de investigación delicado, el material probatorio hallado es utilizable para probar solo los delitos comprendidos en el catálogo legal.

Tal conclusión es sin duda correcta, pero debe hacerse una oportuna distinción. Cuando la acción es emprendida, *ab origine*, para perseguir delitos distintos de los previstos por la ley, es definitivamente ilegítima y tiene como consecuencia la inutilizabilidad del material eventualmente encontrado. Al contrario, en la hipótesis en la cual los elementos de prueba relativos a delitos excluidos del catálogo normativo sean descubiertos en el curso de una actividad regularmente dispuesta, su empleo es admitido.

En este sentido se ha expresado la jurisprudencia mayoritaria⁴⁹, con el aval de la doctrina, la cual ha evidenciado como, razonando de manera distinta, se arribaría a sostener una tesis poco razonable sobre el plano del equilibrio de los intereses implicados. Cuando la comprobación de un delito no perteneciente al grupo de aquellos taxativamente identificados por vía legislativa resulta meramente ocasional, la elección de considerar viciadas las pruebas adquiridas significaría arrollar los resultados de investigaciones legítimamente dispuestas: un efecto que no encuentra justificación en la exigencia de evitar los abusos.

En conclusión, lo que importante para considerar legítima la acción *undercover* es que la misma sea *pronosticada y, de manera fundada, dirigida a la persecución de delitos "típicos", señalados como presupuestos de la operación simulada*; es, por el contrario, irrelevante que luego, en concreto, hayan sido adquiridos elementos de prueba, también, para delitos distintos (o incluso solo para delitos diversos)⁵⁰.

Junto a tales hipótesis, en mérito a las cuales la jurisprudencia se ha pronunciado en términos explícitos, se encuentra una de dudoso encuadramiento. No es claro, de hecho, cuales efectos se producen en caso de violación de los deberes de comunicación impuestos por el art. 9 Ley N.º 146 del 2006 en

48 En este sentido, Corte de casación, Sala III, 3 de dicembre de 2001, D'AMELIO, cit. Ver también BORTOLIN, Cristina, "Operazioni sotto copertura", cit., p. 413;

49 Corte de casación, Sala III, 25 de settembre de 2008, Barotto, in *CED Cassazione*, n. 241297; Corte de casación, Sala III, 3 de junio de 2008, Malentacca, in *CED Cassazione*, rv. 240269.

50 Ver AMATO, Giuseppe, "L'attivazione regolare", cit., p. 68.

beneficio del Ministerio Público⁵¹. En mérito a tal aspecto, parece razonable considerar que la previa comunicación del inicio de la operación, así como de las modalidades de desarrollo de la misma a la autoridad competente para las investigaciones integre un requisito de validez de la actividad *undercover*: la relativa vulneración determina, por tanto, la inutilizabilidad de los resultados conseguidos. Tal planteamiento resulta en línea con los principios afirmados por la Corte europea, según la cual, para que pueda afirmarse respetado el art. 6 CEDU, es necesario que la autoridad judicial esté en grado de ejercitar un control sobre las investigaciones encubiertas⁵². Por la solución sugerida parecer inclinarse también la jurisprudencia doméstica. Aunque sobre el punto haya existido un principio de derecho. La Corte de Casación, en la parte argumentativa de algunos pronunciamientos⁵³, ha incluido las cargas informativas a favor del Ministerio Público entre los requisitos de validez de las investigaciones conforme al art. 9 Ley N.º 146 del 2006.

Queda por afrontar un último perfil: el relativo a la intensidad y a la extensión del vicio que afecta al material probatorio adquirido mediante actividad encubierta realizada en inobservancia de los presupuestos normativos. Al respecto, se aprecia un conflicto interpretativo⁵⁴, que aún hoy se encuentra sin resolver.

Según una primera orientación, la inutilizabilidad que afecta a las pruebas ilegítimamente obtenidas tiene un carácter “absoluto”: impide un empleo de las mismas para los fines del juicio sobre la culpabilidad del imputado, así como para fines cautelares y para cualquier otro objetivo (por ejemplo, como fuente de una noticia criminal)⁵⁵. Una segunda dirección interpretativa, menos rigurosa, aunque reconociendo la invalidez de los elementos recogidos en el ámbito de actividades que exceden los límites establecidos por la ley, permite que estos sean empleados como base para el inicio de un procedimiento penal y para los fines de aseguramiento probatorio (art. 253 CPP)⁵⁶. Sobre este último perfil, los jueces de legalidad han mostrado su adherencia al principio, afirmado por

51 Ver *supra*, § 6.

52 Corte europea, 9 de junio de 1998, *Texeira de Castro vs. Portugal*, § 38.

53 Corte de casación, Sala VI, 2 de abril de 2015, *Geranio*, cit.; Corte de casación, Sala VI, 30 de octubre de 2014, *Ursino*, cit.

54 Ver MARINELLI, Claudio, “L’attività dell’agente provocatore per il contrasto alla pedopornografia: “straripamenti” investigativi e relative implicazioni processuali”, in *Cassazione penale*, 2005, pp. 2684-2685.

55 Corte de casación, Sala III, 28 de enero de 2005, *Spora*, in *CED Cassazione*, rv. 231605; Corte de casación, Sala III, 5 de mayo de 2004, *Gullello*, in *CED Cassazione*, rv. 230027; Corte de casación, Sala III, 8 de mayo de 2003, in *Guida al diritto*, 2003, n. 50, p. 68.

56 Corte de casación, Sala III, 24 de noviembre de 2010, *MALFANTI*, in *CED Cassazione*, rv. 248767; Corte de casación, Sala III, 18 de marzo de 2009, *Apicella*, in *CED Cassazione*, rv. 243758; Corte de casación, Sala III, 8 de junio de 2004, *GANCI*, in *CED Cassazione*, rv. 229804. En doctrina, ver AMATO, Giuseppe, “L’attivazione regolare”, cit., p. 70. Critica este planteamiento BORTOLIN, Cristina, “Operazioni sotto copertura”, pp. 417 y ss.

la Sala Plena de la Corte de casación⁵⁷, por el cual la incautación del cuerpo del delito y de los objetos correspondientes al delito constituye un acto debido, incluso cuando las modalidades de descubrimiento del bien sean ilegítimas.

8. LA DEPOSICIÓN DEL AGENTE ENCUBIERTO: PRINCIPALES PROBLEMAS INTERPRETATIVOS CONEXOS A LA CALIFICACIÓN PROCESAL DEL DECLARANTE

Entre los desarrollos probatorios de la actividad encubierta, la deposición del sujeto que se ha infiltrado en la organización criminal con el fin de descubrir a los participantes, la organización y los proyectos criminosos reviste una importancia particular indudable. Resulta, por tanto, una notable perplejidad el hecho que el legislador haya omitido regular dos aspectos de extrema relevancia: la forma jurídica para asignar al agente llamado a informar en juicio en razón a las investigaciones realizadas y los límites de utilizabilidad de las informaciones narradas por estos.

Ante el silencio de la ley, corresponde al intérprete intentar resolver tales cuestiones, a la luz de los principios y de las reglas que, en general, gobiernan la prueba testimonial y los institutos a ella conexos.

El primer problema a afrontar concierne a la calificación procesal del agente encubierto. Sobre el punto, las dudas nacen por un conflicto interpretativo, que se refiere a un aspecto lógicamente antecedente: si el Ministerio Público, cuando se tenga conocimiento de la realización de un ilícito penal por parte del infiltrado, este obligado al menos a inscribir el nombre en el registro de denuncias (art. 335 CPP).

Una primera orientación considera que el Ministerio Público no pueda excluir automáticamente la punibilidad del agente que, en el curso de operaciones encubiertas debidamente autorizadas, haya puesto en marcha comportamientos penalmente relevantes: para tal fin, sería necesario el control de un juez. En esta perspectiva, la autoridad investigadora: a) estaría obligada a iniciar formalmente una investigación en contra del infiltrado; b) solo una vez terminada la operación, cuando considerase que el agente haya actuado en pleno respeto de los límites normativos, podría presentar una solicitud de archivo al juez de investigación preliminar⁵⁸.

Otra parte de la doctrina⁵⁹ sostiene una tesis diametralmente opuesta: el Ministerio Público estaría legitimado para omitir la inscripción del agente en

57 Ver Corte de casación, Sala plena, 27 de marzo de 1996, Sala, in *Diritto penale e processo*, 1996, p. 1125.

58 BARROCU, Giovanni, *Le indagini*, cit., pp. 106-107.

59 AMATO, Giuseppe, "La definizione della posizione processuale dell' "agente provocatore": riflessi sulla capacità a rendere testimonianza", in *Cassazione penale*, 1996, p. 2394; FANULI, Giusep-

el registro previsto por el art. 335 CPP en todas aquellas hipótesis en las que la operación sea dispuesta y ejecutada con pleno respeto de las condiciones previstas por la ley. En estos casos, en efecto, la conducta realizada por el infiltrado es plenamente lícita y, por consiguiente, hace superfluo el mecanismo de la inscripción y del consiguiente archivo⁶⁰.

Son bastante evidentes las consecuencias que derivan de la aceptación de una u otra orientación. En el primer caso, el agente, después de la inscripción en el registro de denuncias, sea en vista de un rápido y descontado archivo, adquiere el *status* de persona sometida a las investigaciones en un proceso conexo o vinculado. Esto comporta que las declaraciones hechas por el agente encubierto, pendiente del procedimiento en su contra (sobre la base de las disposiciones relacionadas de los arts. 61, 197 *bis* y 210 CPP)⁶¹, no tendrán autonomía probatoria y podrán, según cuando esté dispuesto por el art. 192 párrafos 3 y 4, fundar un juicio de responsabilidad solo si se prueba por elementos extrínsecos que confirmen la fiabilidad⁶². Se trata de un perfil no insignificante en cuanto, teniendo en cuenta las modalidades y las condiciones en las cuales actúa el infiltrado, no siempre resultará fácil reunir elementos útiles para los fines de la *corroboration*, con el riesgo de perjudicar, en cualquier medida, el trabajo desarrollado⁶³.

pe Luigi, "La testimonianza indiretta sulle dichiarazioni dell'imputato", in *Archivio nuova procedura penale*, 2005, p. 283; MELILLO, Giovanni, "L'agire provocatorio fra ricerca della notizia di reato e ricerca della prova", in *Archivio nuova procedura penale*, 1999, p. 103; MINNA, Rosario / SUTERA SARDO, Alessandro, *Agente provocatore. Profili sostanziali e processuali*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 135 y ss.

- 60 MINNA, Rosario / SUTERA SARDO, Alessandro, *Agente provocatore*, cit., p. 137 relevan como, sobre este perfil, la actividad del infiltrado sea equiparable a la del oficial o del agente de policía encargado, en mérito a una medida de la autoridad judicial, de instalar equipos capaces de interceptar conversaciones ambientales. Al realizar las operaciones técnicas él comete, bajo un perfil estrictamente objetivo, una serie de delitos (por ejemplo violación de domicilio, daño), los cuales sin embargo no son ciertamente inscritos en el registro de denuncias.
- 61 El complejo sistema normativo que regula la adquisición de declaraciones por parte de sujetos imputados o sospechosos (con arreglo a la extensión operada por el art. 61 CPP) en un procedimiento conexo define un régimen intermedio entre aquel del testimonio y el relativo al imputado. Por un lado, efectivamente, los coimputados tienen la obligación de comparecer y son sujetos a la medida de acompañamiento forzoso; por el otro, estos se benefician de la necesaria asistencia de defensa y pueden avalarse del derecho al silencio (cuya extensión varía según que el coimputado sea cualificable como "testigo asistido" en los sentidos del art. 197 *bis* CPP) en modo de evitar el riesgo de realizar declaraciones autoincriminantes que podrían ser utilizadas en el procedimiento en su contra.
- 62 En la base de esta limitación a la libertad de convicción del juez se encuentra una presunción de no fiabilidad de las declaraciones hechas por la persona coimputada del mismo delito o imputada en un procedimiento conexo (de conformidad al art. 12 CPP) o un delito relacionado a aquel para lo cual se procede de acuerdo al art. 371 párrafo 2 lit. b CPP. La posición de tales sujetos implicados, de un modo u otro, en los hechos por los cuales se procede, es tal para determinar su intrínseca infiabilidad, la cual justifica el particular rigor interpretativo impuesto al juez. Ver GREVI, Vittorio, "Prove", in CONSO G. / GREVI V. / BARGIS M., *Compendio di procedura penale*, 7.^a ed., Cedam, Padova 2014, p. 336.
- 63 MINNA, Rosario / SUTERA SARDO, Alessandro, *Agente provocatore*, cit., p. 140.

Son de sentido opuesto las consecuencias que derivan de la aceptación de la segunda tesis. No se procede en contra del infiltrado cuando este último depone según las formas ordinarias del testimonio y sus declaraciones podrán ser consideradas idóneas, para probar la culpabilidad del imputado incluso en ausencia de elementos de corroboración.

Sobre el punto se ha dicho que la orientación jurisprudencial, hoy, dominante reconoce la calificación de testimonio "común" al sujeto archivado⁶⁴. Por tanto, el problema de la forma jurídica del agente encubierto en juicio (y, consiguientemente de la "fuerza" probatoria de sus declaraciones) resulta disminuido: muy a menudo, en efecto, el procedimiento en contra del infiltrado será archivado antes que estos sean llamados a deponer en el juicio en contra del miembro (o de los miembros) de la organización criminal.

No obstante, no se puede excluir de los procedimientos referidos, por un lado, al agente y, por el otro, al sujeto en contra del cual han sido desarrolladas las investigaciones encubiertas, sean iniciados en momentos diferentes (o tengan un decurso significativamente distinto) y esto determine un "desfase" cronológico tal para que el infiltrado sea citado a deponer cuando aún no es intervenida, en mérito a su caso judicial, una disposición de archivo. En tales casos, entre los dos planteamientos referidos anteriormente, es preferible el segundo: resulta mayormente en sintonía con las exigencias y los objetivos conexos a las investigaciones *undercover*⁶⁵.

9. (SIGUE) DUDAS SOBRE LA OPERATIVIDAD DE LAS PROHIBICIONES DE TESTIMONIO INDIRECTO REFERIDOS EN LOS ARTÍCULOS 62 Y 195 PÁRRAFO 4 CPP

Una vez examinado el perfil concerniente a la forma procesal de asignar al oficial empleado en operaciones encubiertas, es necesario afrontar el tema de los límites que condicionan la recuperación de las informaciones obtenidas por estos durante la actividad de infiltración. Nos preguntamos, en particular, si el agente pueda informar en juicio solo sobre en cuanto ha observado o también en mérito a las confidencias recogidas de los miembros de la organización.

Al afrontar tal cuestión, entran en juego dos disposiciones del Código de Procedimiento Penal Italiano: el art. 62 CPP, que prohíbe el testimonio sobre las *declaraciones, no obstante, hechas en el curso del procedimiento por el imputado o por la persona sometida a las investigaciones* y el art. 195 párrafo 4 CPP, conforme al cual los oficiales de policía judicial no pueden deponer

64 Ver Corte de casación, Sala plena, 17 de diciembre de 2009, De Simone, in *CED Cassazione*, rv. 246376.

65 En este sentido FANULI, Giuseppe Luigi, "La testimonianza indiretta", cit., 2005, p. 283.

sobre el contenido de las declaraciones obtenidas en el curso de la actividad investigativa. En verdad, esta última prohibición, por cuanto se refiere al imputado, sustancialmente recalca el ámbito de aplicación del art. 62 CPP: sin embargo, el art. 195 párrafo 4 CPP tiene un alcance más amplio dado que implica también las informaciones rendidas por los potenciales testigos.

Iniciamos con el examen de la posición del imputado. La prohibición del testimonio indirecto sobre las declaraciones hechas por la persona sometida al procedimiento, tutela el derecho al silencio del imputado (establecido por el art. 64 párrafo 3 CPP, y tutelada, a nivel constitucional, por el art. 24 Const.⁶⁶), e impide inobservancias sustanciales⁶⁷.

Lo que importa para los fines de aplicación de la regla de exclusión es que las declaraciones hayan sido efectuadas *en el curso del procedimiento*. Como ha sido precisado por la Corte Constitucional⁶⁸, la frase en examen no articula un criterio cronológico, sino identifica los *contextos procedimentales*⁶⁹. Por tanto, no asume, de por sí, alguna importancia la línea divisoria temporal de la inscripción de la denuncia en el registro apropiado⁷⁰: la prohibición opera, también, con referencia a las declaraciones efectuadas por quien, aunque todavía no formalmente investigado, esté de hecho en la condición previamente mencionada por los indicios de culpabilidad extraídos. Sin embargo, por otra parte, no todas las informaciones obtenidas pendientes de una investigación penal entran en el radio de acción de la prohibición, sino solo aquellas *efectuadas en la sede procesal, esto es en ocasión de un acto del procedimiento*.

La aplicación de tales principios al infiltrado ha generado, en la jurisprudencia, algunas incertezas interpretativas. En una serie de casos de compras simuladas de sustancias estupefacientes, la Corte de casación ha reconocido que las declaraciones rendidas por el vendedor al agente de policía judicial que, funja de comprador simulado, deban ser ingresadas al interior del procedimiento, dado que el sujeto que hace tales declaraciones debe considerarse investigado en cuanto se establece el contacto con el aparente adquiriente⁷¹. En otros pronunciamientos, por el contrario, los jueces de legalidad han sostenido el carácter extraprocedimental de las operaciones *undercover* en con-

66 Ver SCAPARONE, Metello, "Art. 24", in BRANCA G., *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Bologna, 1981, pp. 87 y ss.

67 KOSTORIS, Roberto E., "Art. 62", in CHIAVARIO M., *Commento al nuovo codice di procedura penale*, Utet, Torino, 1989, vol. I, p. 317; DELLA CASA, Franco, "Soggetti", in CONSO G. / GREVI V. / BARGIS M., *Compendio di procedura penale*, cit., p. 100.

68 Corte constitucional, Sentencia 13 de mayo de 1993, n. 237.

69 CORDERO, Franco, *Procedura penale*, Giuffrè, Milano, 9.ª ed., 2012, p. 248.

70 Momento a partir del quale el sujeto adquiere la calidad de persona investigada. Ver, a proposito, CAPRIOLI, Francesco, "Indagini preliminari e udienza preliminare", in CONSO G. / GREVI V. / BARGIS M., *Compendio di procedura penale*, cit., p. 528.

71 Ver, por ultimo, Corte de casación, Sala IV, 11 de junio de 2009, Calciano y otros, in *CED Casazione*, rv. 245445.

sideración al hecho que, en tales circunstancias, los agentes *son [...] sujetos participantes en la acción y no [actúan] como oficiales de policía judicial con los poderes de autoridad y certificación de la cualificación*⁷².

La primera orientación es la de compartir. Parece difícil negar, en efecto, que las declaraciones rendidas por un miembro de la organización criminal al agente infiltrado se sitúen “al interior del procedimiento”. Se trata, en buena vista, de informaciones provenientes de un sujeto que se encuentra, en términos concretos, en la posición de investigado y recogidas por razones conexas a la comprobación de los hechos, en el ejercicio de actividad institucionalmente demandadas a los pertenecientes a la policía judicial⁷³.

La atipicidad de la actuación del agente encubierto no contribuye para incidir en tal aceptación⁷⁴: la circunstancia en que el oficial de policía actúa según cadencias “desformalizadas” no reduce al menos el carácter sustancialmente procedimental de la actividad y, en consecuencia, no excluye la operatividad de la prohibición del testimonio indirecto⁷⁵. Por otro lado, acoger una solución de sentido opuesto equivaldría a privar de efectividad la tutela del derecho al silencio *propia de donde se siente mayormente la necesidad*⁷⁶. Esto es en situaciones en las que el relato es hecho por agentes tergiversados y sin las garantías vinculadas a la documentación del acto.

A la luz de estas consideraciones, la interpretación más fiel al texto y al espíritu de la prohibición del testimonio indirecto parece ser aquella que reconduce a un contexto procedimental las actividades de los infiltrados dirigidas a solicitar y recoger las declaraciones de los sujetos con los cuales interactúan. De ello, se deriva la operatividad del art. 62 CPP⁷⁷. Es bueno precisar, sin embargo, que la adhesión a tal dirección interpretativa no implica una general y absoluta imposibilidad de deponer sobre cualquier expresión verbal proferida por los miembros de la organización en presencia del agente *undercover*. Sobre este perfil, la jurisprudencia distingue las declaraciones susceptibles de ser efectuadas por el investigado en tres categorías diversas: declaracio-

72 Por último, Corte de casación, Sala III, 9 de mayo de 2013, Jendoubi y otros, in *CED Cassazione*, rv. 257675.

73 Ver BALSAMO, Antonio, “Operazioni sotto copertura”, p. 2650; BARROCU, Giovanni, *Le indagini*, cit. p. 139.

74 Agrega para una interpretación de sentido opuesto (utilizabilidad de las declaraciones obtenidas), valorando el carácter de la actividad del agente infiltrado, RUTA, Gaetano, “Brevi note in materia di dichiarazioni autoindizianti rilasciate all’“infiltrato” funzionario di polizia”, in *Giurisprudenza italiana*, 2000, p. 386.

75 MARCIANÓ, Marcella, “La testimonianza *de relato* degli agenti provocatori o infiltrati: un’ulteriore interpretazione riconducibile alla “soluzione” del “doppio binario materiale””, in *Archivio nuova procedura penale*, 2010, p. 272.

76 GAETA, Piero, “Dichiarazioni dell’indagato “provocate” da agenti infiltrati: la libertà di autodeterminazione quale canone di utilizzabilità”, in *Cassazione penale*, 2000, p. 972.

77 MARCIANÓ, Marcella, “La testimonianza *de relato*”, cit., p. 272.

nes representativas de hechos precedentes; declaraciones que acompañan la realización de determinadas conductas, aclarando el significado; y declaraciones programáticas de futuros ilícitos.

Según los jueces de legalidad, la regla de exclusión sobre la cual se trata, sería aplicable solo cuando el infiltrado es destinatario de narraciones de hechos ya ocurridos históricamente, mientras que no operaría con referencia a las otras hipótesis⁷⁸. Tal principio —explicado, en realidad, de manera excesivamente simplista⁷⁹— está basado sobre la diversa naturaleza de las declaraciones, las cuales pueden cumplir una doble función: de un lado, la asertiva-informativa; por el otro, la ejecutiva-operativa. En el primer caso, el enunciado constituye una verdadera y propia narración representativa de un hecho histórico⁸⁰; en el segundo, por el contrario, son las mismas expresiones verbales un hecho. Se consideran, como ejemplo, las órdenes, las amenazas, las advertencias: quien las profiere no está contando un evento, sino está cumpliendo una acción⁸¹. Prohibir el testimonio en casos de este tipo sería ilógico en cuanto el objeto del mismo es un hecho del cual el testigo ha tenido directa percepción y no el contenido de declaraciones obtenidas por otros.

Igualmente escapan de la prohibición del testimonio indirecto aquellas expresiones verbales que la doctrina califica como “*res gestae*”⁸². Se trata de una categoría variada, a la cual pueden ser reconducidas todos los enunciados que presentan con interdependencia tan estrecha con el evento al cual se refieren por resultado probatoriamente inescindible del mismo. Por ejemplo, las exclamaciones efectuadas por los presentes en el lugar del crimen inmediatamente antes o después de verificarse el hecho a probar o las aserciones que acompañan a un determinado comportamiento, explicándolo. El rasgo sobresaliente que une estas hipótesis es el elevado margen de fiabilidad de los enunciados, los cuales, en razón de las circunstancias particulares en las que son proferidos (la ausencia de un apreciable lapso de tiempo en el hecho-delito y la narración, la simbiosis con la acción), son tendencialmente inmunes al riesgo de adulteración.

78 Corte de casación, Sala VI, 24 de abril de 1997, Console, in *CED Cassazione*, rv. 208645; Corte de casación, Sala IV, 11 de junio de 2009, Calciano y otros, cit.

79 Se remite a las observaciones desarrollados por APA, Nicola, “Note in tema di testimonianza dell’agente provocatore”, in *Giurisprudenza italiana*, 1999, p. 140; PUGLISI, Roberto, “Operazioni sotto copertura tra diritto al silenzio e principio di non dispersione della prova”, in *Cassazione penale*, 2009, pp. 2967-2968.

80 VICOLI, Daniele, “Le “*res gestae*”: un’ipotesi di recupero in chiave probatoria alla luce della legge sul ‘giusto processo’”, in AA. VV., *Verso la riscoperta di un modello processuale*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 184.

81 TROTTA, Barbara, “Sulle dichiarazioni rese dal venditore di stupefacenti all’agente provocatore”, in *Cassazione penale*, 1998, p. 3021.

82 Ver TROTTA, Barbara, “Sulle dichiarazioni”, cit., p. 3022.

Recapitulando, la prohibición, a que está sujeta el agente empleado en una actividad encubierta, de informar las declaraciones obtenidas del investigado en el curso de la operación: a) opera todas las veces en que haya registrado informaciones relacionadas a hechos ocurridos históricamente, equiparables a verdaderas y propias confesiones; b) no es invocable con referencia a declaraciones de carácter performativo o a enunciados inseparables de los hechos objeto de comprobación.

Respecto a tal reconstrucción, se aprecia una orientación jurisprudencial que adopta un enfoque diferente, asociando la operatividad de la prohibición establecida por el art. 62 CPP al carácter espontáneo o no de las declaraciones realizadas⁸³. Según este planteamiento, para el agente no estaría permitido deponer sobre el contenido de las declaraciones hechas como consecuencia de estímulos ejercitados para tal fin, mientras que ninguna exclusión operaría con referencia a las informaciones de las cuales el infiltrado haya sido destinatario ocasional. Tal dirección interpretativa pretende sancionar la conducta del agente, el cual, provocando las confidencias del interlocutor, eluda las garantías de defensa impuestas por la ley para la adquisición de la contribución narrativa del investigado. Por el contrario, cuando una elusión de las formas típicas no se configure (debido a que el agente se ha limitado a percibir las declaraciones), no existiría algún obstáculo para la admisibilidad del testimonio *de oídas*.

La tesis no parece sostenible: la configurabilidad de un “contexto procedimental” en el ámbito del cual se despliegan las conversaciones entre el infiltrado y el investigado determina sin más la aplicación de la prohibición del testimonio indirecto, el cual opera —es necesario remarcarlo— con referencia a las expresiones *no obstante hechas*, incluso cuando estas son efectuadas espontáneamente, con ausencia de maniobras instigadoras por parte del oficial de policía.

Como se ha señalado precedentemente, también al límite de lo establecido por el art. 62 CPP, los oficiales y los agentes de policía judicial son sometidos a una prohibición de testimonio —establecida por el art. 195 párrafo 4 CPP— que, por cuanto aquí interesa, refiere: las informaciones sumarias recibidas por las personas informadas sobre los hechos; y aquellas rendidas por la persona sometida a las investigaciones⁸⁴.

En cambio para esta última hipótesis en las consideraciones desarrolladas anteriormente, queda por considerar la primera. En tal caso, la prohibición

83 Ver Corte di casación, Sala VI, 24 de febrero de 2003, *Ventre*, in *CED Cassazione*, rv. 224741. En doctrina, avalan esta tesis BALSAMO, Antonio, “Operazioni sotto copertura”, cit., p. 2649; CAPRIOLI, Francesco, *Colloqui riservati e prova penale*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 275. Di contrario avviso sono FANULI, Giuseppe Luigi, “La testimonianza indiretta”, cit., p. 284; PUGLISI, Roberto, “Operazioni sotto copertura”, cit., p. 2969.

84 Como se ha señalado precedentemente, la prohibición de testimonio indirecto sobre las declaraciones del investigado establecido por el art. 195 párrafo 4 CPP es absorbido por el art. 62 CPP.

sirve para garantizar el principio contradictorio en la actuación de la prueba, evitando que la policía judicial, con el deponer en razón a las actividades cumplidas, pueda introducir en el debate material instructivo recogido en las investigaciones preliminares⁸⁵. La relación en examen no tiene, sin embargo, alcance absoluto: opera exclusivamente con referencia a las declaraciones *consagradas de manera oral* (y a aquellas que, aunque no habiendo sido oralizadas, habrían debido serlo), las únicas respecto a las cuales subsiste la necesidad de evitar una elusión de la regla de exclusión de las pruebas formadas fuera del contradictorio⁸⁶.

Fijada esta premisa, la doctrina se inclina por considerar excluidas del área de aplicación de la prohibición a las informaciones adquiridas en el ámbito de las operaciones encubiertas⁸⁷. En tales situaciones, en efecto, la documentación de las informaciones obtenidas por los potenciales testigos no es razonablemente exigible: “[...] no tendría ningún sentido permitir a los oficiales de policía judicial de infiltrarse en organizaciones criminales, avalándose incluso de falsas identidades para establecer relaciones con los diversos sujetos con el objetivo de adquirir elementos de prueba [...], si, al mismo tiempo, se les obligase a manifestar su calidad elaborando informes orales en todas las ocasiones en que estos obtengan informaciones de las personas con las cuales entran en contacto”⁸⁸. Según tal planteamiento, cuando la prosecución de las investigaciones es absolutamente incompatible con cualquier forma de documentación de las declaraciones de los potenciales testigos, debería reconocerse la admisibilidad del testimonio indirecto del oficial de policía judicial. Por el contrario, en la hipótesis en que se encuentren los extremos para la oralización sin que esta pueda perjudicar el buen resultado de las operaciones, la prohibición *ex art. 195 párrafo 4 CPP* debería resultar aplicable⁸⁹.

10. TUTELA DE LA IDENTIDAD DEL AGENTE ENCUBIERTO Y DERECHOS DE DEFENSA: UN DIFÍCIL EQUILIBRIO

Como se ha señalado anteriormente, las operaciones encubiertas representan una técnica de investigación extraordinariamente eficaz por la ca-

85 Ver CAPRIOLI, Francesco, “Palingenesi di un divieto probatorio: la testimonianza indiretta del funzionario di polizia nel rinnovato assetto processuale”, in KOSTORIS R. E., *Il giusto processo tra contraddittorio e diritto al silenzio*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 64 y ss.; GREVI, Vittorio, “Prove”, cit., p. 341.

86 Corte Const. sent. 26 de febrero 2002, n. 32.

87 Ver BALSAMO, Antonio, “Operazioni sotto copertura”, cit., p. 2653; GAETA, Piero, “Il divieto di testimonianza indiretta della polizia giudiziaria (art. 195 comma 4 c.p.p.)”, in TONINI P., *Giusto processo: nuove norme sulla formazione e valutazione della prova (legge 1 marzo 2001, n. 63)*, Cedam, Padova, 2001, p. 275.

88 Así BALSAMO, Antonio, “Operazioni sotto copertura”, cit., p. 2653.

89 BALSAMO, Antonio / LO PIPARO, Angela, *La prova per “sentito dire”*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 230.

pacidad de penetración en los ambientes criminales, pero, al mismo tiempo, muy peligrosa. La creación de vínculos ficticios de colaboración —o incluso de amistad— es un comportamiento experimentado, en contextos delincuenciales, como una grave “ofensa” susceptibles de desencadenar acciones de represalia⁹⁰. En esta óptica, escuchar a los infiltrados en juicio ha resultado problemático: revelar públicamente el aspecto físico y la efectiva identidad personal del agente significa permitir la identificación por parte de los miembros de la organización criminal “a pie libre” que deseen vengar el “mal” sufrido por sus aliados.

El testimonio en juicio del infiltrado es, también, poco conveniente en relación con el exiguo número de funcionarios de policía que sean al mismo tiempo disponibles para adiestrarse en el cumplimiento de tales actividades. Cuando la identidad encubierta “salta”, estos difícilmente podrán ser empleados nuevamente para futuras posibles acciones, con un evidente despilfarro de recursos de investigación⁹¹. El legislador italiano, en la óptica de satisfacer las exigencias mencionadas de protección de la identidad de los infiltrados, recientemente, ha introducido⁹² una disposición (art. 497 párrafo 2 *bis* CPP) que establece la obligación, a cargo de los agentes encubiertos llamados a deponer en juicio, de rechazar los datos personales falsos utilizados en el curso de la operación⁹³.

En detalle, la disposición establece que “[...] los oficiales y los agentes de Policía judicial, también pertenecientes a la organización de policías externos, [...] los auxiliares, así como los intermediarios, llamados a deponer, en cada estado y grado del procedimiento, en orden a las actividades desarrolladas encubiertas, invitados a proporcionar sus propios datos personales, indiquen aquellos que son encubiertos, utilizados en el curso de las actividades mismas”. Se trata de una norma escueta, en la medida en que omite la regulación de algunos aspectos importantes y se exponen algunas críticas importantes⁹⁴.

Falta, ante todo, la indicación de elementos de los que se desprenda la existencia de un peligro para la seguridad del testigo; al contrario, por cómo está formulada, la norma parece predisponer una tutela automática, aplicable todas las veces en que deba declarar un infiltrado. Tal automatismo resulta irrazonable: a pesar de que los delitos por los cuales es posible disponer operaciones encubiertas sean particularmente graves, no se dice que en todos los casos subsista un riesgo de venganzas contra el agente. En segundo

90 A propósito, ver CAPRIOLI, Francesco, La tutela del testimone nei processi di criminalità organizzata, in AA.VV., *Verso uno statuto del testimone nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 41.

91 Ver TAMIETTI, Andrea, “Agenti provocatori”, cit., p. 2927.

92 Con la Ley N.º 136 del 13 de agosto de 2010.

93 La previsión es introducida en relación con la posibilidad para el agente de utilizar, en el desarrollo de las operaciones, documentos o identidad encubierta (ver *supra*, § 5).

94 Ver BARROCU, Giovanni, *Le indagini*, cit., pp. 116 y ss.

lugar, nada se dice en razón a la cognoscibilidad del real nombre del testigo por parte del juez; un aspecto sin duda indispensable, considerando que el control por parte de la autoridad judicial es susceptible de limitar el perjuicio ocasionado a la defensa.

Más general, no está previsto algún mecanismo de verificación de la credibilidad del declarante ni por parte de un magistrado independiente externo al procedimiento principal, ni de parte del Ministerio Público mediante la implementación de una obligación específica de investigar en mérito a todos los perfiles que permitan un preciso enmarcamiento subjetivo del testigo. A la luz de estos puntos, surge claramente cómo la regulación dispuesta por el legislador es extremadamente eficaz en clave de protección de los infiltrados; pero como, al mismo tiempo, se pone en fricción con los derechos de defensa, en particular con el derecho del imputado a confrontarse con el propio acusador.

Los términos de tal contraposición son fácilmente deducibles. El régimen de secreto en el cual es recibida la declaración en juicio de conformidad con el art. 497 párrafo 2 *bis* CPP permite evitar represalias en contra de los agentes y asegura su empleo nuevamente en operaciones futuras⁹⁵. Es innegable, el perjuicio ocasionado a la defensa: el anonimato del testigo impide el acceso a una fuente de informaciones —aquellas inherentes a la persona del declarante: la historia personal, la reputación, el carácter, los motivos de rencor o resentimiento en contra del imputado— potencialmente muy importantes para examinar la solidez de la tesis acusatoria.

Las cuestiones que sean de atención por el intérprete están ligadas a la compatibilidad con la regulación sobre el testimonio anónimo del agente *undercover* con el art. 111 Const., así como con el art. 6 CEDU, transmitidas en el ordenamiento interno mediante el art. 117 párrafo 1 Const.⁹⁶. Sobre el primer perfil, se destaca cómo el instituto en examen afecta el principio de la actuación dialéctica de la prueba⁹⁷. Dicho canon, en efecto, impone un análisis profundo que alcance al contenido de la declaración, es decir, a la credibilidad subjetiva del declarante: una verificación de este tipo evidentemente no puede tener lugar cuando al imputado le sea ocultada la verdadera identidad del testigo. Por tal motivo, el testimonio anónimo es considerado una excepción al contradictorio, por considerarse admisible solo si es reconducible a uno de los casos previstos por el art. 111 párrafo 5 Const.⁹⁸.

95 También el aspecto físico del testigo es ocultado: el párrafo 1 *bis* del art. 147 *bis* disp. act. CPP impone adoptar, en sede de audición de los agentes encubiertos, *cautelos idóneas para evitar que el rostro de tales sujetos sea visible*.

96 Ver *supra*, nota 14.

97 El art. 111 párrafo 4 Const., establece que el proceso penal está regulado por el principio del contradictorio en la actuación de la prueba.

98 Es de este parecer CAPRIOLI, Francesco, "La tutela del testimone", cit., p. 67.

Esta última disposición estatuye que las excepciones al contradictorio son permitidas solo si se invoca uno de los siguientes factores: a) consentimiento del imputado; b) comprobada imposibilidad de naturaleza objetiva; c) interferencias externas dirigidas a amenazar la libertad de autodeterminación del testigo. El testimonio anónimo, si se excluye la hipótesis —muy improbable— del consentimiento del imputado, no parece encontrar cobertura en el art. 111 párrafo 5 Const. La cláusula de imposibilidad objetiva no puede ser invocada: tal está prevista solo en aquellos casos en los que la confrontación sea materialmente imposible (por ejemplo, la muerte del testigo). En línea teórica, para la tutela del agente encubierto, se podría recurrir al peligro de amenazas provenientes del ambiente criminal, en el cual el agente encubierto se ha infiltrado.

Sin embargo, se observa que, sobre la base del art. 111 párrafo 5 Const, es necesaria una *probada conducta ilícita* en contra del testigo: deben darse a existir acciones intimidatorias consumadas⁹⁹. Por el contrario, el anonimato es una medida de protección que busca prevenir e impedir formas de presión sobre el testigo. En efecto, en el caso del agente encubierto, la interferencia ilícita puede ser solamente potencial: si estuviese en persecución o ya intervenida, significaría que la identidad del testigo ha sido descubierta y que ahora el “escudo” del anonimato no encuentra fundamento en alguna razón justificativa. Para ser exactos, por tanto, es difícil descubrir el fundamento del art. 497 párrafo 2 bis CPP, sobre la exigencia de garantizar la “genuidad” del testimonio rendido por el sujeto que haya desarrollado investigaciones *undercover*.

Es, sobretodo, en el plano de los principios afirmados por la Corte Europea en materia de testimonio anónimo que resulta posible destacar un significativo “desalineamiento” de la regulación italiana.

La Corte europea ha afirmado en varias ocasiones que el empleo en el proceso penal de “testimonios secretos” no es en cada caso incompatible con el canon del “proceso equitativo” establecido en el art. 6 CEDU¹⁰⁰. Lo importante es que las prerrogativas de la defensa encuentren una adecuada consideración y el perjuicio derivado de la ausencia de conocimiento de la identidad del testigo no impida al imputado de gozar de un “proceso equitativo”¹⁰¹.

99 Ver Busetto, Marcello Luigi, *Il contraddittorio inquinato*, Cedam, Padova, 2009, pp. 28 y ss.

100 Es importante, en particular, la garantía de *interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y obtener la citación y el interrogatorio de los testigos de descargo en las mismas condiciones de los testigos de cargo* (art. 6 § 3 lit. d CEDU).

101 Para un análisis de la jurisprudencia europea en materia de testigos anónimos ver: BALSAMO, Antonio, “Testimonianze anonime ed effettività delle garanzie sul terreno del “diritto vivente” nel processo di integrazione giuridica europea”, in *Cassazione penale*, 2006, p. 3008; MAFFEI, Stefano, “Le testimonianze anonime nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo”, in *Cassazione penale*, 2003, p. 1696; SELVAGGI, Eugenio, “Il difficile bilanciamento tra esigenze di difesa della società e diritti di difesa: il teste anonimo davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo”, in *Cassazione penale*, 1996, p. 2419; TAMIETTI, Andrea, “Le testimonianze anonime

En esta óptica, el juez europeo ha precisado una serie de requisitos y contrapesos que regulan la admisión y la utilización del testimonio anónimo. En primer lugar, el anonimato debe constituir una medida excepcional, para adoptarse solo cuando exista un peligro actual y concreto para la integridad del testigo o de su familia y no exista una forma de protección que afecte menos los derechos de la defensa. En este sentido, aunque se reconozca que la propensión al condicionamiento del testigo ocurre sobretodo en determinados contextos criminosos y en conexión con particulares tipologías de delitos, la Corte europea afirma la necesidad de que el riesgo de intimidación sea valorado no sobre la base del título del delito cometido, sino en consideración de los factores específicos de peligrosidad detectables en el caso concreto. En segundo lugar, el juez debe estar en conocimiento de la identidad del testigo en modo de dar cumplimiento a una verificación de su credibilidad subjetiva¹⁰².

Sobre un plano complementario al apenas examinado, la Corte europea subraya que la existencia de buenas razones para conceder el anonimato constituye una condición necesaria, pero no suficiente para excluir una violación del art. 6 CEDU. A fin de que la igualdad procesal pueda decirse respetada, es necesario que exista una serie de contrapesos en favor de la defensa: cuanto más relevante es la prueba para la afirmación de la culpabilidad tales contrapesos deben ser más significativos¹⁰³.

Al fin, se resalta la importancia de una valoración particularmente escrupulosa de la prueba anónima¹⁰⁴. Como se ha mencionado, la regulación italiana no parece estar en línea con las directivas establecidas por los jueces de la Corte europea. En términos generales, se aprecia como el legislador ha establecido una obligación irrenunciable: todas las veces en las que esté citado a declarar un agente encubierto, estos deben ocultar su datos generales falsos. Es excluida, así de cualquier forma de equilibrio entre la tutela de la integridad del testigo y el sacrificio del derecho de defensa; en consecuencia, es eludido el principio por el cual el anonimato debe tener carácter excepcio-

nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo", in *Cassazione penale*, 2003, p. 1700; VOGLIOTTI, Massimo, "La logica *floue* della Corte europea dei diritti dell'uomo tra tutela del testimone e salvaguardia del contraddittorio: il caso delle "testimonianze anonime"", in *Giurisprudenza italiana*, 1998, p. 851.

102 Corte europea, 30 de octubre de 1997, Van Mechelen vs. Olanda, § 62.

103 En particular, según los jueces europeos, asumen relevancia: la presencia de elementos de comprobación que confirmen las declaraciones testimoniales (Corte europea, 18 de diciembre de 2014, Scholer vs. Alemania, § 61); la posibilidad para el imputado de expresar al testigo todas las preguntas que considere útiles para el desarrollo de su defensa, excepto, obviamente, aquella que permitan develar la identidad del sujeto (Corte europea, 26 de febrero de 2013, Papadakis vs. Macedonia, § 92-94); la previsión de una obligación a cargo de la fiscalía de revelar a la contraparte los elementos obtenidos en mérito a la credibilidad del testigo a fin que esta se encuentre en la condición de conducir un contraexamen efectivo (Corte europea, 10 de abril de 2012, Ellis y Simms vs. Reino Unido, § 86).

104 Corte europea de derechos humanos, 10 de abril de 2012, Ellis y Simms, cit., § 85.

nal. Otro perfil problemático está representado por la ausente previsión de una carga para el juez de examinar la credibilidad del testigo; no es menos cierto, por lo demás, en razón de la brevedad de la norma, si al menos la autoridad judicial deba conocer de los verdaderos datos personales del agente. Finalmente, no es impuesto al Ministerio Público algún deber de investigar en mérito a los eventuales perfiles susceptibles de desvirtuar la fiabilidad del declarante (odio, enemistad, interés u otro) y de informar a la defensa de los resultados de tales investigaciones. A la luz de estas consideraciones, se considera que la regulación italiana sobre el testimonio del agente *undercover* no está conforme a las garantías del “proceso equitativo” impuestas por la CEDU: la normativa parece marcadamente inclinada en favor de las exigencias de tutela del infiltrado.

Se perfila, por tanto, la necesidad de una intervención legislativa, con el fin de trasponer las directivas derivadas de la jurisprudencia de la Corte europea y, así, corregir los actuales desequilibrios en contra de la defensa del imputado. En esta situación, la regulación del art. 497 párrafo 2 *bis* CPP está expuesta al riesgo de una declaratoria de ilegalidad constitucional por violación del art. 117 párrafo 1 Const., en la medida en que tal disposición transmite en el ordenamiento italiano los cánones establecidos por el art. 6 CEDU.

EL AGENTE PROVOCADOR EN EL TRÁFICO DE DROGAS

Carlos García Valdés

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Alcalá
de Henares (España)

SUMARIO: 1. Consideraciones previas. 2. Perspectiva jurisprudencial y problemas que se suscitan. 3. Soluciones que ofrece la doctrina y la jurisprudencia penal española. 4. Derecho comparado. 5. La teoría del delito provocado en el Código Penal de 1995. 6. Selección de jurisprudencia.

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

El presente trabajo pretende exponer el estado actual de una cuestión de indudable atractivo y actualidad en el ámbito del Derecho penal y, más específicamente, en la represión del delito de tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas: la teoría del agente provocador y del delito provocado.

El problema hace referencia a la punición —o impunidad— de la conducta de quienes concurren en la realización de un delito provocado: por un lado, y es lo más frecuente, la persona integrada en los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad (y que, precisamente, actúan en el ejercicio de sus cometidos para investigar o descubrir la comisión de delitos), que aparenta participar en la realización de un hecho delictivo, provocando la comisión del mismo; y, por otro, quien realiza ese hecho aparentemente típico, pero incitado o impulsado por aquel primer sujeto.

Su actualidad es evidente ya que es objeto ahora de especial atención y estudio por parte de la doctrina y la jurisprudencia, tanto española¹, como comparada. En definitiva, no es solo que pueda efectuarse un interesante trabajo intelectual, sino también que el mismo ofrece, sin duda alguna, aspectos relevantes para la aplicación y correcto funcionamiento de nuestro ordenamiento penal.

¹ Así, el libro de MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan, *La moderna problemática jurídico-penal del agente provocador*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

Debo hacer aún una última consideración preliminar. He estimado preferible separar su exposición en bloques o apartados temáticos cerrados en sí mismos. En efecto, he preferido plantear la figura del agente provocador en términos problemáticos, desde la exposición de supuestos de hecho que cotidianamente se ofrecen a la consideración de los Jueces y Tribunales españoles, para proponer después el análisis de las soluciones que la doctrina española y comparada ofrecen al problema.

2. PERSPECTIVA JURISPRUDENCIAL Y PROBLEMAS QUE SE SUSCITAN

2.1 La perspectiva jurisprudencial

Con bastante frecuencia, llegan a los Juzgados y Tribunales españoles supuestos en los que un agente de policía o un funcionario incitan, facilitan o crean la ocasión para que se ejecute un delito de tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, con la única finalidad de probar la participación de la persona provocada en un hecho tipificado como delito. En estos casos, el mismo sujeto, al que doctrinalmente se denomina agente provocador, suele intervenir, por sí mismo o a través de terceras personas previamente concertadas, para evitar la consumación del delito provocado, deteniendo a la persona provocada durante la realización del hecho.

Este planteamiento, prototípico, llega a las relaciones de hechos probados de las sentencias, por lo común, con una destacable riqueza de detalles. Por ello, creo que resulta muy útil dejar ahora que sea la propia jurisprudencia la que nos ofrezca los presupuestos del trabajo que estoy desarrollando. He seleccionado, para ello, de entre las resoluciones recientes, un elenco que estimo suficientemente representativo. Son las siguientes:

- a) La Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 1986 (Ponente: Sr. Soto Nieto), en cuya relación fáctica se plantea el siguiente supuesto:

Resultando probado, y así se declara: Que funcionarios del Cuerpo Superior de Policía adscritos al Grupo Regional de Estupefacientes de la Jefatura Superior de La Coruña, durante el curso de investigaciones relacionadas con el tráfico ilícito de drogas en Santiago de Compostela, tuvieron conocimiento de que parte de la que se vendía en esta ciudad procedía de la villa de Portonovo, Pontevedra, a la que, en consecuencia, el día 18 de enero de 1985 se trasladaron dos inspectores acompañados de un sujeto, el cual, ignorante de su condición, que le habían ocultado, se mostró dispuesto a ponerles en contacto con quien podía facilitarles la sustancia que, según ellos, deseaban adquirir, o sea, hachís. Una vez en Portonovo, sobre las 16 horas, y en el Paseo Marítimo, el sujeto de referencia les presentó

al procesado César Ángel Méndez Pérez, nacido el 15 de enero de 1962, y sin antecedentes penales, quien les manifestó que pronto recibiría una gran cantidad de hachís, procedente de Marruecos, que estaba dispuesto a venderles, a razón de 225.000 pesetas el kilogramo, siempre que comprasen una cantidad superior a 25 kilogramos; pero si les urgía la compra, podría proporcionarles dicha sustancia inmediatamente, por mediación de un amigo suyo, aunque tendrían que pagar por cada kilogramo 300.000 pesetas. Como los inspectores contestaron que la operación podría interesarles, siempre que previamente viesan la droga, en la misma tarde se trasladaron a la localidad de Villanueva de Arosa, donde César Ángel, les indicó que le esperasen en La Alameda, mientras él se ponía al habla con el amigo de referencia y, transcurridos unos minutos, regresó con una pequeña cantidad de hachís para que comprobasen su calidad y, una vez que lo hicieron, les dijo que, si les interesaba la operación, podría efectuarse inmediatamente, aunque antes tenían que enseñarles el dinero y, como los inspectores carecían de él, quedaron citados para las 12 horas del inmediato siguiente día 19, en un bar de Portonovo; en el cual, efectivamente, a la hora convenida, se reunieron y acto seguido emprendieron viaje hacia Villanueva, si bien pararon en Cambados y en los servicios de un bar de esta villa, uno de los inspectores enseñó a César Ángel la cantidad que llevaban para efectuar el pago de la mercancía, en vista de lo cual, siguieron hasta Villanueva, donde dicho procesado les puso en contacto con Manuel Charlín Pomares, nacido el 25 de agosto de 1963, y sin antecedentes penales, también procesado en la presente causa, el cual les hizo saber que, enterado por su compañero de que disponían del dinero necesario, la operación se podía realizar acto seguido, y al dar su conformidad los inspectores quedaron citados para reunirse unos minutos más tarde en el campo de fútbol de Villanueva, como así lo hicieron, compareciendo Charlín con una bolsa de plástico que contenía tres kilogramos de hachís, que es la cantidad que habían solicitado, aunque él dijo que estaba en condiciones para suministrarles más, en cuyo momento los inspectores se identificaron y procedieron a su detención, así como a la de César Ángel, aunque este intentó darse a la fuga, infructuosamente. El hachís fue ocupado y obra en la actualidad depositado en la Unidad Provincial del Ministerio de Sanidad y Consumo de La Coruña.

- b) La Sentencia de 9 de octubre de 1987, igualmente de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (Ponente: Sr. Jiménez Villarejo), contiene, por su parte, el siguiente supuesto de hecho:

Resultando: Probado, y así se declara, apreciando en conciencia las pruebas practicadas en el acto de juicio oral, que la Brigada Cen-

tral de Estupefacientes de la Comisaría General de la Policía Judicial tuvo conocimiento que determinados presos, sujetos a régimen abierto, se venían dedicando al tráfico de cocaína y de heroína en la zona de Vallecas, por lo que comisionaron a cinco inspectores para el descubrimiento de tales hechos. Que el procesado en esta causa, Urbano Campos Gómez, mayor de edad y sin antecedentes penales a la sazón, se dirigió a dos de los inspectores, cuya condición ignoraba, preguntándoles que si querían mercancías, lo que sirvió a aquellos para simular pretender adquirirla, ofreciéndoseles por el citado inculpado toda la que quisieran, por cuyo motivo, y en estas aparentes negociaciones celebraron diversas citas con el también procesado, Antonio Andújar Valverde, mayor de edad y ejecutoriamente condenado en sentencia de 8 de octubre de 1969 por un delito de hurto, a la pena de tres meses de arresto mayor; en sentencia de 21 de enero de 1972 por un delito de igual clase, a idéntica pena; en sentencia de 28 de septiembre de 1974 por un delito contra la salud pública a la pena de seis meses y un día de prisión menor y multa de quince mil pesetas; en sentencia de 30 de mayo de 1979 por un delito de la misma clase a la pena de un año de prisión menor y por otro delito contra la salud pública en sentencia de 20 de febrero de 1981 a la pena de seis años de prisión menor y multa de diez mil pesetas, que conocieron los investigadores a través del primer procesado. Que según los contactos mantenidos aparecían ambos inculpados como poseedores de la droga, por lo que se acordó la adquisición de la misma por los aparentes compradores, concertándose la cita definitivamente para las dieciséis horas y treinta minutos del día 8 de septiembre de 1983 en el bar *Brillante*, sito en la Avenida de la Albufera de esta capital, y en tal lugar y momento acudieron los presuntos adquirentes, el procesado Urbino Campos, así como otro, también procesado en esta causa, pero no enjuiciado ahora por su rebeldía, a quien Antonio Andújar, que no acudió directamente a la cita, le había ofrecido doscientas mil pesetas si actuaba como enlace o emisario, tras explicarle la operación. El declarado rebelde explicó que acudieran a la cafetería *Yakarta*, sita en un lugar cercano, para culminar la proyectada operación, después de examinar la mercancía, siendo detenido, al igual que el otro procesado, Urbano Campos, no ofreciendo ninguno de ellos resistencia a la detención, que llevaron a cabo los Inspectores tras darse a conocer como tales, pero sí Antonio Andújar Val verde que caminaba por la acera de enfrente del citado bar *Brillante* y que, no solo se opuso a que le detuvieran los miembros del Cuerpo Superior de Policía, que allí se encontraban esperándole, y que se disponía a conocer con toda claridad en tal carácter, condición y funciones, sino que golpeó a uno de ellos dándole un fuerte cabezazo en el estómago, haciéndole caer al suelo,

en cuyo momento el otro se abalanzó sobre el procesado, cayendo ambos, durando la pelea hasta conseguir su reducción unos veinte minutos, y teniendo que emplearse fuerza física para conseguir la detención.

- c) La Sentencia de 25 de junio de 1990, también de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (Ponente: Sr. Barbero Santos), ofrece otro supuesto semejante, en los siguientes términos:

Se declara probado que los procesados, Isidoro E. F. y Juan L. P., ambos con antecedentes penales, sirvieron como intermediarios en una operación de venta de heroína entre unos súbditos paquistaníes y dos agentes encubiertos de la Guardia Civil del Grupo Antidroga de Sevilla que simulaban querer comprarla con el fin de identificar y detener a los propietarios de la misma, para lo cual, en el mes de julio del mismo año, se pusieron en contacto, primero con Isidoro E. F. y después, a través de este, con Juan L. P., quien, a su vez, los puso en contacto con los citados paquistaníes, concertándose la operación el citado día 28 de septiembre, para lo cual los agentes acudieron a la casa N.º 97 de la calle Julio Burell de la localidad de Linares, donde estos últimos tenían preparada una bolsa que contenía 32 gramos de la citada sustancia, la que fue intervenida.

- d) La Sentencia de 20 de febrero de 1991, también de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (Ponente: Sr. García Miguel), muestra otra narración parecida:

Se declara que, como consecuencia de informaciones recibidas en el Grupo Antidrogas de la II Zona de la Guardia Civil con sede en Sevilla-España, en las que se daba a entender que el procesado en la presente causa, Antonio J. A., conocido por Antonio el taxista, venía sirviendo en ocasiones más o menos frecuentes como intermediario en operaciones de tráfico de drogas, se montó por dicho grupo un servicio de encubrimiento [sic], con el fin de establecer contacto con personas relacionadas con el expresado tráfico por medio de un agente encubierto, designándose para dicho puesto al Guardia 2.º del grupo, Don José F. O., quien adoptando el apodo de *El Catalán*, en la primera decena del mes de junio de mil novecientos ochenta y dos logra trabar relación con el citado procesado, al que en una entrevista celebrada el nueve de junio le manifiesta su deseo de adquirir hachís en cantidad importante, pues disponía de dos millones de pesetas para ello; así las cosas, el procesado da al agente camuflado el número de teléfono de su casa en Sevilla, con el fin de que proceda a llamarle la mañana siguiente, y haciéndolo así la tarde del día dieciséis del mismo mes y año, el guardia 2.º F. O. efectúa una llamada desde la sede del Grupo Antidrogas a la casa de Antonio

el taxista, haciéndose pasar por *El Catalán*, diciéndole aquel que vuelva a llamar sobre las ocho treinta horas de la misma tarde, volviendo a repetir la llamada a la hora convenida, en el curso de cuya conversación el procesado se mostró dispuesto a facilitarle la droga solicitada al precio de ciento veinte mil pesetas el kilo, quedando citados para verse y concretar el lugar de entrega el siguiente día diecisiete en la denominada Venta de Cuba, sobre las doce treinta horas del mediodía. Mientras tanto, el referido procesado Antonio J. A., la misma tarde del día dieciséis de junio había contado lo que estaba sucediendo al procesado Francisco Javier R. R., quien en el bar bodega *San Primitivo* pone a aquel en contacto con el también procesado Antonio V. S., a quien acompaña, asimismo, el procesado Rafael J. R., manifestándoles Antonio V. a los dos primeros que puede disponer de la cantidad de diecisiete doscientos kilogramos de hachís para su venta al individuo conocido como *El Catalán*, por cuya operación los procesados Antonio J. y Francisco J. R. cobrarían la suma de trescientas mil pesetas, de las cuales entregarían cincuenta mil pesetas al procesado Rafael J. R., el cual intervenía en estos hechos por si había guerra. Así pues, a la hora fijada el día diecisiete de junio, los dos procesados, Antonio J. A. y Francisco Javier R. R. se entrevistaron en la Venta de Cuba, sita en la carretera del aeropuerto de esta capital, con el agente encubierto conocido por *El Catalán*, conviniendo en que la entrega de la droga se haría esa misma tarde sobre las cinco o cinco treinta horas, para lo cual quedaron citados en la misma Venut, regresando a continuación todos ellos a Sevilla y volviendo Antonio J. y Francisco Javier R. a la hora convenida a la expresada Venta, donde ya les aguardaba *El Catalán*, portando aquellos dos bolsas de plástico que contenían la cantidad de diecisiete doscientos kilogramos de la sustancia nociva para la salud conocida con el nombre de hachís, la cual les había sido entregada por Antonio V. una hora antes en las inmediaciones del bar bodega *San Primitivo*, conviniendo en que la entrega de la droga se haría más adelante en la misma carretera para lo cual *El Catalán* monta en su automóvil y sigue al conducido por el procesado Antonio J., a quien acompaña Francisco Javier R., introduciéndose estos por un camino que conduce, pasado el aeropuerto, a la "Urbanización Tazazona", deteniendo el automóvil y procediendo Antonio a sacar las bolsas con la droga del maletero de su automóvil, en cuyo momento el agente encubierto, sacando su arma reglamentaria, le encañona con la misma y procede a su detención, a la vez que otros guardias del mismo grupo, que cubrían la operación, persiguen y detienen a Francisco Javier R., que se había dado a la fuga, interviniéndose, por los agentes de la Guardia Civil, los diecisiete doscientos kilogramos de droga, objeto de la simulada compraventa.

- e) Como viene apreciándose, en los casos de delito provocado, los planteamientos se repiten con supuestos muy semejantes en la jurisprudencia. Los últimos de los que destaco se contienen en sentencias recientes, de fecha 4 de marzo de 1992 y de 7 de julio de 1993, igualmente de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (Ponente: Sr. Delgado García), y en ellas se sitúa el problema en los siguientes términos:

La Policía tuvo conocimiento por sus confidentes, de que había una serie de personas que se dedicaban a la venta de la droga y, para descubrirles y detenerles, un miembro de la Guardia Civil simuló tener intención de adquirir 150 kilogramos de hachís, lo que sirvió para entrar en contacto, por medio de un tercero, con dos personas que dijeron tener la droga para suministrarla, aunque, en definitiva, la operación quedó reducida a 27 kilogramos, de un valor de 5.400.000 pesetas en el mercado ilegal [...] y que pudieron reunir en el breve período de tiempo de unas dos horas.

Y en la segunda resolución citada se menciona cómo la Guardia Civil:

Para dismantelar una red de comercio de heroína que actuaba en España, ordenó a uno de sus agentes que conectara con alguno de sus miembros, haciéndolo con los dos paquistaníes que ya tenían antecedentes policiales por tráfico de drogas, con lo cual se consiguió que tres turcos llevaran un kilogramo de heroína a un piso donde se ocupó la droga, deteniéndose a unos en la calle y a otro en el mencionado piso, operación realizada en el breve plazo de tres o cuatro días. Los ejemplos son, desde luego, abundantes. Con los que he desarrollado hasta ahora, sin embargo, creo que la cuestión queda suficientemente planteada, y los problemas, en evidencia.

2.2 Clasificación de los problemas que suscitan las resoluciones expuestas

La realización de conductas delictivas por una persona que ha sido provocada a ello por parte de un tercero, que interviene también, con posterioridad y precisamente para impedir la consumación de aquellas y proceder a la detención del sujeto provocado, es una hipótesis que plantea, fundamentalmente, dos problemas con trascendencia jurídico-penal:

- a) Por un lado, la determinación de la responsabilidad penal o la impunidad del agente provocador. Como planteamiento de partida, debo adelantar que las sentencias que he reseñado declararon en todos los casos la impunidad del agente provocador, y que el problema que suscitan estos pronunciamientos judiciales radica en cómo hacer jurídicamente compatible la absolución del provocador y la condena del provocado.

b) Por otro lado, la concreción de si existe o no responsabilidad penal en el sujeto provocado. En las sentencias a las que acabo de referirme se condenó siempre a los sujetos provocados, en lo que ahora interesa, de conformidad con el artículo 344 del Código Penal. No obstante, el problema que suscitan estos fallos condenatorios queda planteado en los siguientes términos, normalmente utilizados por las respectivas defensas de los procesados:

b.1) El sujeto provocado actúa sin libertad ni espontaneidad, porque el delito surge por la maquinación del agente provocador. Las defensas de los procesados en actuaciones judiciales iniciadas a consecuencia de una actuación policial como la que venimos analizando sostienen, por lo común, en este sentido, que la conducta de los policías es ilícita porque actúan con un engaño que es el que induce a los luego procesados a cometer un delito que, de otro modo, no habrían cometido.

b.2) El hecho no pasa de ser una artificial apariencia de delito, ya que, por su propio diseño y desarrollo, era imposible que llegara a consumarse el tráfico ilícito en que la operación consistía. Así, la falta de daño o peligro llevaría a la existencia de un delito imposible, o incluso de un delito putativo, en el que faltaría una auténtica materia digna de reprobación penal.

Veremos, de inmediato, cómo se afrontan y resuelven estos problemas en la doctrina y la jurisprudencia, tanto española como comparada.

3. SOLUCIONES QUE OFRECE LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA PENAL ESPAÑOLA

En España, fundamentalmente por la ausencia de regulación normativa específica, no existe una solución única para ninguno de ambos supuestos, y por ello la cuestión resulta más atractiva para la reflexión intelectual. En lo que se refiere, primero, a *la responsabilidad del agente provocador*, la divergencia es notable: por un lado, un sector minoritario en la doctrina, pero en el que se encuentra el monografista español en la materia, profesor Ruiz Antón, sostiene, con la doctrina mayoritaria alemana, que no se puede hacer responsable criminalmente al agente provocador porque carece de dolo de consumación, ya que interviene en el hecho precisamente para evitar la consumación del delito. En consecuencia, al agente provocador no se le puede exigir responsabilidad criminal porque el instigador, como el cómplice, debe obrar con dolo de consumir el hecho principal en el que participa, y ello no puede predicarse de ninguno de los casos de agente provocador que venimos examinando.

La doctrina mayoritaria, por el contrario, estima, de consuno con la bibliografía italiana, que el agente provocador incita, en todo caso, al sujeto provocado a llevar a cabo una tentativa de delito, y por ello debe responder de la misma.

La jurisprudencia española, por su parte, y tal y como hemos visto en los casos analizados al comienzo de este estudio, nunca se ha planteado condenar penalmente al agente provocador. Los argumentos esencialmente utilizados para ello vienen siendo los siguientes:

a) La provocación delictiva que venimos analizando no se corresponde, como veremos de inmediato, con un estricto concepto del delito provocado, de por sí impune, sino que se concibe como una técnica de investigación. Es más, alguna jurisprudencia (así la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 1978) ha llegado a afirmar que este comportamiento refleja “una inteligente y prudente adaptación de las técnicas investigadoras a la clandestinidad y sinuosidad de la delincuencia en cuestión”. Las mínimas excepciones, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, a estos planteamientos, las representan las Sentencias de 20 de febrero de 1991, en la que se afirma que “el ficticio delito fue producido como consecuencia de las instigaciones policiales realizadas al margen de las permitidas y lícitas normas de investigación, comprobación y represión de los hechos punibles”, la de 3 de noviembre de 1993 y la de 1 de julio de 1994.

b) Los comportamientos de los funcionarios policiales que venimos examinando se encuentran dentro de los límites que el artículo 126 de la Constitución y los artículos 282 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal les imponen en el ejercicio de sus funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente, que es la propia de la policía judicial. Las Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 1992 y de 2 de julio de 1993 (en el mismo sentido que lo hacía, entre tantas otras, la de 3 de julio de 1984) concluyen en este sentido: “se entiende que en estos casos el simulado obrar del funcionario está justificado por el cumplimiento de los deberes de su cargo y que, por tanto, el comportamiento policial es lícito”. Recuérdesse, no obstante, que las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1991, de 3 de noviembre de 1993 y de 1 de julio de 1994, rompen esta unanimidad jurisprudencial.

El problema de la *responsabilidad penal del sujeto provocado*, por su parte, es resuelto en forma igualmente unánime (excepciones hechas de las sentencias últimamente citadas) por nuestra jurisprudencia. Aunque se admite, como planteamiento de partida, que el delito provocado es impune (entre tantas otras, Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de abril de 1972, 20 de febrero de 1973, 8 de julio de 1980, 3 de julio y 15 de noviembre de 1984, 21 de febrero de 1986, 9 de octubre de 1987, 27 de febrero, 26 de septiembre y 10 de diciembre de 1990, y 20 de febrero, 10 de abril y 21 de septiembre de 1991), se niega que en los supuestos que hemos analizado al comienzo de este estudio, y en todos los semejantes, nos encontremos efectivamente ante delitos provocados.

En efecto, el delito provocado estricto, “de todo punto recusable y ciertamente destipificador de la conducta aparentemente delictiva” (Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 1978), solo es, para nuestra jurisprudencia (Sentencias de 8 de julio de 1980, 8 de junio de 1984, 18 de junio y 25 de septiembre de 1985 y 9 de octubre de 1987, entre tantas otras):

“[...] aquel que llega a realizarse en virtud de la inducción engañosa de un agente que, deseando conocer la propensión al delito de una persona sospechosa y con la finalidad de constituir pruebas indubitables de un hecho criminal, convence al presunto delincuente para que lleve a cabo la conducta que de su torcida inclinación se espera, simulando primero allanar y desembarazar el iter criminis, y obstruyéndolo finalmente, en el momento decisivo, con lo cual se consigue por el provocador no solo la casi segura detención del inducido, sino la obtención de pruebas que se suponen directas e inequívocas”.

Así, si la actuación del funcionario policial es engañosa, y a través del comportamiento fingido se incita a una conducta delictiva, originándose de modo artificial una infracción penal que antes no existía, el delito provocado “no merece sanción penal porque carece de realidad, al constituir una mera ficción que no entraña ni lesión ni peligro del correspondiente bien jurídico protegido, ya que la situación se encuentra en todo momento, bajo el control del funcionario que actuó de agente provocador” (Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 1992 y de 2 de julio de 1993).

Sin embargo, en los casos que he detallado al comienzo de esta exposición, y todos los demás que siguen el mismo modelo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo (con las excepciones ya citadas de 20 de febrero de 1991, 3 de noviembre de 1993 y 1 de julio de 1994) niega que exista este estricto delito provocado, en lo que yo conozco, desde las Sentencias de 18 de abril y 14 de junio de 1975. Por el contrario, desde estas sentencias, las resoluciones que conozco en este sentido destacan que la actividad policial no ha estado, en ningún caso “encaminada u orientada a suscitar en persona alguna la idea criminal, sino a investigar, esclarecer y, en última instancia, poner término a una actividad delictiva permanente, no ya libremente concedida e iniciada, sino reiteradamente consumada” (Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 1987; en el mismo sentido, se pronunciaron también, entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1985, 15 de noviembre de 1988 y 30 de octubre y 29 de noviembre de 1990). No se origina, por tanto, un delito antes inexistente; lo que se hace es el seguimiento de una acción y actividad delictiva que se venía cometiendo (Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 1992) o, en definitiva, el descubrimiento de aquel delito que ya se había cometido con anterioridad (Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 1992 y de 2 de julio de 1993). Como afirma la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 1986, la impunidad del delito provocado:

"[...] deviene insostenible cuando la función del "provocador", aunque aparentemente tienda a dar vida al delito, se encamina a facilitar su afloramiento, a impulsar las actuaciones del presunto infractor hasta el primer plano de las realidades sensibles y de las comprobaciones materiales, al objeto de propiciar su descubrimiento. Supuesto harto frecuente en los delitos de tracto sucesivo y, de un modo particular, en los de tráfico de drogas y estupefacientes, en los que sus protagonistas no suelen ser episódicos o casuales autores ocasionalmente tentados por la realización de un acto singular o aislado de donación o venta de alguna dosis o cantidad ínfima de aquellas sustancias, sino personas u organizaciones que, presididas por una decidida y permanente voluntad tendencial en proscribible ánimo de lucro, se hallan dispuestas, con una cierta habitualidad, cuando no profesionalizada, a ensanchar y proliferar cauces de circulación y colocación de tan nocivos productos atentatorios a la incolumidad pública y a la salud colectiva en suma".

Por lo que respecta al procesado, en consecuencia, lo decisivo es que no se considera por la jurisprudencia, que fuera provocado a la comisión de actos constitutivos de tráfico de estupefacientes, "sino meramente sorprendido en uno de los que integraban su habitual ocupación" (Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 1987; en el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 1992). Por ello, la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1991 absolvió en cuanto no quedó probada una anterior dedicación al tráfico del procesado, "ya que lo único probado y objeto de enjuiciamiento es la concreta operación de venta que motivó la condena", y esta surgió como consecuencia de la instigación policial. En términos semejantes, aunque con menor trascendencia, pues se refería a un acto de complicidad, se había pronunciado también la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 25 de junio de 1990.

Resumiendo, pues, la postura jurisprudencial que he tratado de sistematizar y analizar, la reciente Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 20 de enero de 1995 (Ponente: Sr. Martín Pallín), dice:

"[...] Como ha destacado la Sentencia de esta Sala de 3 de noviembre de 1993, la provocación de la infracción penal por un agente de la autoridad es un medio de prueba incompatible con los principios generales que garantizan la legalidad del proceso, con la interdicción de la arbitrariedad y con la dignidad de la persona, por lo que la virtualidad probatoria debe ser enérgicamente rechazada. Ahora bien, existe asimismo una reiterada doctrina jurisprudencial que marca los límites del delito provocado o de la actuación del agente provocador y resuelve los supuestos de hecho en atención a las circunstancias concurrentes. Es necesario distinguir, a efectos punitivos, entre delitos provocados en los que falta la tipicidad y la culpabilidad ya que se llega a la conclusión de que el sujeto no hubiera actuado de la manera que lo hizo si no hubiese sido por la provocación previa y eficaz del agente incitador.

La iniciativa criminal en la persona provocada se encuentra, en todo caso, en estado larvado y, por tanto, penalmente inocua, por lo que su exteriorización material no es el resultado de su soberana y libre decisión sino del acicate eficaz del agente externo que actúa como factor desencadenante de un comportamiento delictivo que domina en todo momento y que le coloca en una situación de preeminencia que le permite controlar todo el tracto delictivo desde su iniciación hasta su término.

En el caso presente la sentencia comienza afirmando tajantemente que los acusados tenían en su poder unos quinientos gramos de cocaína y que se pusieron de acuerdo para su venta, llamando a una tercera persona para que buscara comprador. Este simple relato sirve para descartar cualquier intervención de agentes provocadores extraños que suscitasen en el recurrente la idea criminal.

A partir de esta resolución propia, firme e inequívoca, la intervención a posteriori de la persona contactada que resultó ser un agente encubierto de la Guardia Civil, resulta totalmente inocua a los efectos de desvanecer la exclusiva responsabilidad personal de quien teniendo en su poder droga, decide introducirla en el mercado buscando personas que se la adquieran. Los acusados no fueron provocados sino sorprendidos cuando ya habían iniciado el itinerario criminal que condujo a la comisión de un delito contra la salud pública que, como es sabido, es de riesgo general y consumación anticipada al momento en que se inicia la actividad delictiva”.

Y la Sentencia de la misma Sala, de 13 de julio de 1995 (Ponente: Sr. Carrero Ramos), sienta que:

“[...] No es provocación la acción policial que se limita a poner al descubierto un delito que ya se estaba cometiendo, como lo es la tenencia previa con destino al tráfico, ya que esta actividad supone una continuidad de acción, disponiendo de las sustancias correspondientes (delito de peligro potencial abstracto) que se manifiestan cada vez que se presenta un cliente y si la Policía es solo un cliente más, cuya petición da lugar a una venta más, probatoria de su habitualidad, no hay provocación al delito, hay descubrimiento del mismo que si ese cliente no se hubiera presentado existiría lo mismo, a la espera de la llegada de otro”.

En el mismo sentido, la Sentencia de 11 de octubre de 1995 (Ponente: Sr. Martín Canivell).

4. DERECHO COMPARADO

De la exposición desarrollada hasta ahora cabe concluir que ni la doctrina ni la jurisprudencia española son unánimes a la hora de resolver los problemas que plantea la teoría del agente provocador. Es, por ello, lógico que en algún momento se haya planteado la conveniencia de incorporar al Código Penal, o a alguno de los Proyectos de reforma, una regulación expresa de tal problema.

Quienes piensan así —y debo adelantar que yo no me encuentro entre ellos— defienden la utilidad de una previsión legal expresa para la unificación de las divergencias que han sido ya analizadas.

Sin embargo, no encuentro en el Derecho comparado argumentos decisivos que respalden esta tesis. En efecto, en el ordenamiento francés no existía hasta hace muy poco tiempo una regulación expresa, y la jurisprudencia venía resolviendo los problemas que plantea el agente provocador en términos muy semejantes a los expuestos en relación con la jurisprudencia mayoritaria española, distinguiendo entre “provocación lícita” y “provocación ilícita”, y concluyendo mayoritariamente en el sentido de admitir la responsabilidad penal del provocado.

En Alemania, por su parte, ha existido solo previsión normativa expresa (Leyes de 28 de julio de 1981 y de 15 de julio de 1992) de una figura semejante al agente provocador en la legislación sobre el terrorismo y sobre drogas, a través de las figuras del informador, el confidente (*V-Person*) y el “investigador secreto” (*verdeckter Ermittler*), funcionarios de policía particularmente adiestrados que entran en contacto con el ambiente criminal a los efectos de investigar los delitos, y cuya entidad se mantiene secreta en el proceso penal. Como puede apreciarse, ninguno de estos ejemplos se corresponde estrictamente con el problema que ahora nos ocupa. Sin embargo, la jurisprudencia ha configurado también la noción del *V-Mann*, con la que se designa un complejo elenco de actividades de provocación, evolucionando los fallos jurisprudenciales de conformidad con los cambios de orientación doctrinales.

En Italia, finalmente, se ha recogido expresamente al agente provocador en la Ley de 26 de junio de 1990, N.º 162, Texto único de actualización de la legislación referente a los delitos relativos a los estupefacientes y sustancias psicotrópicas. En efecto, el artículo 25 de esta norma introduce en el ordenamiento italiano la figura de la adquisición simulada de droga en cuya virtud se declara la no punibilidad de los agentes de la Policía Judicial adscritos a la unidad especializada antidroga que, a los únicos fines de adquirir elementos de prueba sobre los delitos relativos a estupefacientes, y en ejecución de operaciones contra el crimen específicamente dispuestas por el Servicio Central Antidroga, o de acuerdo con este, proceda a la adquisición de las sustancias estupefacientes o psicotrópicas.

La ley francesa, de 14 de enero de 1992, introduce la figura del infiltrado en la materia relativa al tráfico de drogas.

Otros modelos, de menor trascendencia, son el artículo 46.2 del Código penal griego, de 17 de agosto de 1950 (que establece una rebaja de pena a quien dolosamente haya provocado en otro la decisión de cometer una infracción criminal con el único fin de sorprenderle en el momento de la tentativa o durante los actos preparatorios), tendencia confirmada por el proyecto de Ley, de 22 de diciembre de 1992, sobre la ausencia de penalidad para el agente provocador; y el artículo 8 del Código penal de Uruguay, de 4 de diciembre

de 1933 (que considera impune el hecho jurídicamente lícito, cometido bajo la convicción de ser delictivo, y el hecho delictivo provocado por la autoridad para conseguir su represión. Se autoriza en estos casos al Juez, no obstante, para adoptar medidas de seguridad).

5. LA TEORÍA DEL DELITO PROVOCADO EN EL CÓDIGO PENAL DE 1995

En los apartados precedentes creo haber ofrecido el estado actual de la teoría del agente provocador y el delito provocado. La conclusión que es preciso extraer ahora tiene por objeto afirmar la conveniencia o inconveniencia de introducir en nuestro ordenamiento penal una previsión expresa que establezca de qué manera, y en qué casos, debe castigarse o absolverse a quienes intervengan en la realización de un delito en el que actúa un agente provocador.

Para ello es preciso ser conscientes de que, en esta materia, como en casi todo el Derecho penal, la jurisprudencia sigue criterios muy casuísticos, y que no es fácil, por ello, establecer reglas generales sobre la interpretación de supuestos específicos. Además, no es posible convenir tampoco en que los modelos que maneja el Derecho comparado contengan una definitiva solución al problema, ya que, con legislación específica o sin ella, los criterios jurisprudenciales vienen conformándose de manera muy semejante a como se plasman en España.

Incluso la “entrega vigilada” regulada en los artículos 263 bis LeCrim. y 3.4 Ley 17/1993, de 23 de diciembre, no difiere del procedimiento usual en otros países².

El Código Penal de 1995 no establece ninguna regulación expresa sobre la materia, y en esto coincidía con el Código derogado. Los motivos del legislador son inaccesibles pero, a título personal, estimo que no es precisa una regulación expresa, ni en la Parte General ni en delito alguno específico, ni del agente provocador ni del delito provocado. Primero, porque no hay criterios uniformes al respecto ni en doctrina científica ni en jurisprudencia española, y no corresponde al ordenamiento la función de optar entre opciones técnicas controvertidas. Y, segundo y fundamentalmente, porque creo que la jurisprudencia española está afrontando correctamente el problema.

Teniendo en cuenta la posición doctrinal y jurisprudencial transcrita, la técnica del delito provocado se ha centrado específicamente en los hechos delictivos concernientes al tráfico de drogas. Asentada la resolución del problema, referido al válido tratamiento que jurídicamente debe concederse a los policías y guardias civiles infiltrados en las redes de narcotraficantes, que

² Al respecto, GUINARTE CABADA, Gumersindo, “La circulación o entrega vigilada de drogas”, en *Cuadernos de Política Criminal*, N.º 55, Madrid, 1995, pp. 5-42.

abortan operaciones clandestinas, las modernas resoluciones jurisprudenciales insisten en diferenciar:

- a) La provocación al comercio punible, interviniendo con anterioridad a su preparación y realización, lo que no se acepta; y
- b) La actuación de los agentes infiltrados, una vez decidida por los autores la comisión del delito, que ya era objeto de investigación, logrando la detención en el momento de la entrega, lo que sí es válido.

La Ley Orgánica 5/1999 introdujo en la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal un nuevo precepto, el art. 282 bis. 1, 2 y 4 k, que completa esta aportación de ciencia y jurisprudencia al autorizar a los miembros de la policía judicial, inmersos en la lucha contra el tráfico de drogas y otras formas de criminalidad organizada, la utilización de identidades falsas durante la investigación, y en el procedimiento penal posterior.

6. SELECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

6.1. Sentencia 11/1983, de 21 de febrero

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

(SALA 2.a)

Fundamentos de derecho

6.º [...] ya que en concreto el recurrente transporta el tema a si en esta extradición se ha respetado o no el principio de la doble incriminación, o de la identidad normativa. Pronunciándose el recurrente por la respuesta negativa, ya que todo el actuar supuestamente criminal del mismo estuvo sugerido, impulsado y logrado merced a un comportamiento falaz y engañoso de agentes de la autoridad norteamericanos, alguno de los cuales simulaban ser terroristas o sus agentes, creyéndoles tales cuando convino y se consumaron los tráficos de armas y explosivos que la sentencia condenó, tratándose en realidad —insiste el recurrente— de delitos provocados, impunes en España de acuerdo con la normativa vigente en esta Nación, en atención a lo cual su extradición no puede ser otorgada.

La cuestión que acaba de esbozarse vale tanto si el planteamiento de la extradición lo es respecto de una persona condenada, como simplemente acusada o procesada, ya que en uno y otro caso es preciso que se respete el principio de la doble incriminación artículo 2-A del Tratado de España con los Estados Unidos de 29 de mayo de 1970, esto es, que los hechos sean punibles según las leyes de ambas partes, por lo que no puede soslayarse su estudio, y a este respecto es necesario señalar, de una parte, que de entre la larga serie de hechos por los que ha sido condenado —de los que deberá ser objeto de nuevo enjuiciamiento— no todos acaecieron del modo que refiere el interesado, esto es, sugeridos y de algún modo imputables a agentes de la autoridad que no solo ocultaron este carácter, sino que simulaban ser terroristas o agentes de estos, ya que en varios de ellos estas personas omitieron toda participación; y, lo que es más importante, esta figura del delito provocado carece en

nuestra normativa positiva de un tratamiento concreto, tanto para estimarla punible como inocua, y ha sido la jurisprudencia la que la ha configurado, estableciendo al efecto ciertos criterios, que pueden resumirse afirmando en términos contenidos en la STS, 2.a de 14 de junio de 1975 que la errónea actuación del sedicente culpable constituiría un supuesto de tentativa inidónea, de delito putativo entendido en el amplio sentido, o de delito aparente, pero, en todo caso, impune, dado que tanto la actuación del provocador —sea particular o la propia autoridad policial— como la del acusado han de reputarse absolutamente ineficaces, no obstante lo cual, la mejor doctrina de la propia Sala extrae de las anteriores consideraciones aquellos casos en que no se trata de provocar la comisión de un delito, sino de descubrir otros ya cometidos, matización especialmente aplicable a ciertos delitos de tracto sucesivo, como son los de ciertos tráfico, cuya comisión puede implicar una vasta red, de ámbito incluso internacional, con multitud de agentes o intermediarios, por lo que, en tales casos los agentes de la autoridad no buscan propiamente provocar la comisión de un delito, sino poner al descubierto los canales por los que ya venía fluyendo el tráfico con anterioridad, a fin de cegarlos en lo posible, única forma de luchar con alguna eficacia contra esta forma de delincuencia; conductas que deben castigarse en todo caso si se obtiene la convicción de que el supuestamente provocado estaba ya resuelto a cometer el delito, manifestándose así la provocación como gratuita y evanescente.

De lo expuesto se desprende con claridad que los hechos determinantes de la condena se hallan también tipificados como delito en la legislación española, extremo este aceptado por quien se opone a la extradición, negando su procedencia —en el punto ahora examinado— tan solo debido a que el delito fue provocado, lo que en su sentir conduciría en España a una resolución penal absolutoria, mas, según se ha visto, ello no es exacto en supuestos como el contemplado, acerca del cual aparece también en los datos documentales aportados al expediente y proceso que constaba a las autoridades de los Estados Unidos que este ciudadano se venía dedicando a la venta ilegal de armas a terroristas individuales y organizados, esperando, en noviembre de 1979, conectar con algunos de ellos pertenecientes a naciones sudamericanas, manteniendo una serie de reuniones, en sucesivas fechas, con ofertas de ventas, muestra de pistolas, rifles y ametralladoras, y tratos para suministro de grandes cantidades de armamento, señalando precios y condiciones de venta, con desplazamientos a varias ciudades de Estados Unidos y de Inglaterra, denotador todo ello no de la realización de un hecho aislado e insólito, posiblemente sorprendido el sujeto por agentes provocadores, sino reiterada y contumazmente, con disponibilidad de armas y explosivos que llegó a entregar, y transacciones afectantes a un verdadero arsenal o depósito de armamento automático con la pertinente munición.

[...]

6.2. Sentencia de 15 de noviembre de 1984

TRIBUNAL SUPREMO (SALA 2.ª)

[...]

CONSIDERANDO: Que, las fuerzas, policiales, como las de la Guardia Civil, tienen, entre otras funciones, las de prevenir el delito, ejerciendo una misión de profilaxis

social, y la de descubrir su perpetración, identificando a los autores de las infracciones delictivas, aprehendiéndolos y poniéndolos a disposición judicial; siendo uno de los procedimientos de investigación utilizados al efecto, el de la infiltración, de incógnito y sin revelar su identidad ni su condición pública, en las huestes delictivas o en medio ambiente o entorno social frecuentado por infractores de la Ley, con el fin de conocer sus planes, de abortarlos, de descubrir a los autores de hechos punibles y de procurar su detención. Pero, dentro de esa táctica, peligrosa para el que la practica y digna de encomio, se puede incurrir en excesos exacerbando el celo inquisidor, llevándolo a su paroxismo, y, como consecuencia de ello, fomentar, estimular o proponer la perpetración de hechos delictivos, planearlos con los delincuentes, cuyas actividades se celan y supervisan sin que ellos lo adviertan, o incitarles eficazmente a la comisión de los mismos, en todos cuyos supuestos, *por una parte*, se genera una delincuencia ficticia e impotente, carente de verdadera libertad de decisión, que, a lo largo de su dinámica comisiva, se desenvuelve de modo artificial y provocando y sin posibilidad alguna, gracias a la vigilancia y a la fiscalización que, inicialmente y de modo incesante, se ejerce sobre ellos, de fructificación o materialización en un resultado positivo y quizás impune, y, *por otra*, se acrecienta y aumenta la estadística criminal con hechos punibles gestados y determinados por quienes precisamente debían prevenirles y evitar su perpetración.

CDO.: Que, así pues, y puesto que, la narración histórica de la sentencia de instancia, relata que, tanto Encuentra como Boj, modestos traficantes de hachís, sin iniciativa propia para mayores empeños, fueron instigados y persuadidos insistentemente por un Guardia Civil, el cual, cumplía, anónimamente, una misión de infiltración, para que llevaran a cabo una operación de compraventa de una importante cantidad de hachís, cuyo Guardia Civil, para decidirlos, llegó a mostrar dinero, a Encuentra, “en gran cantidad”, pero cuando, Boj, había adquirido un kilogramo de la citada sustancia, entregándolo a Encuentra, al avisar este al Guardia, cuya verdadera identidad desconocía, se presentó este en el domicilio de aquel, procediendo, tras identificarse como Agente de la Autoridad, a su detención y a la de Boj, es indudable que si no es procedente la impunidad de los procesados puesto que no se han planteado ese tema, y, por otra parte, constan que trafican con hachís, en pequeña medida, y tampoco procede la aplicación de la atenuante 5.a del artículo 9 del Código Penal, toda vez que no fue el ofendido —lo es la sociedad— quién provocó la comisión del hecho, sí que era y es correcta la aplicación de la circunstancia analógica 10.a del citado artículo 9 en relación con la susodicha circunstancia 5.ª, habiendo obrado certeramente el Tribunal *a quo*, al estimarlo así, siendo imperativa a virtud de lo razonado, la desestimación del único motivo del recurso, interpuesto por el Ministerio Fiscal, al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por aplicación indebida de la circunstancia atenuante por analogía que se acaba de reseñar, cuyo recurso, en definitiva, carece de toda practicidad, pues, a tenor de lo que disponían los párrafos primero y segundo del artículo antiguo 344 del Código Penal y de lo que prescribía la regla 4.ª del artículo 61 a la sazón vigente, la Audiencia de origen, aunque no hubiera apreciado ninguna circunstancia atenuante, podía imponer, a los procesados, las penas señaladas por el citado artículo 344, en el grado y extensión que tuviera por conveniente, quedando, de ese modo, plenamente *justificadas* las impuestas.

[...]

6.3. Sentencia de 18 de junio de 1985

[...]

CONSIDERANDO:

A través de la doctrina de esta Sala en materia de agente provocador del delito contra la salud pública, vienen distinguiéndose dos hipótesis perfectamente diferenciadas; la primera de ellas se refiere a la provocación para la comisión de un delito, la segunda se refiere a la actividad encaminada a descubrir un delito cometido o que se viene cometiendo, la cual pertenece a las medidas de prevención y represión de los hechos constitutivos de delito, que en materia de salud pública ha sido objeto de numerosas convenciones y reformas de las mismas. Como la Convención única de Ginebra de 1972, modificando la de 1961 de Nueva York que entra en vigor el 8 de agosto de 1973, hasta llegar a la Convención única de 1981. Por tanto si el recurrente I. C. B. se venía dedicando con otros a la venta de hachís de forma clandestina y habitual, y por tanto ya cometido el delito y los servicios policiales —en este caso la Guardia Civil—, se ponen en contacto con el mismo para comprarle hasta 60 kilos de hachís, y aquel facilita hasta 22 kilos de dicha sustancia, y transcurrida una hora —hechos probados— el recurrente y los demás procesados entregarían otros 35 kilos más, por el precio que se conviene, es claro que la Guardia Civil no actúa de agente provocador del delito, ni induce a error al vendedor, sino que comprueba su actividad anterior y la entidad de la infracción a la que venía dedicándose, con gran riesgo de la salud pública, descubriendo un delito al que el recurrente se venía dedicando, formando grupo y actuando conjunta y habitualmente, todo lo cual hace desvanecer el fundamento del motivo del recurso.

[...]

6.4. Sentencia de 25 de septiembre de 1985

FUNDAMENTOS DE DERECHO

7.º [...]

El extremo del delito provocado, obliga una vez más a recordar esta Sala la doctrina contenida en las Sentencias de 8 de julio de 1980 y 8 de junio de 1984, distinguiendo entre la existencia y consumación del delito que se descubre, de la provocación para que el delito se cometa dónde puede hablarse de agente provocador y donde el provocado debe estar exento de pena al actuar bajo la presión y ascendencia del agente provocador. Si la sentencia claramente establece la intervención de 528 gramos de cocaína y 380 de hachís destinados a la venta, en poder de quien hacía más de un año se venía dedicando al tráfico de droga, especialmente cocaína, en operaciones de gran escala, es indudable que el Agente policial que investiga y descubre, no provoca, sino que pone de manifiesto la existencia de un delito súper consumado, que luego se comprueba, a través de todas las actuaciones.

[...]

6.5. Sentencia de 9 de octubre de 1987

FUNDAMENTOS DE DERECHO

[...]

2.º [...]

Delito provocado, en puridad, es solo aquel que llega a realizarse en virtud de la inducción engañosa de un agente que, deseando conocer la propensión al delito de una persona sospechosa y con la finalidad de constituir pruebas indubitables para que lleve a cabo la conducta que de su torcida inclinación se espera, simulando primero allanar y desembarazar el *iter criminis* y obstruyéndolo finalmente en el momento decisivo, con lo cual se consigue por el provocador, no solo la casi segura detención del inducido, sino la obtención de pruebas que se suponen directas e inequívocas, doctrina sentada en Sentencias de esta Sala de 8 de julio de 1980, 8 de junio de 1984, 18 de junio de 1985 y 25 de septiembre de 1985. No fue, sin embargo, este *modus operandi*, de todo punto recusable y ciertamente destipificador de la conducta aparentemente delictiva así producida, el que pusieron en práctica los inspectores de policía autores del servicio que culminó con la detención del recurrente y su correo. Dichos agentes, por el contrario, sabedores de que en el barrio madrileño de Vallecas determinados reclusos, ya en período de régimen abierto, se venían dedicando al tráfico de sustancias estupefacientes, se situaron en condiciones de recibir la oferta de alguno de los traficantes, simulando aceptar la que les hizo el compañero del recurrente y entrando de esa forma en contacto con este. La actividad de los inspectores no estuvo pues encaminada u orientada a suscitar en persona alguna la idea criminal sino a investigar, esclarecer y, en última instancia, poner término a una actividad delictiva permanente, no ya libremente concebida e iniciada sino reiteradamente consumada, con el consiguiente riesgo para la salud pública, con anterioridad a la intervención policial, no siendo inoportuno resaltar en este momento que, con frecuencia, las peculiares características de determinadas modalidades de criminalidad, entre las que merecería una singular mención el tráfico de estupefacientes, demanda de los agentes encargados de su persecución, una inteligente y prudente adaptación de las técnicas investigadoras a la clandestinidad y sinuosidad de la delincuencia en cuestión, haciéndose necesaria, por ejemplo, la aparente inserción de los mismos, a veces incluso durante largo tiempo, en el submundo en que acontecen los hechos que deben indagar y prevenir.

[...]

6.6. Sentencia de 15 de noviembre de 1989

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.º [...]

En cuanto al tema de la "provocación" policial, ni siquiera tuvo contacto alguno este procesado con el agente encubierto, por lo que mal pudo ser provocado por él. La obtención de la droga fue a mediados de agosto y la operación en que sobrevino la captura (fuera ya de su presencia y transmitida su posesión por él) fue el 23 de

septiembre. Luego, toda la actuación policial no le afectó hasta su detención ulterior. Por añadidura está probado que el encargo de compra y su realización precedieron en un mes al menos a la petición de adquisición del agente encubierto del cliente, o sea, a la supuesta provocación; luego el *animus* delictivo y la posesión para el tráfico eran espontáneos, no provocados. Nos remitimos, por ejemplo, a la doctrina de la Sentencia de 9 de octubre de 1987.

[...]

6.7. Sentencia de 27 de febrero de 1990

Fundamentos de derecho

[...]

2.º [...]

Aduce el recurrente en este motivo la doctrina del agente provocador. Partiendo de los hechos probados de la sentencia recurrida es como hay que resolver el problema que se somete a nuestra consideración y decisión.

Como expresa la doctrina científica, la continua tensión entre eficacia represiva y respeto a los principios inspiradores del Estado de Derecho se manifiesta de forma acentuada en ciertas actuaciones policiales. La dificultad radica, una vez más, en el establecimiento de los límites. Si la provocación artificial es la que precisamente determina el delito que por los agentes fue estimulado es obvio que se genera una delincuencia artificial; en cambio si la dinámica delictiva está ya en marcha y el agente llamado provocador no provoca realmente, sino que con su actuación permite el descubrimiento de las infracciones delictivas y su no agotamiento, como sucede en los supuestos de organizaciones delictivas dedicadas al tráfico de drogas o a la trata de personas para destinarlas, contra su voluntad, a la prostitución, etc., y no hay en ello heterodoxia con arreglo a la doctrina jurisprudencial. En estos casos, como en el presente, el agente o los agentes conocían el tráfico de drogas que se desarrollaba y el servicio policial trataba de impedir, como acaba de anticiparse, su efectiva realización, es decir, la venta. La organización estaba en marcha y la operación policial impidió su desarrollo posterior y como, dada la naturaleza de este delito en cuanto a la incidencia que en él tiene los grados de perfeccionamiento, llamándose infracción penal la consumación anticipada sin que, en principio, salvo supuestos muy excepcionales, quepan la frustración y la tentativa, es indudable que el delito se consumó.

[...]

6.8. Sentencia de 25 de junio de 1990

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.º El primer motivo, por infracción de Ley, y con amparo en el número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia como infringido, por aplicación indebida, el artículo 344, párrafos 1 y 2.º del Código Penal, en relación con los artículos 16 y 53 del mismo Cuerpo legal.

Argumentación fundamental del recurrente es que la descripción fáctica constituye un supuesto escolástico de delito provocado, ya que la operación de compraventa de droga fue montada y absolutamente controlada desde el principio al fin por los dos agentes encubiertos de la Guardia Civil, de tal manera que fue una operación puramente ficticia en la que faltan las condiciones básicas del tipo del injusto previsto en el artículo 344 del Código Penal.

La cuestión, de complejidad dogmática, es asimismo relevante desde el plano ético y desde los principios constitucionales fundadores del Estado Social y Democrático de Derecho. Replantea asimismo en términos dramáticos la *vexata quaestio* de si el fin justifica los medios. Y en el plano procesal la de si se puede considerar válida la prueba obtenida por un agente provocador, en particular cuando su intervención no lleva a descubrir una actividad criminal, sino a originarla.

Por la vía elegida se ha de partir del respeto absoluto del hecho probado. Y este es terminante: “dos agentes encubiertos de la Guardia Civil del Grupo antidroga de Sevilla simulaban querer comprarla con el fin de identificar y detener a los propietarios de la misma”. Para lo cual, se añade, “se pusieron en contacto” con unos paquistaníes propietarios de la droga. Según el fundamento jurídico segundo de la Sentencia “la intermediación se ha de reputar como esporádica u ocasional al no haber pruebas en autos que permita calificarla de otro modo”.

No corresponde a esta Sala hacer un amplio *ex cursus* por la rica doctrina extranjera y española que ha tratado el tema ni por su regulación en el Derecho Comparado más reciente, ni tampoco ocuparse *in extenso* de la asimismo amplia jurisprudencia precedente. Por otra parte, tampoco es necesario.

Los condenados no han sido los paquistaníes propietarios de los 342 gramos de heroína que, con independencia de que la compraventa de droga fuese ficticia, podían ser castigados en los términos que establece el artículo 344 del Código Penal puesto que, estructurado como delito de peligro abstracto, no exige la realización de acto alguno de tráfico cuando es elevada la cantidad de droga poseída.

Procesados han sido, en cambio, E. y L. que ni poseían droga ni ninguna relación tenían con los poseedores y que tan solo actuaron de intermediarios en la venta simulada de heroína por provocación de los agentes de la Guardia Civil. En consecuencia, ni uno ni otro pueden ser considerados cómplices de un delito de compraventa de droga carente, según el *factum*, de realidad jurídica, pues fue solo simulada, ni de relación alguna con el tráfico de tales sustancias, por el que no solo no han sido acusados, sino que se produjo únicamente por incitación de los agentes de la Guardia Civil. Carencia absoluta de toda relación con el tráfico de drogas en particular por parte del recurrente que hubo de buscar a una tercera persona, L. P., para que esta pusiera en vinculación a los agentes con los propietarios de la droga, pues él ninguna relación tenía. Hechos en realidad causados por los agentes provocadores.

En el relato histórico hay que distinguir, pues, entre la posesión de droga para traficar, por parte de los paquistaníes, actividad criminal preexistente que la intervención policial pretende descubrir, y un estadio separado: la provocación determinante sobre dos sujetos que ninguna relación teman con el tráfico de drogas, ni siquiera con los traficantes como tales, para que “participen en una operación de venta de heroína”, único delito por el que fueron acusados por el Ministerio Público, y que, por asentarse

en bases ficticias, carece de las condiciones de tipicidad para incardinar el hecho en el precepto penal aplicado —véase *ad exemplum* Sentencia de 8 de julio de 1980—.

El motivo se ha de estimar.

[...]

6.9. Sentencia de 29 de noviembre de 1990

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.º El primer motivo del presente recurso de casación con apoyo en el número 2.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, alega infracción de ley al haberse aplicado el artículo 344 del Código Penal, a pesar de que en los hechos probados consta la inducción engañosa de la Guardia Civil que provocó a los procesados, pues como quiera que en octubre de 1981 se estaba incrementando en la provincia de Cádiz el tráfico de drogas, aquella acordó que dos miembros del Cuerpo vestidos de paisanos preguntasen a un sospechoso, uno de los procesados, quién podría vendérsela enseñándole una fuerte cantidad de dinero, manifestó que el no, pero les puso en contacto con los otros dos también procesados, uno de los cuales enseñó en principio medio kilo de hachís como prueba de calidad y por fin el tercero aportó más de trece kilos, siendo entonces detenidos.

2.º La doctrina del delito provocado es reciente y no está por lo tanto firmemente establecida; de otra parte es sabido que la Ley de Enjuiciamiento Criminal, concretamente en sus artículos 847 y 849, se contempla como fundamentadora del recurso de casación la infracción de ley y no la de doctrina legal, y dada la amplitud de redacción del artículo 344 del Código Penal —actos de cultivo, elaboración, tráfico, promoción, favorecimiento, o facilitación— es difícil aceptar que tal precepto ha sido infringido por la sentencia de instancia, pues la dedicación habitual de los procesados a tales actividades se desprende claramente de los hechos relatados, y en cuanto a la actuación de la Guardia Civil, más que como inducción engañosa encaminada a conocer la propensión delictiva de una persona sospechosa —Sentencia de 9 de octubre de 1987—, debe entenderse, como enseña la de 15 de noviembre de 1988, como actividad encaminada a descubrir una infracción penal ya cometida o que se está cometiendo, actuación esta última que pertenece a las medidas de prevención y represión de hechos constitutivos de delitos de tanta gravedad y trascendencia como son los de tráfico de drogas, de tan importante incidencia en la salud mental y física de las personas y especialmente de los jóvenes —vid. Sentencias de 18 de junio y 25 de septiembre de 1985—, por lo que el motivo ha de ser desestimado.

[...]

6.10. Sentencia de 10 de diciembre de 1990

Fundamentos de derecho

Único. [...]

De acuerdo con el recurrente es la intervención decisiva de los agentes lo que provoca las actuaciones del procesado a cometer el delito que se persigue, “dada la imposibilidad inicial y preconstitutiva de su realización”.

Respecto a Ángel R. C. no aparece en el *factum* que la Policía ejerciese provocación alguna. Por propia iniciativa apareció en San Jerónimo de la Rinconada conduciendo el automóvil que transportaba los ocho kilogramos y medio de hachís. En su domicilio se aprehendieron asimismo 3.250 gramos de la misma sustancia. Por estructurarse el tráfico de drogas como un delito de peligro, que no requiere más que la posesión de hachís con el fin de traficar, finalidad que deriva de la elevada cantidad del mismo hallada en su poder es de considerársele autor, en grado de consumación, de la conducta prevista en el artículo 344 del Código penal, con la agravante de notoria importancia.

El motivo no puede prosperar.

6.11. Sentencia de 20 de febrero de 1991

FUNDAMENTOS DE DERECHO

2.º [...]

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

Por ello, pues, al interpretar lo dispuesto en el artículo 283 LECr., conforme al cual, la Policía Judicial tiene por objeto y será obligación de todos los que la componen averiguar los delitos públicos que se cometieren en su territorio o demarcación: practicar según sus atribuciones las diligencias necesarias para comprobarlos y descubrir a los delincuentes, no pueden entenderse comprendidos entre los medios de comprobación los constitucionales ilícitos o reprobables, como sin duda son los tendentes a la provocación del delito, sea cual fuere la ulterior finalidad perseguida o el momento del *iter criminis* en el que se produzca la provocación del ficticio o real delito.

La aplicación de la doctrina anteriormente expuesta al presente caso objeto de enjuiciamiento, conduce a la conclusión de que procede dictar sentencia absolutoria en la presente causa en cuanto que del relato de hechos probados aparece que un guardia civil se puso en contacto con el procesado A. J. al que manifestó que se hallaba

en posesión de dos millones de pesetas para la adquisición de una cantidad importante de hachís y que dicho procesado se puso en relación con los otros procesados —algunos de los cuales ni se conocían con anterioridad— quienes sirvieron de intermediarios mediante la promesa de una remuneración económica hasta lograr que el provocado pudiese ofrecer al agente provocador la venta de 17 kilos, 200 gramos de hachís, de donde resulta que el ficticio delito fue producido como consecuencia de las permitidas y lícitas normas de investigación, comprobación y represión de los hechos punibles.

[...]

6.12. Sentencia de 21 de septiembre de 1991

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.º [...]

Es doctrina reiterada de esta Sala, declarada, entre otras en Sentencias de 8 de junio de 1984, 25 de septiembre de 1985 y 9 de octubre de 1987, que el delito provocado es aquel que tan solo llega a realizarse en virtud de la inducción engañosa de un agente que, deseando conocer la propensión al delito de persona o personas sospechosas y con la intención de constituir pruebas indubitables y para que lleve a cabo la conducta que de su torcida inclinación se espera, simulando primero allanar y desembarazar el *iter criminis* y obstruyéndolo finalmente en el momento decisivo, con lo cual se consigue por el provocador, no solo la casi segura detención del inducido, sino la obtención de pruebas que se suponen directas e inequívocas; de la declaración de hechos probados de la sentencia recurrida aparece que la actuación de los Inspectores de Policía fue encaminada a incitar a los procesados a la comisión de un delito surgido por obra y arte de incitación o provocación para que los sujetos provocados lo ejecutaren, delito que sin tal incitación no se habría cometido y sin que pueda servir de fundamento las nuevas sospechas del quehacer delictivo de los procesados, pues la Policía tiene medios y saber suficiente para averiguar y comprobar los delitos que realmente pudieran practicar o llevar a cabo los procesados, por todo lo cual procede estimar el motivo único del recurso de casación formulado, por el procesado F. P. G., al amparo del artículo 849.1 LECr., y en el que se denunciaba la indebida aplicación del artículo 387 en relación con el 389 ambos del CP, lo que obliga a dictar segunda sentencia más ajustada y conforme a derecho, la cual, conforme a lo establecido en el artículo 903 LECr., aprovechara a los demás procesados que se encuentren en la misma situación que el recurrente y les sean aplicables el motivo alegado y por el que se declara la casación de la sentencia.

[...]

6.13. Sentencia de 15 de febrero de 1992

FUNDAMENTOS DE DERECHO

[...]

1.º [...]

De la declaración de hechos probados de la sentencia recurrida no aparece que la actuación de los Agentes del Grupo Fiscal y Antidroga de la Guardia Civil fuera encaminada en el caso de autos a incitar a los procesados a la comisión de un delito

contra la salud pública, surgido por obra y arte de esa incitación o provocación para que los sujetos provocados lo ejecutaren, sino que su quehacer fue dirigido a descubrir pruebas materiales, a ocupar o aprehender el cuerpo de un delito ya cometido y que se encontraba en poder y disposición de los hoy procesados, ya que la mera tenencia de la droga con destino al tráfico por sí solo es constitutivo del delito tipificado en el artículo 344 CP, como delito consumado; los procesados —como se dice en el *factum*— poseían una importante cantidad de hachís, con esa finalidad de tráfico, con anterioridad al ofrecimiento de compra por los supuestos compradores y Agentes de la Autoridad, por lo que no estando en presencia de un delito provocado, sino seguimiento de una acción y actividad delictiva que se venía cometiendo por los procesados, procede desestimar el primer motivo del recurso en cuanto a la indebida aplicación de los artículos 344 y 344 bis 3.º CP se refiera, como igualmente procede desestimar la infracción también denunciada de los artículos 1.3.1 y 2 y 5 de la Ley Orgánica de 13 de julio de 1982 pues mal pueden ser infringidos por indebida aplicación dichos preceptos cuando no han sido aplicados en la sentencia.

[...]

6.14. Sentencia de 21 de marzo de 1992

FUNDAMENTOS DE DERECHO

[...]

9.º [...]

Delito provocado —como dice la Sentencia de 9 de octubre de 1987 (que se refiere a las de 8 de julio de 1980, 8 de junio de 1984 y 18 de junio y 25 de septiembre de 1985—, en puridad, es solo aquel que llega a realizarse en virtud de la inducción engañosa de un agente que, deseando conocer la propensión al delito de una persona sospechosa y con la finalidad de constituir pruebas indubitables de un hecho criminal, convence al presunto delincuente para que lleve a cabo la conducta que de su torcida inclinación se espera, simulando primero allanar y desembarazar el *iter criminis* y obstruyéndolo finalmente en el momento decisivo, con lo cual se consigue por el provocador, no solo la casi segura detención del inducido, sino la obtención de pruebas que se suponen directas e inequívocas.

No fue esta la actuación —ciertamente repudiable y totalmente atípica e impune de lo aparentemente delictivo— de las fuerzas de la Guardia Civil, autores del servicio que culminó con la detención de los recurrentes e intervención de 280 dosis de la droga conocida como LSD.

La actividad de los agentes no estuvo encaminada a incitar o inducir a los mismos la idea criminal, sino a investigar.

Esclarecer y poner término a la actividad reiterada y consumada por los mismos con anterioridad a su intervención, tesis que acoge la sentencia, que no condena por el delito provocado, inexistente, sino por la tenencia anterior de la droga, preordenada —cuando menos— al tráfico, tenencia descubierta por la “prueba provocada”, válida —como antes se dijo— y aun encomiable, cual se deduce de la sentencia precedentemente citada.

[...]

6.15. Sentencia de 10 de julio de 1992

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.ª [...]

Ante el silencio del Derecho positivo sobre este punto, ha sido la doctrina de esta Sala la que ha tenido que pronunciarse sobre las consecuencias de la provocación policial, y así lo ha hecho en un conjunto de sentencias, de las que son exponente las de 20 de febrero y 21 de septiembre de 1991 y 15 de febrero de 1992, destacando que supone, en primer término, un problema de política criminal, y que como tal aparece íntimamente conectado con el sistema político imperante en un país y, por tanto, no puede recibir el mismo tratamiento bajo un régimen autoritario, que prima el carácter represivo del ordenamiento penal so pretexto de la seguridad, que en un Estado de Derecho en que se encuentra proscribida la ilegalidad y la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE) y donde se eleva a la categoría de principio fundamental el respeto a la dignidad de la persona y a su libertad, traducida también en su espontánea determinación, prohibiendo así tanto las formas coactivas de la ajena voluntad como las torticeras y engañosas, aunque estuvieren dirigidas a la represión y prevención de la delincuencia. Si bien el artículo 282 LECr. atribuye a la Policía la averiguación de los delitos públicos y practicar las diligencias necesarias para su comprobación, descubrimiento de los delincuentes y recogida de efectos, instrumentos o pruebas para ponerlos a disposición del Juez de Instrucción, no puede entenderse que puedan utilizar en su trabajo y actividad medios contrarios a los principios constitucionales, reprobables o ilícitos, entre los que se encuentran, indudablemente, los tendentes a la provocación del delito cualquiera que fuere la ulterior finalidad perseguida.

Delito provocado es aquel que llega a realizarse en virtud de la inducción engañosa de un agente que, deseando conocer la propensión al delito de una persona o personas sospechosas y con la intención de constituir pruebas indubitables y para que lleve a cabo la conducta que de su torcida inclinación se espera, simulando primero allanar y desembarazar el *iter criminis* y obstruyéndolo finalmente en el momento decisivo, con lo cual se consigue por el provocador no solo la casi segura detención del inducido, sino la obtención de pruebas que se suponen directas e inequívocas.

Los hechos probados lo que revelan y patentizan es una operación de desmantelamiento de una operación de tráfico de drogas, la detención de los participantes, así como la ocupación de tres bolsas de resina de hachís del peso indicado. El delito del artículo 344 responde a la estructura de los delitos de peligro abstracto y su punibilidad arranca de la situación de peligro eventual que nace de las conductas típicas, situándose el tráfico real o efectivo más allá del área de consumación, siendo la obtención de lucro ajena al tipo (Sentencias de 10 de julio de 1987 y 19 de abril de 1988) y, si bien algunas sentencias han admitido formas imperfectas, lo es para los supuestos de comprador-trafficante que no ha accedido aún a ninguna forma de disponibilidad de la droga (Sentencias de 2 de junio de 1987 y 6 de abril de 1988), lo que no ocurre en este caso.

[...]

6.16. Sentencia de 17 de noviembre de 1992

FUNDAMENTOS DE DERECHO

2.º “[...] No es pacífica en la doctrina penal la admisión de la figura del agente provocador, y cierto sector doctrinal propugna la prohibición de estos medios de actuación porque lesionan los principios inspiradores del Estado de Derecho y desconocen la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos que garantiza el artículo 9.3 CE.”

De este criterio radical se han hecho eco algunas resoluciones de esta Sala, pero la norma general que ha prevalecido es la de admitir la figura expresada cuando no hay quebranto para el principio de legalidad, lo que acaece cuando se trata de descubrir delitos ya cometidos, generalmente de tracto sucesivo como suelen ser los de tráfico de drogas, porque en tales casos los agentes policiales no buscan la comisión del delito, sino poner al descubierto los canales por los que fluye y se realiza este tráfico ilícito, tratando, en definitiva, de obtener pruebas de una actividad sobre la que se abrigan fundadas sospechas. En este sentido viene pronunciándose esta Sala en Sentencias de 10 de abril, 12 de septiembre y 29 de noviembre de 1991, debiendo mencionarse también la Sentencia del Tribunal Constitucional de 21 de febrero de 1983 en apoyo de la constitucionalidad de estas actividades cuando en ellas concurren los matices indicados.

[...] Una intermediación que nació, por tanto, de la provocación policial, aunque fuera guiada por la expectativa de una remuneración a cargo de los traficantes, no constituye acción delictiva porque la actividad¹ del agente provocador, que excluye *ex ante* la posibilidad del peligro para la salud pública, no es antijurídica (causa de justificación 11.ª del art. 8 CP) y esta falta de antijuridicidad se propaga naturalmente a la conducta de los intermediarios que tiene en la provocación su origen inmediato.

Procede, concluyendo, la estimación del motivo segundo en virtud del criterio expuesto, que tiene antecedentes inmediatos en la Sentencia de 25 de junio de 1990.

[...]

6.17. Sentencia de 22 de diciembre de 1992

Fundamentos de derecho

[...]

2.º [...]

Como ha declarado este Tribunal (Sentencias de 30 de marzo, 24 de septiembre y 29 de noviembre de 1990), tal delito exige que la provocación parta de las fuerzas policiales, de forma que inciten a perpetrar un delito a quien no tenía previamente tal propósito, creando así una voluntad criminal y las condiciones para la comisión de un delito que, amén de imposible consumación por la intervención ya prevista *ab initio* de la fuerza policial, de otro modo no se hubiera resuelto cometer, ni iniciada su ejecución, lo que debe conducir a la impunidad de tal conducta, pero no se da tal figura cuando la proposición parte del propio autor del delito, aunque lo haga en la creencia errónea de que los propuestos estarían dispuestos a cometerlo, pues en tal caso la resolución

criminal es libre y la iniciación del *iter criminis* a través de aquella proposición arranca de una decisión de voluntad del propio autor, que por ello debe ser punible. Y siendo así que en el *factum* de la sentencia recurrida figura como probado que los agentes de la Guardia Civil (que, lógicamente, en su tarea investigadora ocultaban tal condición) recibieron la proposición, de un individuo que no se juzga por haber fallecido, de trasladarse a Algeciras y posteriormente a Ceuta para recibir cierta cantidad del “hachís”, es evidente que el delito no fue propuesto por aquellos agentes, sino que la iniciativa partió de uno de los partícipes en el tráfico, en el que también tomó libremente parte el recurrente, en cuya casa se consumó la operación, entregando dicho recurrente a los mencionados agentes la droga de autos “en concepto de venta”.

[...]

6.18. Sentencia de 14 de junio de 1993

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único. [...] En reiterada jurisprudencia esta Sala ha puesto de manifiesto que la prueba del delito obtenida mediante la inducción al hecho del autor por parte de agentes encubiertos de la Policía, invalida el proceso en el que los primeros han sido condenados de una manera insanable. Tal punto de vista se basa, como es fácil de comprender, en la total carencia de legitimidad de un proceso celebrado para juzgar un hecho delictivo creado por las propias autoridades que tienen la misión de perseguir y descubrir el delito. La jurisprudencia ha entendido que tales procesos vulneran los principios del debido proceso y son incompatibles con la idea central del Estado de Derecho (art. 1 CE). Ello determina la caducidad de la pretensión de persecución del delito por parte del Estado.

Como señala con razón el Ministerio Fiscal, la nulidad del proceso respecto de la persona inducida por el agente encubierto no excluye en modo alguno la responsabilidad de otros que hubieran podido ser descubiertos como consecuencia del hecho inducido, ni tiene efecto alguno en orden al proceso en el que estos resultaran juzgados.

El punto de vista procesal de la jurisprudencia puede ser completado también desde una perspectiva jurídico penal material. En efecto, la doctrina ha sostenido — aunque con excepciones — la no punibilidad del llamado agente provocador apoyándose para ello en que este obra sin el “doble” dolo que la inducción (art. 14.2. CP) requiere. En efecto, en la inducción al delito se requiere que el inductor haya tenido no solamente el dolo de crear el propósito delictivo en otro, sino de que este alcance también la consumación (en algunos casos se propone exigir el dolo de que el inducido alcance el agotamiento del delito). De aquí se puede deducir que el inducido también debe quedar impune, pues, en la medida en la que ha estado constantemente bajo el control y dominio del inductor, no ha llevado a cabo, en realidad, una auténtica acción típica, dado que en las condiciones concretas de ejecución bajo control, el hecho no resultó en modo alguno peligroso para el bien jurídico.

[...]

6.19. Sentencia de 1 de julio de 1994

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único. [...] En el caso aquí en consideración se recoge en el relato fáctico de la sentencia de instancia el *modus operandi* realizado por medio de la infiltración de un agente de la Guardia Civil cerca de un grupo de personas, algunas de las cuales, en concreto dos de los acusados, uno de ellos el recurrente, quienes se desplazan una tarde a un pueblo de la provincia de Sevilla distinto del de su residencia y, tras regresar a este último, donde recogen a un tercer acusado, se trasladan seguidamente a otra localidad, a la casa del padre del recurrente, donde la Guardia Civil "había comprobado la entrada de dos bolsas de hachís" que, cuando se detiene seguidamente a los inculpados por las fuerzas del orden que vigilaban la operación, resulta ser diecisiete kilogramos y medio de esa droga [...].

Los acusados no hubieran decidido obtener la droga si no se hubiera producido previamente la inducción policial mediante la oferta de comprar una importante cantidad de hachís, con lo cual se ha de concluir que concurren en el caso los elementos precisos para estimar existir un delito provocado con los efectos de impunidad antes dichos que determinarán la absolución del recurrente [...].

[...]

6.20. Sentencia de 11 de octubre de 1995

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único. [...] Las alegaciones de los recurrentes se refieren a la existencia en el caso de un delito provocado, del que la doctrina de esta Sala ha afirmado repetidamente, que determina una prueba incompatible con los principios de legalidad e interdicción de arbitrariedad y, por ello, produce una radical invalidez probatoria de la prueba así obtenida. Pero también existe una confirmada doctrina jurisprudencial que distingue entre el delito provocado, en el que falta la tipicidad y la culpabilidad, ya que el sujeto no hubiera actuado sin la previa y eficaz actuación incitadora del agente provocador, y los casos en que la actividad policial se dirige tan solo al descubrimiento de un hecho delictivo que ya se estuviera realizando sin preceder provocación para ello por parte de las fuerzas policiales y, de los que las pruebas que se obtengan tienen plena validez por no haberse obtenido violando derechos o libertades fundamentales.

En el caso presente algunos policías entraron en contacto con uno de los acusados, Aurelio José C., del que sospechaban se dedicaba a vender droga y, en el mismo día de los hechos, al manifestarles este acusado que podía ofrecerles la venta de droga, uno de los policías manifestó estar interesado en ello, marchando acto seguido el acusado a la peluquería de la acusada Asunción S., que estaba cercana al bar donde el ofrecimiento de venta se había hecho, de donde regresó en unión de Juan Manuel G., hijo de Asunción, quien llevó seguidamente al policía a la peluquería en donde la droga fue aprehendida.

[...]

EL AGENTE ENCUBIERTO EN LA LUCHA CONTRA LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA

Andrea Planchadell Gargallo

Profesora Titular de Derecho Procesal
Universidad Jaume I (España)

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La técnica de la infiltración en general. 3. Breve distinción con figuras afines. 4. El agente encubierto. 5. Los límites de actuación del agente encubierto: la provocación del delito y el agente provocador. 6. Breve referencia al agente encubierto en otros ordenamientos.

1. INTRODUCCIÓN

Actualmente nadie puede negar la sofisticación a la que se ha llegado en la criminalidad, la mayor libertad de circulación de personas y mercancías, los avances tecnológicos y todos aquellos “instrumentos” que facilitan nuestras vidas, son también utilizados por las organizaciones criminales para facilitarse la comisión de los delitos, pero también para lograr la impunidad de sus actos, y ello además en un contexto de globalización que hace más fácil la transnacionalidad. Es legítimo, por tanto, que en la lucha contra dicha criminalidad se utilicen también técnicas de investigación en que las fuerzas y cuerpos de seguridad y las autoridades de persecución se puedan valer de técnicas similares a las que se usa por los presuntos delincuentes. Una de estas posibilidades es la utilización de agentes encubiertos, en las que nos centraremos en estas páginas.

A nadie escapa, pues, que en la investigación de cualquier modalidad de criminalidad organizada, es necesario acudir a ciertos medios de investigación, hoy ya unánimemente admitidos, que se presentan como fundamentales para la obtención de información que permita la persecución y enjuiciamiento de los delitos. Sería ilusorio pensar que se pueda luchar contra estas formas de criminalidad con las mismas “armas” con que se actúa frente a la delincuencia común o en la forma que se actuaba hace décadas¹. Así se reconoce por la

¹ V., MAGRO SERVET, V., “Una apuesta por la creación de los Juzgados contra la delincuencia organizada”, en *Diario La Ley*, N.º 6843, de 18 de diciembre de 2007; DE DIEGO DIEZ, L.A., “Especialidades de la declaración testifical: Agentes encubiertos, confidentes y testigos de referencia”, en MORENO CATENA V., *El Proceso Penal. Doctrina, jurisprudencia y formularios*, Tirant

Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, aprobada por Resolución de 15 de noviembre de 2000. El art. 20 de dicho texto establece que “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”². Declara Guzmán Fluja en este sentido que “el crimen organizado supone la aparición de una criminalidad cualitativamente nueva, que implica tanto un aumento cuantitativo de peligros conocidos hasta la fecha, como una nivel de peligro social desconocido hasta ahora”³, lo que —sigue afirmando este autor— puede llevar a una regresión de las garantías penales y procesales penales en tanto que se endurecen los instrumentos para luchar contra la misma.

Las referencias legales que seguidamente se harán los son al Código Procesal Penal peruano, pero también a la Ley de Enjuiciamiento Criminal

lo Blanch, Valencia, 2000, p. 2; ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R., *El policía infiltrado. Los presupuestos jurídicos en el proceso penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia 2010, pp. 20 y 51; GUARIGLIA, F., “El agente encubierto ¿Un nuevo protagonista en el procedimiento penal?”, *Revista de Ciencias Penales* 2006, N.º 12, pp. 1 y ss; RIFÁ SOLER, J.M., “Agente encubierto o infiltrado en la nueva regulación de la Lecrim”, en *Revista del Poder Judicial*, 1999, (55), pp. 158; PÉREZ ARROYO, M., *Derecho penal y Derecho procesal penal contemporáneo*, Ed. Instituto peruano de criminología y ciencias penales, Lima 2010, p. 216.

No obstante lo dicho, no debemos pensar que la utilización de agentes encubiertos o figuras similares de infiltración sea algo novedoso o “moderno” pues su origen se sitúa en el s. XIV relacionado con el absolutismo francés que premiaba y animaba a los “delatores”, v., CALIX VALLECILLO, “Las actuaciones del agente encubierto en el ámbito del blanqueo de capitales. Conductas típicas y posible justificación”, *Letras Jurídicas. Revista Electrónica de Derecho*, N.º 1., p. 9. De reto habla CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL, A., “La lucha contra la criminalidad organizada como reto para la justicia penal ante una sociedad globalizada: Análisis comparado de la infiltración policial en las regulaciones española y portuguesa”, en PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A., / FERREIRO BAAMONDE, X. (Dir.), “*Los retos del Poder Judicial ante la sociedad globalizada. Actas del IV Congreso Gallego de Derecho Procesal (I Internacional)* A Coruña, 2 y 3 de junio de 2011”, A Coruña: Universidade 2012, pp. 337 y ss (disponible en: <<http://bit.ly/1P1aREE>>.); igualmente, DELGADO GARCÍA, D., *El agente encubierto: Técnica de investigación. Problema y legislación comparada*, en GUTIÉRREZ – ALVIZ y CONRADI, F., (dir.), “La criminalidad organizada ante la Justicia”, *Publicaciones de la Universidad de Sevilla*, 1996, p. 70.

- 2 A nivel Europeo destaca la Recomendación (2001) 11 sobre principios directores en la lucha contra el crimen organizado de 19 de septiembre de 2001, así como las Decisiones Marco Decisión 2002/475/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la lucha contra el terrorismo y 2008/841/JAI del Consejo de 24 de octubre de 2008, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada.
- 3 GUZMÁN FLUJA, V., *El agente encubierto y las garantías del proceso penal*, Portal Iberoamericano de Ciencias Penales, Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, Universidad de Castilla – La Mancha, p. 4, lo que puede llevar a una regresión de las garantías penales y procesales penales en tanto que se endurecen los instrumentos para luchar contra la misma.

española, si bien debemos reconocer que la forma de articular esta figura no dista en exceso entre los distintos ordenamientos, por lo que también las dudas que su utilización plantea son similares.

2. LA TÉCNICA DE LA INFILTRACIÓN EN GENERAL

La utilización del “agente infiltrado” se ha presentado como un acto de investigación especialmente efectivo en la lucha contra diversas formas de criminalidad, principalmente en los casos en que la actividad delictiva se lleva a cabo en el marco de una organización criminal. Se trata de ocultar la verdadera identidad de un agente especialmente preparado, con la intención de que establezca —introduciéndose de una u otra forma en la organización criminal— una relación de confianza con los miembros de la misma con la intención de obtener información especial y necesaria para satisfacer el interés de persecución de dichos hechos delictivos. En realidad en este caso el engaño es “doble” pues se mantiene oculta tanto la identidad del sujeto como sus intenciones al “implicarse” en la actividad criminal.

Cuando el sujeto activo de la infiltración es un funcionario público, que en virtud de su relación laboral recibe el encargo de los poderes públicos y la finalidad perseguida por el mismo obedece a un interés público (de carácter represivo, preventivo o político) se habla de infiltración pública, dentro de la que podemos encuadrar la figura del agente encubierto y el problemático agente provocador a los que posteriormente nos referimos (normalmente estamos ante miembros de la policía y agentes secretos de inteligencia). Esta modalidad de infiltración es la comúnmente admitida en los ordenamientos jurídicos, que atiende además a un hecho indudable y es que el último interesado en recibir la información es siempre el Estado.

Las características bajo las que actúan las organizaciones criminales, particularmente su clandestinidad y opacidad, hacen especialmente útil e idóneo el uso de la infiltración policial como medio de investigación del delito (S TS español de 9 de octubre de 1987). Sin entrar en este momento en mayor detalle, la mayoría de los ordenamientos, de forma similar al art. 341 CPP peruano o al art. 282bis Lecrim, regulan la utilización de este instrumento al servicio de las autoridades de represión penal para obtener pruebas de relevancia en el proceso penal⁴.

4 Con menor frecuencia se regula la posibilidad de que la infiltración policial se dirija, al estilo de lo contemplado en los §§ 110, a) a e) del Código Procesal Penal alemán (StPO), únicamente a impedir la realización del delito, es decir, una infiltración de carácter preventivo. También en Portugal se permite con carácter preventivo, v., CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL, A., *La lucha contra la criminalidad organizada como reto para la justicia penal ante una sociedad globalizada: Análisis comparado de la infiltración policial en las regulaciones española y portuguesa*, en PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A., / FERREIRO BAAMONDE, X. (dir.), “Los retos del Poder Judicial ante la sociedad globalizada”, cit., p. 342 (disponible en: <<http://bit.ly/1P1aREE>>.).

Esta posibilidad ha sido tenida muy en cuenta por el legislador español que en la reciente reforma de la Lecrim, concretamente en la Ley Orgánica 12/2015, de 5 de octubre, de modificación

En concreto el Código Procesal Penal peruano lo regula como un acto especial de investigación⁵.

GASCÓN INCHAUSTI define la infiltración como “la acción de aquel que, para obtener una información que no es de acceso general y que le es necesaria para un propósito concreto, oculta tanto su identidad real como sus intenciones y, bien directamente bien a través de un tercero, entra en contacto con las personas aparentemente susceptibles de suministrársela, estableciendo con ellas una falsa relación de confianza que, con el transcurso del tiempo, le permita obtener la información deseada”⁶. Arroyo Pérez considera al agente encubierto como “funcionario de policía en funciones y que se introduce en la organización criminal a fin de procurar el develamiento de la misma en términos de: primero, la conformación de la organización criminal y sus grados o ámbitos de dominio funcional al hecho criminal que se practica y que forma parte del conjunto de actividades que justifican la incoación de un procedimiento de investigación especial como es este. Segundo, el *modus operandi* de la organización criminal en términos tanto de hecho como de elementos de prueba que vinculen a los partícipes de la misma con los hechos penales que se les imputa”⁷.

Junto con esta modalidad, también es posible que la infiltración se realice por personas ajenas a la función pública, pero que cuentan con el respaldo y aquiescencia del poder público. Estamos ante la infiltración semipública, de la que son ejemplos —pese a lo que les separa del agente encubierto propiamente dicho— el confidente, el arrepentido y el agente provocador no perteneciente a organismos públicos en general. Finalmente, no podemos descartar la infiltración semiprivada, protagonizada principalmente por detectives privados o periodistas de investigación, y privada, a cargo de particulares con intereses exclusivamente privados, que se adentran en el ambiente criminal

de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica (BOE N.º 239, de 6 de octubre) mantiene la regulación del art. 282bis si bien añade la posibilidad de actuación del agente encubierto en internet, tanto a través del “ciber-patrullaje”, esto es, navegando en canales abiertos para detectar comportamientos delictivos y sus posibles autores sin existir una investigación abierta al respecto; como en redes cerradas. Igualmente se le permite la grabación de imágenes y sonidos. V., al respecto, LAFONT VINUESA, L., “El agente encubierto en el proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, en *Diario La Ley* N.º 8580 (D-278), pp. 1 y ss.

- 5 V., sobre los antecedentes de dicha regulación, PÉREZ ARROYO, M., *Derecho penal y Derecho procesal penal contemporáneo*, cit., p. 215.
- 6 GASCÓN INCHAUSTI, F., *Infiltración policial y agente encubierto*, Comares, Granada 2001, pp. 217 y ss.
- 7 PÉREZ ARROYO, M., *Derecho penal y Derecho procesal penal contemporáneo*, Ed. Instituto peruano de criminología y ciencias penales, cit. p. 226.

para cumplir una finalidad privada, pero cuyos resultados pueden ser utilizados en el proceso penal⁸.

El TEDH en su Sentencia de 18 de octubre de 2011, caso Prado Burgallo contra España afirma que:

“26.

.....En cuanto a la intervención de policías infiltrados en la operación de tráfico de estupefacientes, el Tribunal recuerda que, en varias ocasiones, ha tenido que pronunciarse sobre la intervención en el proceso de agentes infiltrados y provocadores. Los siguientes principios se desprenden de su jurisprudencia al respecto.

27.

El Convenio no impide apoyarse, en la fase de instrucción y cuando la naturaleza del delito puede justificarlo, en recursos como indicadores ocultos, pero su empleo posterior por el Juez para justificar una condena puede plantear un problema diferente. La intervención de agentes infiltrados debe estar circunscrita y rodeada de garantías incluso cuando se trata de la represión del tráfico de estupefacientes. En efecto, aunque la expansión de la delincuencia organizada exige la adopción de medidas apropiadas, no se debería sacrificar el derecho a una buena administración de la justicia. Las exigencias generales de equidad consagradas por el artículo 6 se aplican a los procesos concernientes a todo tipo de delitos, del más simple al más complejo. El interés público no justificaría la utilización de pruebas obtenidas tras una provocación policial. El Tribunal ha juzgado que, cuando se considera que la actividad de los agentes en cuestión ha provocado el delito, y si nada indica que, sin su intervención, este habría sido perpetrado, la actividad en causa rebasa la de un agente infiltrado y puede ser calificada de provocación. Dicha intervención y su utilización en el proceso penal pueden contaminar de manera irremediable el carácter equitativo del proceso [ver, principalmente Sentencias Teixeira de Castro contra Portugal, 9 junio 1998, aps. 35-36 u 38-39, Repertorio de sentencias y decisiones 1998-IV y Ramanauskas contra Lituania [GC], N.º 74420/2001, aps. 53-55, CEDH 2008- (...)]”.

3. BREVE DISTINCIÓN CON FIGURAS AFINES

Si bien el análisis detallado de la regulación del agente encubierto es objeto del epígrafe siguiente, consideramos necesario en este punto hacer una

8 GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, “Límites y garantías de la investigación con agentes encubiertos”, en *Diario La Ley*, N.º 6142, 2004, pp. 3 y 4, hacer también referencia a la infiltración de corta duración “cuando la preparación para la comisión del delito ya ha comenzado, y lejos de crearse una resolución criminal hasta entonces inexistente, se intenta esclarecer y, en última instancia, poner término a una actividad delictiva ‘ya creada’”. A esta categoría se refiere también ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R., *El policía infiltrado. Los presupuestos jurídicos en el proceso penal español*, cit., pp. 64 y 69.

breve referencia a otras figuras, claramente utilizadas en la lucha contra el crimen organizado y que suponen la obtención de información de una persona que forma parte de la organización criminal o del ambiente criminal en sí. Nos referimos al confidente y al arrepentido o colaborador⁹.

3.1. El confidente

El confidente es una “persona que pertenece a un círculo delictivo que, por iniciativa propia o por encargo, proporciona información a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en el ámbito de las primeras diligencias policiales de carácter extraprocesal guiado, no por una finalidad altruista, sino, antes al contrario, a cambio de un beneficio económico o un trato de favor de tipo procesal”.

El confidente, del que puede interesar mantener oculta su identidad para garantizar futuras colaboraciones pero también por su protección personal, declarará en el acto de juicio oral como testigo, sometido, generalmente, a las normas de protección previstas para los testigos, por ejemplo en España las previstas en la LO 19/1994, no siendo posible que —para evitar su de-

9 V., más amplia y detalladamente, GASCÓN INCHAUSTI, F., *Infiltración policial y agente encubierto*, Comares, Granada 2001, pp. 20 y ss; ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R., *El policía infiltrado. Los presupuestos jurídicos en el proceso penal español*, cit., pp. 111 y ss; IDEM, “El agente encubierto en el ordenamiento español”, Portal Iberoamericano de Ciencias Penales, Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, Universidad de Castilla – La Mancha, pp. 3 y ss; MUÑOZ SÁNCHEZ, J., *El agente provocador*, Tirant lo Blanch, Valencia 1995, pp. 40 y ss; MOLINA PÉREZ, T., “Técnicas especiales de investigación del delito: El agente provocador, el agente infiltrado y figuras afines (y II)”, *Anuario Jurídico y económico escorialense* VIII (2009), pp. 156 y ss; RIFÁ SOLER, J.M., “Agente encubierto o infiltrado en la nueva regulación de la Lecrim”, *Revista del Poder Judicial*, 1999, (55), pp. 164 y 165.

La S TS de 14 de febrero de 1995 (RJ 818) establece estas diferencias de la siguiente forma: “El infiltrado no está dentro del proceso porque es un testigo cualificado que a su vez puede ser, o no, provocador de la infracción, que a su vez puede ser, o no, miembro de las Fuerzas de Seguridad.

La actuación del infiltrado en la mecánica delictiva se basa en el ya casi agotado «espíritu de colaboración ciudadana» por el que se constituyen métodos de averiguación del delito y de su autor, distintos de los habituales históricamente.

Pero el infiltrado, que actúa también durante el delito aun cuando no forma parte de él, se confunde con el delator cuando este no es más que el denunciador o acusador, que por supuesto no tiene que ser anónimo. El infiltrado es más bien un confidente introducido en el ambiente delictivo que se está investigando. Es como el «colaborador judicial» que ahora se trata de imponer legalmente aun cuando no exista una concreta regulación legal de tal figura, lo que no deja de ser lógico en tanto que el infiltrado no es ni siquiera presunto delincuente, solo un medio de prueba, posible provocador, que como tal ha de ser considerado.

La desconfianza hacia el confidente es evidente. La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6 septiembre 1978 admitió su legitimidad como prueba, aunque después, con mayor matización, las Sentencias de mismo Tribunal de 27 septiembre 1990 y 20 noviembre 1989 únicamente validaron las informaciones confidenciales con el carácter de indicios para proceder a su través como medios de investigación. La Sentencia del Tribunal Supremo de 28 febrero 1991 (RJ 1991\1564) manifiesta directamente esa desconfianza por el uso de los confidentes de que antes se ha hecho mención”.

claración— se acuda al testimonio de referencia prestado por los agentes de policía a las que el confidente narra los hechos. El tribunal debe valorar sus declaraciones conforme a la reglas de la sana crítica y teniendo especialmente en cuenta las circunstancias en que se ha producido la revelación de información y los motivos de la misma (venganza, auto-exculpación, beneficio personal, etc...).

La STS español de 26 de septiembre de 1997 afirma¹⁰: “la aceptación y valoración como prueba de cargo de las declaraciones de confidentes policiales anónimos, traídos al proceso a través del testimonio referencial de la policía... aparece proscrita en nuestro ordenamiento. En primer lugar en el plano de los derechos fundamentales reconocidos supranacionalmente por vulnerar el art. 6.3 d) del Convenio de Roma... que garantiza expresamente el derecho del acusado a interrogar a los testigos de cargo. En segundo lugar, en el plano constitucional por vulnerar el derecho a un proceso con todas las garantías y sin indefensión reconocido en el art. 24. 1 y 2 CE. En tercer lugar, en el plano de la legalidad ordinaria por desconocer lo prevenido en el art. 710 Lecrim, conforme al cual los testigos de referencia precisarán el origen de la noticia designando su nombre y apellidos, o con las señas con que fuere conocido a la persona que se le hubiere comunicado...”.

3.2. Colaboradores con la justicia (el “arrepentido”)

El arrepentido es “un individuo perteneciente a un grupo organizado criminal, que decide acudir ante las autoridades penales dispuesto a confesar sus propios crímenes y colaborar con la justicia mediante el suministro de información de información, que permitirá individualizar los hechos delictivos del grupo y sus integrantes, fundamentalmente a los miembros destacados de la cúpula directiva”.

Las declaraciones de estos sujetos pueden ser muy valiosas y, además, en no pocos casos son el detonante del inicio de las investigaciones; incluso suele conllevar una infiltración sobrevenida.

La finalidad de esta figura es premiar de alguna forma a aquellos que colaboran a esclarecer hechos delictivos prioritariamente relacionados con el crimen organizado, facilitando la persecución y enjuiciamiento de esos delitos. Estamos ante una manifestación del Derecho premial ya que se prevé una serie de beneficios para aquellos sujetos que, en el seno de un grupo criminal organizado, se disocian y colaboran con la justicia para su investigación, consiguiendo con ello atenuar o incluso eximir su responsabilidad penal.

Si bien este sujeto participa generalmente en la fase de instrucción ofreciendo información fundamental para la averiguación de los hechos delictivos,

10 V., también, la STS de 22 de mayo de 2000 (RJ 4965).

nada impide que pueda actuar como testigo en el juicio oral, si bien como seguidamente indicamos esta posibilidad plantea dudas importantes.

La STS español de 29 de diciembre de 2011 (RJ 135) afirma respecto a esta figura:

“[...] el arrepentido en el contexto de lo que ha sido denominado “prueba cómplice”, supone una intervención durante el delito y antes de la sentencia. Este informador debe ser tratado de forma semejante a la de un coimputado en lo que respecta a la valoración de la prueba —bien entendido que es un testigo y como tal presta juramento o promesa de decir verdad (arts. 706 y 434 LECrim .) y sujeto a las eventuales responsabilidades previstas conforme al art. 715 LECrim—, y como un confidente, que aporta datos fundamentales a partir del momento en que empieza a actuar en función de ese arrepentimiento. Refiriéndonos a la figura del infiltrado hemos de indicar que es en el plenario en donde la prueba testifical habrá de culminar con objeto de que los Jueces valorasen en su exacta medida las manifestaciones del confidente infiltrado, como testigo especialmente cualificado (STS. 210/95 de 14.2), pero con acierto se destaca por el Ministerio Fiscal en su detallado escrito de impugnación del recurso, no supone descalificar su testimonio y sí analizarlo con precauciones y con un especial rigor, por cuanto la reforzada necesidad de razonar la credibilidad de un testigo que ha sido también participe en los hechos se acentúa por exigencias del derecho a un proceso con todas las garantías cuando se trata de declaraciones de quien puede obtener beneficios personales con la misma o incluso la exclusión de responsabilidad penal. Este dato debe valorarse a efectos de determinar su credibilidad o fiabilidad pero si su declaración se revela convincente y capaz de generar certeza, puede servir como base de un pronunciamiento condenatorio. El Tribunal Constitucional viene afirmando que el testimonio obtenido mediante promesa de reducción de pena no comporta una desnaturalización del testimonio que suponga en sí mismo la lesión de derecho fundamental alguno (AATC. 1/89 de 13.1 , 899/85 de 13.12) y el TEDH por resolución de 25.5.2004 , caso *Corneils contra Holanda* inadmitió la demanda del condenado por pertenecer a una organización dedicada al tráfico de drogas, condena que se basaba en las declaraciones de otro integrante de la organización que había llegado a un pacto de inmunidad con el Fiscal. En la medida en que el demandante pudo contradecir esas pruebas y cuestionar su fiabilidad y credibilidad, aunque no llegase a tener acceso a todas las conversaciones entre el procurador y el testigo inmune, no habrá afectación de ninguno de los preceptos del Convenio”.

Los problemas de esta figura se derivan de su naturaleza: ¿Es un testigo? ¿Es un imputado? Lo cierto es que la respuesta a esta cuestión no es baladí, pues como testigo tiene la obligación de decir la verdad, obligación que decae cuando se considera que estamos ante un imputado. La mayoría de ordenamientos parecen otorgarle una naturaleza mixta, concibiéndolo como una figura híbrida situada entre testigo e imputado, en virtud de la cual

no tiene obligación de decir la verdad, por lo que su confesión o su acusación debe apoyarse en otros medios de prueba que confirmen su declaración. En su vertiente de coimputado su declaración —en principio— no plantea problemas de legalidad, a efectos de enervar la presunción de inocencia, pero sí de credibilidad ante la posibilidad de que responda a motivos espurios.

La aplicación de estas “ventajas” no puede hacerse a costa de las garantías, por ejemplo una espuria adopción de la prisión provisional para doblegar la voluntad del sujeto, etc.

¿Cómo valorar la declaración del coimputado?¹¹: Cuando la única prueba de cargo sea la declaración del coimputado, debe tenerse en cuenta que la declaración del acusado, al contrario que la del testigo, no tiene por qué responder a la verdad, ya que puede callar e incluso mentir. Por ello, no puede en este caso servir para desvirtuar la presunción de inocencia si no resulta corroborada mínimamente por otras pruebas.

Esta figura, así como la anterior, parecen reconocerse en el art. 341.1, II CPP peruano que autoriza al Fiscal “cuando las circunstancias así lo requieran” a servirse o utilizar a un “agente especial”, entendiendo por tal al ciudadano que, “por el rol o situación en que está inmerso dentro de una organización criminal, opera para proporcionar las evidencias incriminatorias del ilícito penal”¹².

4. EL AGENTE ENCUBIERTO

El agente encubierto es, realmente, el único tipo de infiltración que se prevé expresamente en el CPP peruano o en la Lecrim española. Esta figura es claro reflejo de cómo nuestros ordenamientos jurídicos han optado por hacer frente a esta criminalidad a través de medidas de investigación “extraordinarias”¹³.

El art. 341 CPP peruano, al igual que el art. 282bis Lecrim, se centra, realmente, en regular, lo esencial y con parquedad, tanto de la infiltración como el agente encubierto. Sin perjuicio del análisis posterior, adelantamos que la infiltración legalmente prevista se debe realizar por un miembro de las fuerzas y cuerpos de seguridad, quedando limitado su ámbito de intervención a la investigación al crimen organizado. El infiltrado debe como tal analizar el

11 SS TC 137/1988, de 7 de julio de 1988.

12 CUBAS VILLANUEVA, V., *El nuevo proceso penal peruano. Teoría y práctica de su implantación*, cit., p. 542. V., Resolución de la Fiscalía de la Nación N.º 729-2006 –MP– FN, Diario Oficial El Peruano de 22 de junio de 2006, que aprueba el Reglamento de Circulación y Entrega Vigilada de Bienes delictivos y Agente Encubierto.

13 Dicho carácter, así como sus implicaciones con los derechos del imputado se tratan detalladamente en RIFÁ SOLER, J.M., ABEL LLUCH/RICHARD GONZALEZ, *Estudios sobre la prueba penal*, vol. II, Ed. La Ley, Madrid, 2011, pp. 225 y ss, y 353 y ss.

modus operandi de la organización y sus miembros, los campos delictivos en que actúan y recoger información sobre la estructura del grupo¹⁴.

Esta técnica, en palabras de Gómez de Liaño Fonseca-Herrero, supone “la ocultación de la verdadera identidad policial, en aras a establecer una relación de confianza que permite al agente integrarse durante un periodo de tiempo prolongado en la organización criminal con la finalidad primordial, igualmente oculta, de obtener la información necesaria para desvirtuar la presunción de inocencia”¹⁵.

La STS español de 13 de mayo de 2014 (RJ 2961) establece al respecto que:

“Esta modalidad de actuación de la policía judicial en la investigación de hechos delictivos, se introduce en nuestro ordenamiento por la reforma de la Ley procesal operada por la ley 5/99, de 13 de enero (RCL 1999, 113), con la finalidad de regular la actuación de funcionarios de policía judicial como agentes encubiertos. Destacamos que la autorización es para la investigación de organizaciones criminales. La autoriza el juez o el Ministerio fiscal, dando cuenta inmediata al juez. Se adopta por resolución fundada y se especifica que “la información que vaya obteniendo el agente encubierto deberá ser puesta a la mayor brevedad 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)

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 la Constitución y la ley y cumplir con las demás previsiones legales aplicables”. Añade, por último, que esas actuaciones no pueden constituir una provocación al delito.

Nos interesa destacar, para la resolución de la impugnación, el apartado que refiere la forma en la que el material objeto de la investigación del agente

14 ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R., *El policía infiltrado. Los presupuestos jurídicos en el proceso penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, *passim*.

15 GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, “Límites y garantías de la investigación con agentes encubiertos”, en *Diario La Ley*, N.º 6142, 2004, p. 3.

debe ser incorporado al proceso penal para acreditar el hecho. Señala la ley procesal que el agente encubierto 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”.

Consideramos oportuno también transcribir, por su importancia, lo afirmado por el TS en Sentencia de 29 de diciembre de 2011 (RJ 135)¹⁶:

“En cuanto a los agentes encubiertos, su regulación en el art. 282 bis tiene su antecedente en el Derecho alemán. 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.

Agente encubierto, en nuestro ordenamiento será el policía judicial, especialmente seleccionado, que bajo identidad supuesta, actúa pasivamente con sujeción a la Ley y bajo el control del Juez, para investigar delitos propios de la delincuencia organizada y de difícil averiguación, cuando han fracasado otros métodos de la investigación o estos sean manifiestamente insuficientes, para su descubrimiento y permite recabar información sobre su estructura y modus operandi, así como obtener pruebas sobre la ejecución de hechos delictivos, debiéndose aclarar que es preciso diferenciar esta figura del funcionario policial que de forma esporádica y aislada y ante un acto delictivo concreto oculta su condición policial para descubrir un delito ya cometido o cuando —supuesto de las SSTs. 25.6.2007 y 6.2.2009— un funcionario policial lleva a cabo tareas de investigación antes de llegar a tener el carácter que regula el art. 282 bis, lo que no implica que no pueda servir válidamente como testigo respecto de lo visto y oído en tiempo anterior —lo que diferenciará uno y otro tiempo, es que la exención de responsabilidad penal, que regula el nº 5 de dicho artículo, para actividades dotadas de proporcionalidad con la finalidad de la investigación y que no constituyan provocación al delito, no será aplicable al periodo previo.

Pues bien, tanto la doctrina penal como la jurisprudencia han abordado el análisis de esta figura desde la perspectiva del delito provocado, habiendo sido admitida la licitud de la infiltración policial —con anterioridad incluso a la LO. 5/99 de 13.12 que reguló en nuestro ordenamiento, por primera vez, art. 282 bis, la actuación de los agentes encubiertos— por el TC. S. 21.2.83 y por la Sala Segunda Tribunal Supremo como medio para descubrir actividades criminales en curso, considerando que estos comportamientos de los agentes se encuentran dentro de los límites que la Constitución (art. 126), la Ley Orgánica Poder Judicial (art. 443); la LECrim. (arts. 282 y ss.) y la LO. 2/86 de 13.3 (art. 11) les imponen en el ejercicio de las funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente, por cuanto las fuerzas policiales para el cumplimiento de sus funciones cuentan con el procedimiento de la infiltración, actuando de incógnito y sin revelar su identidad, ni su condición pública, en organizaciones delictivas,

¹⁶ V., también, la S TS de 29 de diciembre de 2011 (RJ 135)

con el fin de conocer sus planes, de abortarlos, de descubrir a los autores de hechos punibles y de procurar su detención. Así las SSTs. 4.3.92, 21.6.93, 2.7.93, y 3.11.93 ya consideraban lícita la actuación policial, aunque se utilicen procedimientos engañosos y se finjan intenciones irreales, cuando no se origina un delito inexistente, sino que tal proceder sirve para descubrir aquel que ya se había cometido con anterioridad y por tanto, tal infiltración es práctica policial que no ofrece ningún reparo.

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 este haya comparecido en el juicio oral (ver SSTC. 146/2003 de 14.6, 41/2003 de 27.2, 119/2002 de 25.11), no siendo factible tal posibilidad.

Situación, en todo caso, 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 —se dice en la STS. 1166/2009 de 19.11— 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 apetece 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 como también se ha dicho por esta Sala es distinta a la actividad del agente encubierto, figura regulada en el art. 282 bis LECriminal, 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, o como se dice, entre otras STS 1114/2002, “...cuando los agentes de la autoridad sospechan o conocen la existencia de una actividad delictiva y se infiltran entre los que la llevan a cabo en busca de información o pruebas que permitan impedir a sancionar el delito...”.

El art. 341 CPP peruano regula esta medida entre los actos de investigación especiales, junto con la entrada vigilada, por ejemplo, que se trata también en este monográfico. Analicemos seguidamente con detalle la regulación legal¹⁷:

17 ANGULO ARANA, P., *La investigación del delito en el nuevo Código Procesal Penal*, Gaceta Jurídica, Lima, 2006, epígrafe 3.2.6; CUBAS VILLANUEVA, V., *El nuevo proceso penal peruano. Teoría y práctica de su implantación*, Palestra, Lima, 2015, pp. 539 a 543; ROSAS YATACO, J., *Tratado de Derecho Procesal Penal. Análisis y desarrollo de las instituciones del nuevo Código Procesal Penal*, vol. I, Pacífico, Breña, 2013, pp. 624 y 625.

4.1. Características definitorias

Sin perjuicio de aquellas características que se analizan en los siguientes epígrafes, referidas principalmente al ámbito de actuación del agente encubierto y a quién puede intervenir como tal, es conveniente en este momento hacer referencia a las notas o características definitorias de esta figura para comprender bien la regulación que del mismo se hace, así como las críticas que a dicha regulación puedan hacerse.

a. El engaño

La nota esencial definitoria del agente encubierto es el engaño¹⁸. Al agente se le facilita, en la forma que seguidamente veremos, una identidad supuesta que mantendrá durante toda la duración de la investigación, e incluso durante el proceso y con posterioridad al mismo. Haciendo uso de dicha identidad ficticia el sujeto, en aras a la investigación de los hechos delictivos, va a procurar ganarse la confianza de los miembros de la organización en que se infiltra ocultando, por tanto, sus verdaderas intenciones. Así pues, el agente “engaña” a los sujetos con los que se relaciona tanto respecto de quién es, a qué se dedica y cuáles son sus intenciones para “involucrarse” con las actividades de la organización. Como afirma Zafra Espinosa de los Monteros “la justificación de que los Estados de Derecho modernos acepten el engaño en una técnica de investigación penal se debe a la clandestinidad, la sofisticación y alta peligrosidad que representan las nuevas formas de criminalidad organizada”¹⁹.

Es precisamente el engaño y el hecho de actuar con base en el mismo lo que lleva a la doctrina a plantear la importancia de compatibilizar esta figura con las garantías y principios constitucionales reconocidos en cada ordenamiento²⁰. Así se puso ya de manifiesto en el año 1992 por el TEDH en el caso Lüdi contra Suiza de 15 de junio de 1992, si bien luego fue matizado por la Sentencia del mismo Tribunal de 9 de junio de 1998, caso Teixeira de Castro contra Portugal.

18 GASCÓN INCHAUSTI, F., *Infiltración policial y agente encubierto*, cit., pp. 10 y 87, quien añade la nota consecuencia de dicho engaño del abuso de confianza, pues en esta figura es fundamental la “entrada y permanencia” en un determinado entorno. V., también muy detalladamente, ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R., *El policía infiltrado. Los presupuestos jurídicos en el proceso penal español*, pp. 67 y ss.; GUZMÁN FLUJA, V., *El agente encubierto y las garantías del proceso penal*, Portal Iberoamericano de Ciencias Penales, Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, Universidad de Castilla – La Mancha, p. 17.

19 ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R., *El policía infiltrado. Los presupuestos jurídicos en el proceso penal español*, cit., p. 73.

20 GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, “Límites y garantías de la investigación con agentes encubiertos”, *Diario La Ley*, N.º 6142, 2004, p. 4.

La S TEDH de 9 de junio de 1998, caso Teixeira de Castro contra Portugal establece: “36. La intervención de agentes infiltrados debe estar circunscrita y rodeada de garantías incluso en el caso del tráfico de estupefacientes. En efecto, si la expansión de la delincuencia organizada lleva a no dudar de la adopción de medidas apropiadas, no queda más que, en una sociedad democrática, el derecho a una buena administración de la justicia ocupe un lugar tan eminente (Sentencia Delcourt contra Bélgica de 17 de enero 1970, serie A, N.º 11, pg. 15, ap. 25) que no podamos sacrificarla por conveniencia. Las exigencias generales de equidad consagradas en el artículo 6 se aplican a los procedimientos relativos a todos los tipos de infracción criminal, de la más simple a la más compleja. El interés público no podría justificar la utilización de elementos de prueba reunidos tras una provocación policial.... 39. Sobre la base del conjunto de estas consideraciones, el Tribunal concluye que la actividad de los dos policías sobrepasó la de un agente infiltrado ya que provocaron el delito y que nada indica que, sin su intervención, este hubiera sido perpetrado. Esta intervención y su utilización en el procedimiento penal litigioso privaron ab initio y definitivamente al demandante de un proceso equitativo. Por lo tanto, hubo violación del artículo 6.1”.

b. La excepcionalidad o subsidiariedad

Precisamente por el engaño en que se basa toda la actuación del agente encubierto, la utilización de esta técnica de investigación aparece como excepcional o subsidiaria en tanto que se acudirá a la misma cuando no existan otras vías para poder averiguar los hechos delictivos que se están investigando²¹. Así se reconoce en la Resolución de la Fiscalía de la Nación N.º 729-2006 – MP- FN, de 22 de junio de 2006, que aprueba el Reglamento de Circulación y Entrega Vigilada de Bienes delictivos y Agente Encubierto, en que se afirma expresamente que “... Su empleo es excepcional, conforme al principio de subsidiariedad”. Como afirma Zafra Espinosa de los Monteros “mediante la intervención de un agente encubierto se alteran las reglas básicas del proceso penal”²².

El propio TS español, por ejemplo en su sentencia de 29 de diciembre de 2011 (RJ 135) lo declara expresamente:

“Con carácter previo debemos recordar que la protección de los derechos fundamentales invocados por los recurrentes no es absoluta y puede ser

21 ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R., *El policía infiltrado. Los presupuestos jurídicos en el proceso penal español*, cit., p. 26.

El propio TS español, por ejemplo en su sentencia de 29 de diciembre de 2011 (RJ 135) lo declara expresamente: “

22 ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R., “El agente encubierto en el ordenamiento español”, Portal Iberoamericano de Ciencias Penales, Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, Universidad de Castilla – La Mancha, p. 4.

restringida en función de la necesidad de atender a intereses que, en el caso, sean considerados prevalentes en una sociedad democrática. En la actual situación en la que la delincuencia terrorista se organiza de forma tal que puede dificultar seriamente la acción de la justicia e incluso puede llegar a cuestionar la propia supervivencia del sistema, se impone la búsqueda de equilibrios entre la salvaguardia de esos derechos y la necesidad de obtener estándares aceptables de seguridad, entendida esta como orientada fundamentalmente a garantizar el ejercicio pacífico y normalizado de los derechos. Por otra parte, es razonable que los poderes públicos cumplan sus finalidades mediante el empleo de los medios de investigación a su alcance, dentro de las posibilidades que les otorga la Ley.

Sin embargo, —como dice en la STS. 1313/2009 de 16.12— lo que se consideran niveles deseables de seguridad con la finalidad de defender la estabilidad del sistema y asegurar el pacífico ejercicio de los derechos, en lo que aquí interesa mediante la persecución de conductas delictivas graves, —como son las relacionadas con el terrorismo— no puede obtenerse precisamente a costa de la vigencia de los derechos individuales cuya eficacia real lo caracterizan como sistema de libertades, y cuya integridad, precisamente, se trata de proteger. La calidad del sistema de convivencia en libertad desciende seriamente, hasta correr el riesgo de desaparecer, si la vigencia de los derechos fundamentales se supedita indiscriminadamente a la seguridad. Ello no suprime la posibilidad de restricciones. La naturaleza relativa de algunos derechos supone la posibilidad de que puedan ceder, en todo o en parte, ante otros intereses relevantes en una sociedad democrática. Pero solo en el caso, en la medida y en la forma en que tal interés estrictamente lo requiera, y nunca en tales condiciones que el derecho restringido venga a transformarse de manera general en una mera enunciación teórica.

Por ello, como en supuestos de delincuencia organizada —singularmente terrorismo— la investigación criminal puede encontrarse con serias dificultades pues el avance de la información queda seriamente dificultado por la opacidad de tales asociaciones criminales, se han arbitrado, —junto con las tradicionales fuentes confidenciales de información o datos suministrados por colaboradores o confidentes policiales, cuya legalidad ha sido admitida por la jurisprudencia del T.E.D.H. (sentencia Kostovski, de 20 de Noviembre de 1989, Sentencia Windisch, de 27 de Septiembre de 1990) siempre que se utilice como medio de investigación y no tenga acceso al proceso como prueba de cargo no sometida a contradicción de las partes, por cuanto ha de recordarse que la confidencia puede ocultar un ánimo de venganza, autoexculpación, beneficio personal, así como el antiguo brocardo de “quien ocultan rostro para acusar, también es capaz de ocultar la verdad en lo que acusa”—, otras técnicas de investigación nuevas tales como el agente encubierto —introducción de un miembro de la policía en la asociación criminal, potenciando los arrepentidos, esto es, el desmarque de los miembros facilitando información sensible con la posibilidad de un beneficio penal, vía art. 579 CP, agente provocador o mediante colaboradores particulares, más o menos estables, con las fuerzas de seguridad que realizan labores de infiltración”.

Como toda medida de investigación excepcional la adopción de la misma por parte de las autoridades encargadas de la averiguación y persecución de los delitos se basa en un juicio de proporcionalidad o una ponderación de los intereses en juego. El art. 341 CPP peruano afirma expresamente que se tendrá en cuenta su necesidad a los fines de la investigación. Así, es evidente que la actuación del agente encubierto, basada —insistimos— en el engaño puede afectar a derechos fundamentales de las personas investigadas. Sin perjuicio de los que diremos más adelante, es fácil comprender que los sujetos integrantes de la organización criminal no “interactuarían” con el agente si realmente supieran que lo es, es decir, no tendrían con él ciertas conversaciones, no le permitirían entrar en su círculo de amistades, no le autorizarían a entrar en su domicilio, etc. Así, el derecho a la intimidad o a la autodeterminación informativa se ve claramente afectado con la adopción de la medida, al igual que el derecho al secreto de las comunicaciones²³.

A ello, debemos añadir que en la actuación del agente encubierto, este puede acabar cometiendo un hecho delictivo, del que no responderá penalmente siempre que actúa bajo el paraguas de la autorización de infiltración y respeta el principio de proporcionalidad. Si a ello añadimos que en la investigación que lleve a cabo puede verse obligado a afectar otros derechos fundamentales, como la inviolabilidad del domicilio o el secreto de las comunicaciones —siempre previa autorización judicial— el carácter excepcional de dicha medida y el cuidado que debe tenerse en su desarrollo son evidentes.

La utilización de esta técnica, amparada a su vez en el mismo secretismo y opacidad con que actúan las organizaciones criminales, debe —insistimos— considerarse excepcional, acudiendo al mismo cuando no pueda obtenerse la información pretendida por los medios de investigación “ordinarios”.

4.2 Ámbito objetivo

El agente encubierto tiene la consideración, como acabamos de exponer, de un medio de investigación extraordinario de ahí que su utilización quede limitada a la investigación de la criminalidad organizada²⁴. De hecho, la fina-

23 Como indica GASCÓN INCHAUSTI, F., *Infiltración policial y agente encubierto*, cit., p. 92, la afectación a la autodeterminación informativa ha sido profusamente desarrollada en Alemania, país en que además se prevé expresamente la entrada en el domicilio del agente; ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R., *El policía infiltrado. Los presupuestos jurídicos en el proceso penal español*, cit., pp. 156 y ss.

24 Considera ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R., *El policía infiltrado. Los presupuestos jurídicos en el proceso penal español*, cit., p. 220, que por el carácter excepcional de la medida debería limitarse a los tipos más graves dentro de esta criminalidad; en sentido similar, DELGADO GARCÍA, D., *El agente encubierto: Técnica de investigación. Problema y legislación comparada*, en GUTIÉRREZ — ALVIZ Y CONRADI, F., (dir.), “La criminalidad organizada ante la Justicia”, Publicaciones de la Universidad de Sevilla 1996, p. 76; RIFÁ SOLER, J.M., *Agente encubierto o infiltrado en la nueva regulación de la Lecrim*, Revista del Poder Judicial, 1999, (55), pp. 160 y ss.

lidad de la medida es infiltrarse en dicha organización para lograr su desarticulación.

Así se reconoce en el art. 341.1 CPP peruano (también se refiere a ello el art. 13 de la Ley 30077 contra el crimen organizado) o en el art. 282bis Lecrim. No obstante, en el artículo 341 no encontramos, al contrario de lo que ocurre en la Lecrim, cómo debe entenderse la criminalidad organizada a efectos de autorizar esta medida.

Así, el art. 282bis 4 Lecrim considera como delincuencia organizada “la asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer alguno o algunos de los delitos siguientes”, enumerando seguidamente una serie de delitos²⁵. En el ordenamiento peruano, al margen de las referencias que en el Código Penal se ha-

25 Concretamente, se refiere este artículo a los siguiente delitos:

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

RIFA SOLER, J.M., en ABEL LLUCH/RICHARD GONZALEZ, *Estudios sobre la prueba penal*, vol. II, cit., pp. 342 y 343, se cuestiona si se puede extender esta técnica de investigación a otros delitos, es decir, si estamos o no ante una lista cerrada (como ocurre en la mayor parte de los países que regulan dicha figura); respondiendo que “el sistema más apropiado es, en este caso, el intermedio. Ni listas cerradas que no sean capaces de responder a la versatilidad y capacidad de adaptación de las organizaciones criminales, ni tampoco un concepto de delincuencia organizada tan amplio que haga tambalear el carácter excepcional de este medio de investigación. Lo apropiado sería un idear un sistema que conjugue ambos elementos...”. V., también sobre esta cuestión, ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R., *El policía infiltrado. Los presupuestos jurídicos en el proceso penal español*, cit., pp. 223 y ss y 315 y ss.

gan a la misma (por ejemplo, en el art. 317), la Ley 30077 contra el crimen organizado (Diario El Peruano de 20 de agosto de 2013 establece en su artículo 2. 1 que “se considera organización criminal a cualquier agrupación de tres o más personas que se reparten diversas tareas o funciones, cualquiera sea su estructura y ámbito de acción, que, con carácter estable o por tiempo indefinido, se crea, existe o funciona, inequívoca y directamente, de manera concertada y coordinada, con la finalidad de cometer uno o más delitos graves señalados en el artículo 3 de la presente Ley”²⁶. El número 2 de dicho artículo

Esta autora, en las páginas 294 y ss establece que las notas que caracterizan a dicha delincuencia son: La asociación estructurada de tres o más personas; la permanencia durante un periodo de tiempo, lo que a su vez implica la reiteración delictiva; la gravedad de su actuación, normalmente también violenta; la obtención de un beneficio económico y de poder como una de sus finalidades principales y la disposición de medios materiales y personales cada vez más sofisticados.

Sobre las dificultades de establecer un concepto de delincuencia organizada, DE LA CUESTA ARMENDÁRIZ, J.L., “El derecho penal ante la criminalidad organizada: Nuevos retos y límites”, en GUTIÉRREZ-ALVIZ Y CONRADI / VALCÁRCEL LÓPEZ (dirs.), *La cooperación internacional frente a la criminalidad organizada*, Ed. Universidad de Sevilla 2001, pp. 88 y ss.

26 Dicho artículo 3 se refiere a los delitos siguientes:

1. Homicidio calificado-asesinato, de conformidad con el artículo 108 del Código Penal.
2. Secuestro, tipificado en el artículo 152 del Código Penal.
3. Trata de personas, tipificado en el artículo 153 del Código Penal.
4. Violación del secreto de las comunicaciones, en la modalidad delictiva tipificada en el artículo 162 del Código Penal.
5. Delitos contra el patrimonio, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 186, 189, 195, 196-A y 197 del Código Penal.
6. Pornografía infantil, tipificado en el artículo 183-A del Código Penal.
7. Extorsión, tipificado en el artículo 200 del Código Penal.
8. Usurpación, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 202 y 204 del Código Penal.
9. Delitos informáticos, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 207-B y 207-C del Código Penal.
10. Delito contra la propiedad industrial, tipificado en el artículo 222 del Código Penal.
11. Delitos monetarios, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 252, 253 y 254 del Código Penal.
12. Tenencia, fabricación, tráfico ilícito de armas, municiones y explosivos y demás delitos tipificados en los artículos 279, 279-A, 279-B, 279-C y 279-D del Código Penal.
13. Delitos contra la salud pública, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 294-A y 294-B del Código Penal.
14. Tráfico ilícito de drogas, en sus diversas modalidades previstas en la Sección II del Capítulo III del Título XII del Libro Segundo del Código Penal.
15. Delito de tráfico ilícito de migrantes, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 303-A y 303-B del Código Penal.
16. Delitos ambientales, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 310-A, 310-B y 310-C del Código Penal.
17. Delito de marcaje o reglaje, previsto en el artículo 317-A del Código Penal.
18. Genocidio, desaparición forzada y tortura, tipificados en los artículos 319, 320 y 321 del Código Penal, respectivamente.
19. Delitos contra la administración pública, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 382, 383, 384, 387, 393, 393-A, 394, 395, 396, 397, 397-A, 398, 399, 400 y 401 del Código Penal.

añade que “La intervención de los integrantes de una organización criminal, personas vinculadas a ella o que actúan por encargo de la misma puede ser temporal, ocasional o aislada, debiendo orientarse a la consecución de los objetivos de la organización criminal”.

La referida Convención de las Naciones Unidas en su artículo 2 establece que 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”.

Independientemente de cómo se conceptúe por cada ordenamiento la delincuencia organizada, la autorización de la operación debe fijar de manera concreta cuál va a ser el campo de actuación del agente, debiendo especificar los delitos objeto de la investigación encubierta (atendiendo a los indicios presentes), no siendo posible una autorización abierta para cualquier actividad delictiva, es decir, en abstracto o en general para cualquier actividad delictiva que se lleve a cabo por la organización. En este sentido es fundamental que el legislador español se “replantee” el listado del art. 282bis, por haber quedado obsoleto²⁷.

20. Delito de falsificación de documentos, tipificado en el primer párrafo del artículo 427 del Código Penal.

21. Lavado de activos, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 1, 2, 3, 4, 5 y 6 del Decreto Legislativo 1106, Decreto Legislativo de lucha eficaz contra el lavado de activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado.

27 V., respecto a esta crítica, GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, “Límites y garantías de la investigación con agentes encubiertos”, en *Diario La Ley*, N.º 6142, 2004, p. 10. Igualmente, el TS español Sentencia de 3 de octubre de 2007 (RJ 7297) ha entendido aplicable esta figura a un delito de pedofilia: “Respecto al carácter de delito organizado los hechos que se denuncian apuntaban a que existía más de una persona de tendencias pedofílicas, que desarrollaba tal actividad. Los hechos probados, en este trance procesal intangibles, hacen referencia a la primera o primeras conversaciones mantenidas entre el agente y el recurrente, a que este último remite varias fotografías pornográficas de sus archivos informáticos y le comenta la existencia de un “foro denominado la gran familia en el que un grupo organizado de personas mayores de edad fijaban sus encuentros con la participación de sus hijos menores para mantener con estos relaciones sexuales”.

La reciente reforma de la Lecrim por Ley Orgánica 12/2015, 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 (BOE N.º 239, de 6 de octubre) precisamente prevé que en el caso concreto del agente encubierto informático el juez puede 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 del art. 282 bis (mantiene, por tanto, la idea del listado) pero añadiendo cualquier delito de los previstos en el artículo 588 ter a), que se refiere, con remisión al art. 579, a los delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión; a delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal y delitos de terrorismo, y expresamente hace referencia a delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o servicio de comunicación.

De la actuación delictiva relacionada con la criminalidad organizada, deben además tenerse indicios racionales de criminalidad.

4.3. Ámbito subjetivo

Desde un punto de vista subjetivo debemos hacer referencia a quién puede actuar como agente infiltrado y a quién le corresponde autorizar su actuación y el ámbito de la misma.

Así, el agente encubierto debe ser un agente de las fuerzas y cuerpos de seguridad, Policía Nacional del Perú (art. 341. 1 CPP peruano, en sentido similar se pronuncia el art. 282bis Lecrim), al que además debe exigírsele “especialización”, es decir, debe contar con una formación y preparación específica adecuada a la función que va a desempeñar en la investigación del delito. Se rechaza en principio, por tanto, que esta especial actuación pueda ser realizada por un particular.

Las características propias de la función que va a desarrollar aconsejan que el agente que vaya a actuar como tal lo haga voluntariamente, debiendo prestar su consentimiento²⁸.

La infiltración de un agente encubierto en los ambientes criminales exige autorización inicial del órgano encargado de dirigir la investigación. El art. 341 CPP peruano establece así que la autorización corresponde al Fiscal, mientras que en España, el art. 282bis Lecrim requiere la autorización por el órgano judicial (Juez de Instrucción) o, en su caso, del Ministerio Fiscal, quien igualmente deberá dar cuenta inmediata al Juez²⁹, pero además serán necesarias posteriores autorizaciones judiciales en tanto que comprometen derechos fundamentales, ya que es precisamente la autorización judicial la que cubre las restricciones de dichos derechos³⁰. Si bien dicha autorización es una nota común a todos los ordenamientos, debemos reconocer que realmente la iniciativa de adoptar esta medida provendrá directamente de la policía³¹, como consecuencia del ejercicio ordinario de sus funciones.

28 Voluntariedad que se destaca por GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, “Límites y garantías de la investigación con agentes encubiertos”, en *Diario La Ley*, N.º 6142, 2004, p. 7.

29 La autorización por el Fiscal debe considerarse condicionada a que no existe investigación judicial en marcha.

30 GASCÓN INCHAUSTI, F., *Infiltración policial y agente encubierto*, cit., pp. 232 y ss, quien afirma que “la autorización judicial para proceder a la infiltración legitima todas aquellas actuaciones investigadoras del agente encubierto que, aunque afecten a derechos fundamentales, descansan única y exclusivamente en el engaño que sirva de base para la infiltración”, si bien otras afecciones más graves a derechos fundamentales, como una intervención telefónica o de la correspondencia requieren de autorización expresa, p. 254; ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R., *El policía infiltrado. Los presupuestos jurídicos en el proceso penal español*, p. 80.

31 GASCÓN INCHAUSTI, F., *Infiltración policial y agente encubierto*, cit., pp. 19 y 186; ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R., *El policía infiltrado. Los presupuestos jurídicos en el proceso penal español*, cit., p. 323.

La autorización, del Fiscal o del Juez, debe ser motivada. Pese a la parquedad de la norma habilitante, consideramos que dicha autorización debe tener el siguiente contenido mínimo³²: **1)** Los indicios de que se está cometiendo alguno de los delitos en que dicha medida de investigación está justificada, los delitos concretos que se sospecha están siendo cometidos y que son objeto de investigación; **2)** Cuando sea posible deberá identificarse a las personas pertenecientes a la organización, es decir, los posibles imputados; **3)** El plazo de duración de la misma, con los matices indicados seguidamente; **4)** Las actividades para las que se autoriza al agente, lo que permite exonerarle de responsabilidad en dichas actuaciones; **5)** La verdadera identidad del agente y la supuesta, bajo la que actuará; **6)** La forma en que se debe comunicar con la autoridad para facilitarle la información que obtenga. Se trata así de justificar la existencia de indicios racionales de comisión de delitos en forma organizada, poniendo de manifiesto que esta técnica de investigación, pese a los riesgos que pueda comportar, es necesaria e idónea para investigar dichos hechos; en definitiva, que cumple con las exigencias del principio de proporcionalidad.

La Disposición que aprueba la designación del agente será reservada y se conservará fuera de las actuaciones con la debida seguridad, para garantizar así la adecuada protección del agente encubierto (art. 341.1 CPP peruano).

Dicha autorización es la legítima la actuación engañosa del agente así como la actuación concreta que pueda realizar, siempre que se desarrolle dentro de los límites establecidos.

4.4. Desarrollo de la medida

No creemos que se sea posible ni conveniente hacer una descripción de las actividades que pueda desarrollar el agente encubierto en cumplimiento de la función que le ha sido encomendada, perteneciendo la actuación concreta que pueda llevar a cabo al ámbito de la técnica policial especializada propiamente dicha. No obstante lo dicho, es cierto que el art. 341.1 CPP peruano (de forma similar también el art. 282bis Lecrim) apunta las actuaciones que puede llevar a cabo el agente encubierto cuando afirma que podrá “adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos”... añadiendo seguidamente que con su identidad supuesta quedan “legítimamente habilitados para actuar en todo lo relacionado con la investigación concreta a participar en el tráfico jurídico y social bajo tal iden-

32 RIFA SOLER, J.M., en ABEL LLUCH/RICHARD GONZALEZ, “Estudios sobre la prueba penal, vol. II”, cit., p. 349; GASCÓN INCHAUSTI, F., *Infiltración policial y agente encubierto*, cit., p. 208; ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R., *El policía infiltrado. Los presupuestos jurídicos en el proceso penal español*, cit., pp. 339 y ss.

tidad". Del tenor literal del art. 341 CPP peruano, su ámbito de actuación es, por tanto, relativamente limitado. Como señala Gascón Inchausti, la actuación del agente encubierto se "tolera" la comisión de delitos por parte del Estado, que para garantizar la persecución de una grave criminalidad y asegurar la paz social³³ acepta una "demora" en la reacción estatal ante la comisión de un delito³⁴.

Si en el desarrollo de sus funciones como "infiltrado" pudiera verse afectado algún derecho fundamental la habilitación general no será suficiente, sino que deberá solicitar al órgano judicial (Juez de la Investigación Preparatoria) las autorizaciones que al respecto se prevean en la Constitución y en la Ley ritualaria o leyes especiales, cumpliendo además en su ejecución concreta con todas las previsiones legales aplicables, so pena de ilicitud (así por ejemplo, por ejemplo para una intervención telefónica; es decir, la autorización genérica de infiltración no le exime de ello). La ilicitud de lo actuado no dependerá únicamente de la afección de derechos fundamentales sin la correspondiente autorización, sino también de la posible actuación del agente al margen de la autorización original, del posible incumplimiento de los requisitos legales de los diversos actos de investigación que sí está autorizado a llevar a cabo o de la propia provocación del delito³⁵.

Un elemento clave en esta actuación debería ser, por su carácter excepcional, su duración temporal: Las normas que estamos analizando realmente no prevén expresamente el tiempo de duración de la medida, sino el periodo de tiempo para el que se otorga la identidad ficticia. Así, el art. 341.1 CPP peruano establece expresamente que la identidad supuesta se otorga por el plazo de seis meses prorrogables por periodos de igual duración mientras perduren las condiciones para su empleo. De manera prácticamente idéntica el art. 282bis Lecrim prevé que la identidad ficticia se otorgará por un plazo de

33 De hecho, ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R., *El policía infiltrado. Los presupuestos jurídicos en el proceso penal español*, cit., p. 316 pone de manifiesto que la criminalidad organizada supone "la corruptibilidad del aparato estatal y afecta de manera negativa a la paz social".

34 GASCÓN INCHAUSTI, F., *Infiltración policial y agente encubierto*, cit., p. 87.

35 GASCÓN INCHAUSTI, F., *Infiltración policial y agente encubierto*, cit., pp. 249 y ss. V., también, la S TS de 16 de febrero de 2006 (RJ 1068): "Alega la parte recurrente que la actuación de los agentes encubiertos, 'si se realiza sin la debida autorización judicial, supone una flagrante vulneración de las normas procesales contenidas en los artículos 545 y siguientes, así como del derecho que todo acusado tiene a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable'; y que, al propio tiempo, supone 'una vulneración de los principios constitucionales contenidos en el art. 10 de la Constitución española y de los derechos fundamentales a la inviolabilidad del domicilio y del secreto de las comunicaciones consagrados en el art. 18 apartados 2 y 3 CE'; afirmando, finalmente, que 'en la investigación que ha dado origen a esta causa han participado como agentes encubiertos los testigos protegidos NUM000 y NUM001, los cuales, sin la autorización judicial establecida en el art. 282 bis LECrim, han procedido a obtener pruebas directamente de algunos de los acusados en este procedimiento, así como a transportar los objetos del delito, todo lo cual está afectado por una prohibición de valoración en los términos del art. 11.1 LOPJ'".

seis meses, prorrogables por periodos de igual duración. Ello nos permite inferir que dicha duración es aplicable a la infiltración³⁶. Dada la falta de previsión de un número máximo de prórrogas, la duración de la medida y sus sucesivas prórrogas deberá modularse en atención al principio de proporcionalidad.

Al respecto, es importante matizar que la identidad supuesta puede mantenerse durante la celebración del juicio oral y, en caso de recurso, hasta que la sentencia adquiera firmeza. Este mantenimiento se producirá cuando exista un motivo razonable para pensar que la revelación de la identidad una vez concluida la investigación podría poner en peligro la vida, la integridad o la libertad del agente encubierto o por entender que podrá seguir utilizando dicha identidad en otras actuaciones.

El adecuado desarrollo de la medida exige del control de la misma por parte de la autoridad que la autorizó. Este control no solo debe producirse al inicio de la actividad de infiltración, autorizándola o permitiendo su prórroga, sino que debe extenderse al desarrollo de la medida hasta su conclusión, debiendo el agente informar del curso de su investigación y sus progresos, así como para autorizar actuaciones complementarias que requieran autorización. El art. 341.3 establece que la información que se va obteniendo por el agente debe ponerse en conocimiento del Fiscal y de sus superiores a la mayor brevedad posible. Aunque no lo diga expresamente la norma, es posible que esta información pueda ser facilitada por terceras personas, es decir de forma indirecta, cuando de no hacerlo así se pusiera en peligro la investigación o la vida e integridad del agente encubierto³⁷. Si bien lo ideal sería que esta información se facilitara por escrito a través de un informe lo cierto es que tal exigencia podría, en no pocas ocasiones, poner en peligro la vida del agente³⁸.

Este control será fundamental para legitimar los hallazgos casuales con que se pueda encontrar el agente encubierto, quedando cubierta su actuación

36 Advierte precisamente GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, "Límites y garantías de la investigación con agentes encubiertos", en *Diario La Ley*, N.º 6142, de 7 de diciembre de 2004, p. 8, que dicho plazo de 6 meses que regula el ordenamiento español respecto a la identidad supuesta no puede confundirse con el plazo total de duración de la operación.

Oportuno es indicar en este momento que la recién aprobada reforma de la Lecrim por Ley 41/2005, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales (BOE N.º 239, de 6 de octubre) establece la fase de investigación tendrá una duración de entre 6 o 18 meses, según se considere que estamos ante una investigación sencilla o complejas, debiendo justificarse los casos en que dicha duración será mayor, obteniendo así de manera motivada las correspondientes prórrogas. Ahora bien, actuando en el ámbito de la criminalidad organizada nos cuestionamos si hasta los 18 meses de duración serán suficientes dada la complejidad que presentan la mayoría de estas operaciones.

37 ANGULO ARANA, P., *La investigación del delito en el nuevo Código Procesal Penal*, cit., epígrafe 3.2.6.4.

38 GASCÓN INCHAUSTI, F., *Infiltración policial y agente encubierto*, cit., p. 228.

siempre que dichos delitos formen parte de los delitos para los que legalmente dicha medida está prevista³⁹. Clarificadora es al respecto la S TS de de 8 de enero de 2009, N.º 5/2009 (RJ 3298):

“La jurisprudencia hace tiempo que tiene resuelta la cuestión. Como señala la STS de 28-4-1995 (RJ 1995, 2878), nº 578/1995, “no cabe comparar el caso con el de la autorización para intervenir las comunicaciones telefónicas a efectos de aplicarle las condiciones extrapoladas de la jurisprudencia de esta Sala para casos de escuchas y grabaciones telefónicas. Pero es más, una vez que la Policía entró en el piso legalmente, aunque admitiéramos la tesis rigorista de que no podía investigar otra presunta actividad delictiva que la que figuraba en el mandamiento, ello no quiere decir que tuviera que vendarse los ojos para no percibir el posible cuerpo o efecto de otro delito que allí se le pusiera de manifiesto, así cuando buscando los agentes se encontraron ante un delito flagrante, como hubieran podido hallar a sensu contrario armas u objetos robados habiendo entrado con un mandamiento para investigar tenencia de droga. No se puede exigir a la Policía que suspenda la entrada cuando se da esta circunstancia para solicitar un nuevo mandamiento, que automáticamente le sería concedido, exponiéndose a la fuga del responsable o a la destrucción o desaparición del cuerpo del delito o de sus pruebas objetivas”.

La STS de 22-11-2001 (RJ 2002, 3641), nº 2228/2001 declara que es evidente que el principio de proporcionalidad se respeta en cuanto que las pruebas encontradas se refieren a un delito grave que justificaría autónomamente la concesión de una autorización habilitante para invadir el domicilio de la persona o personas sospechosas.

La STS de 3-7-2003 (RJ 2003, 5905), nº 981/2003, reiterando el criterio de la de 7-6-97 (RJ 1997, 4875) señaló que si en la práctica del registro aparecen objetos constitutivos de un cuerpo de posible delito distinto a aquel para cuya investigación se extendió el mandamiento habilitante, tal descubrimiento se instala en la nota de flagrancia por lo que producida tal situación la inmediata recogida de las mismas no es sino consecuencia de la norma general contenida en el art. 286 de la Ley Procesal (LEG 1882, 16).

En igual sentido, la STS 1149/1997, de 26 de septiembre (RJ 1997, 6696) que, referida a un encuentro casual de efectos constitutivos de un delito distinto del que fue objeto de la injerencia, admite su validez siempre que se observen los requisitos de proporcionalidad y que la autorización y práctica se ajusten a los requisitos y exigencias legales y constitucionales.

Otras sentencias de esta Sala asumen el criterio que ahora se reproduce. Así, la STS de 18-2-1994 (RJ 1994, 2314) afirma que: “si las pruebas casualmente halladas hubieran podido ser obtenidas mediante el procedimiento en el que se encontró, nada impide que tales pruebas puedan ser valoradas”; y la STS 465/1998, de 30 de marzo (RJ 1998, 2956), indica que: “se ha impuesto en la doctrina de esta Sala una posición favorable a la

39 GASCÓN INCHAUSTI, F., *Infiltración policial y agente encubierto*, cit., p. 221.

licitud de la investigación de aquellas otras conductas delictivas que nacen de los hallazgos acaecidos en un registro judicialmente autorizado”.

Por su parte, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se recoge un idéntico tratamiento con relación al hallazgo casual. Así, la STC 41/1998, de 24 de febrero (RTC 1998, 41), afirma que: “...el que se estén investigando unos hechos delictivos no impide la persecución de cualesquiera otros distintos que sean descubiertos por casualidad al investigar aquellas, pues los funcionarios de policía tienen el deber de poner en conocimiento de la autoridad penal competente los delitos de que tuviera conocimiento, practicando incluso las diligencias de prevención...”.

3. Es evidente que el principio de proporcionalidad se respeta en el caso presente en cuanto que las pruebas encontradas se refieren a un delito grave (tenencia ilícita de armas) que justificaría autónomamente la concesión de una autorización habilitante para invadir el domicilio de la persona o personas sospechosas, aunque esté castigado con pena sensiblemente inferior a la del delito contra la salud pública de sustancia que causa grave daño a la salud y cantidad de notoria importancia. Por otro lado, no podemos olvidar que existe una resolución judicial que autoriza la entrada, con lo que se cubren los presupuestos constitucionales inexcusables para legitimar una intromisión en el domicilio ajeno y también se observa, que se han cumplido las previsiones legales en su práctica, habiendo asistido además a la diligencia el Secretario Judicial con lo que quedan salvadas las previsiones de la ley procesal, en cuanto a los requisitos formales necesarios para su validez, habiéndose dado cuenta prontamente al Juez Instructor de lo hallado, poniendo a su disposición todo lo aprehendido”.

Esta información podrá utilizarse en otros procesos “en la medida en que se desprenda de su utilización conocimientos necesarios para el esclarecimiento de un delito” (art. 341.3 CPP peruano). La Ley ... en su artículo 20 permite precisamente la utilización de las pruebas obtenidas en el marco de esta legislación en otros procesos (Prueba trasladada), afirmando que “En los casos de delitos cometidos a través de una organización criminal, las pruebas admitidas y actuadas a nivel judicial pueden ser utilizadas o valoradas en otro proceso penal, siempre que su actuación sea de imposible consecución o de difícil reproducción debido al riesgo de pérdida de la fuente de prueba o de amenaza para un órgano de prueba”.

El agente encubierto no responde criminalmente por los hechos delictivos que son consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, pero siempre que no impliquen una provocación al delito, sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación y guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la investigación (art. 341.6 CPP peruano y art. 282bis.5 Lecrim)⁴⁰. Es más, debemos asumir que el agente encubierto va a delinquir

40 No vamos a analizar en estas páginas si dicha exoneración de responsabilidad es una causa de justificación general o especial. V., respecto a estas cuestiones, GASCÓN INCHAUSTI, F., *In-*

para garantizar el éxito de su misión, pues posiblemente sea una condición necesaria para ganarse la confianza del grupo.

De la lectura de los epígrafes referidos, por tanto, un límite a la actuación del agente infiltrado, y a la que dedicamos un epígrafe específico, es que provoque él mismo la comisión del delito, adaptándose así a la jurisprudencia existente sobre el delito provocado⁴¹; que no cabe ni en esta ni en otras formas de investigación.

Finalmente, la medida cesará, aunque ni la legislación peruana ni la española contienen previsión al respecto, cuando termine el operativo policial considerándose el Juez o el Fiscal suficientemente ilustrado (con independencia de la necesidad de prolongar en el tiempo la identidad supuesta del agente), una vez finalizado el plazo inicialmente previsto sin que se haya procedido a su prórroga, cuando no se diera cuenta al juez o al fiscal del avance de las investigaciones, si la medida no lograra los resultados inicialmente previstos y se previera que no es la vía adecuada para alcanzar resultado alguno e, incluso, ante el posible peligro para el agente encubierto⁴².

4.5. El agente encubierto en el juicio oral

El agente encubierto en el juicio oral tiene la condición de testigo, si bien en la gran mayoría de ocasiones le serán aplicables al prestar dicha declaración las medidas previstas en las respectivas legislaciones para la protección de testigos y peritos. La eficacia probatoria de su declaración está condicionada a su incorporación al juicio oral. Se plantean así importantes dudas respecto a la posibilidad de que los conocimientos de dicho agente puedan ser incorporadas por la vía de un testimonio de referencia (art. 158. 2 CPP peruano “En los supuestos de testigos de referencia, declaración de arrepentidos o colaboradores y situaciones análogas, solo con otras pruebas que corroboren sus testimonios se podrá imponer al imputado una medida coercitiva o dictar en su contra sentencia condenatoria” y art. 710 Lecrim⁴³) o través, en su caso,

filtración policial y agente encubierto, cit., pp. 276 y ss; ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R., *El policía infiltrado. Los presupuestos jurídicos en el proceso penal español*, cit., pp. 396 y ss; MUÑOZ SÁNCHEZ, J., *El agente provocador*, cit., pp. 109 y ss. Sobre los requisitos que dicha exoneración exige, v., LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., “El agente encubierto”, en *La Ley* 1992-2, pp. 1 y ss; RIFÁ SOLER, J.M., “Agente encubierto o infiltrado en la nueva regulación de la Lecrim”, en *Revista del Poder Judicial*, 1999, (55), pp. 166, 171 y ss.

41 V., por ejemplo, las SS TS de 23 de enero de 2003; 15 de noviembre de 2007; 6 de febrero de 2009 o 1 de julio de 2010.

42 GASCÓN INCHAUSTI, F., *Infiltración policial y agente encubierto*, cit., p. 223; ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R., *El policía infiltrado. Los presupuestos jurídicos en el proceso penal español*, cit., pp. 363 y ss.

43 Así, al S TS de 13 de mayo de 2014 (RJ 2961): “En el caso, consideramos la imposibilidad del testimonio referencial para acreditar un hecho irregularmente realizado. En la Sentencia 226/2014, de 19 de marzo (RJ 2014, 2126), con cita de la STS 144/2014 (RJ 2014, 2000),

de la lectura de las actuaciones de investigación documentadas (art. 730, Lecrim, lectura de actuaciones sumariales); posibilidades que de admitirse deben considerarse excepcionales.

La declaración que pueda prestar el agente encubierto se valora conforme a las reglas de la sana crítica por el tribunal, no habiéndosele otorgado mayor o particular valor probatorio, de forma que —como cualquier declaración testifical— requerirá de la corroboración por otras pruebas practicadas en juicio oral⁴⁴. El TS español en su sentencia de 1 de marzo de 2014 (RJ 2499) tiene declarado: “La Sala de instancia concede credibilidad a este testimonio y ya hemos dicho -por todas STS. 545/2010 de 15.6 - que las declaraciones testificales en el plenario de los agentes policiales sobre hechos de conocimiento propio al estar prestadas con las garantías procesales propias del acto, constituyen prueba de cargo apta y suficiente para enervar la presunción de inocencia (STS. 284/96 de 2.4). En este sentido el art. 717 LECrim. dispone que las declaraciones de las autoridades y funcionarios de la Policía judicial tendrán el valor de declaraciones testificales, apreciables como estas, según las reglas del criterio racional.

La sentencia Tribunal Supremo 2.12.98 y 10.10.2005, recuerdan que la declaración de los agentes de policía prestadas con las garantías propias de la contradicción, inmediación y publicidad, es prueba hábil y suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, correspondiendo su valoración, en contraste con las demás pruebas, al Tribunal de instancia, por cuanto la relevancia del juicio oral reside en la posibilidad que tiene el Juez de percibir directamente las pruebas que se desarrollan, que en el caso de las pruebas personales y en particular, la testifical, adquiere una mayor importancia, al

analizamos el valor probatorio del testimonio referencial. Allí dijimos que aun reconociendo capacidad de prueba al testimonio referencial, esta prueba viene limitada por la imposibilidad de suplir un testimonio directo cuando este es posible. Los testimonios de referencia, admitidos en el art. 710 LECrim., tienen así una limitada eficacia demostrativa respecto al hecho delictivo en sí, pues pasar directamente de lo declarado por el testigo de oídas a tener por probado sin más lo afirmado por aquel a quien se oyó equivaldría a atribuir a aquel todo crédito probatorio privilegiando una narración extraprocesal sustraída a la inmediación y a la contradicción. Por tal motivo se dice que el valor del testimonio de referencia es el de prueba «complementaria», que refuerza lo acreditado por otros elementos probatorios directos o bien el de prueba «subsidiaria», a considerar solamente cuando es imposible acudir al testigo directo por desconocerse su identidad, haber fallecido o cualquier otra circunstancia análoga que haga imposible su declaración testifical (STS N.º 129/2009 (RJ 2009, 446)). Incluso en este caso resulta evidente la debilidad demostrativa del testigo de referencia para sustentar por sí solo un pronunciamiento de condena, por la misma naturaleza indirecta o mediata de la fuente de su conocimiento respecto al hecho delictivo, y siempre condicionada en cuanto su credibilidad a la que hubiera de merecer el testigo directo que no puede ser interrogado y oído a presencia del tribunal. Esa imposibilidad de acudir al testigo directo ha de ser además material”.

- 44 Se destacan estas cuestiones por RIFÁ SOLER, J.M., “Agente encubierto o infiltrado en la nueva regulación de la Lecrim”, *Revista del Poder Judicial*, 1999, (55), pp. 183 y ss. V., también, PÉREZ ARROYO, M., *Derecho penal y Derecho procesal penal contemporáneo*, Ed. Instituto peruano de criminología y ciencias penales, cit. pp. 234 y ss.

poder discernir las condiciones del testigo, el origen de su conocimiento, su capacidad de comprensión de la realidad, etc. lo que, en definitiva, se resume en la fuerza de convicción de sus testimonios”.

5. LOS LÍMITES DE ACTUACIÓN DEL AGENTE ENCUBIERTO: LA PROVOCACIÓN DEL DELITO Y EL AGENTE PROVOCADOR

Un límite comúnmente aceptado en la actuación del agente encubierto, como hemos indicado, es la provocación del delito. Dicho de otra forma, el agente encubierto, en el desarrollo de sus funciones investigativas, debe respetar la legalidad vigente y actuar dentro de los límites previstos en la disposición habilitante de la infiltración, lo que supone que para averiguar los hechos delictivos lo que no puede es “provocar” el mismo la comisión del delito. De lo dicho, se hace necesario establecer la distinción entre el agente encubierto y el agente provocador, así como la propia provocación al delito.

La jurisprudencia española se ha esforzado en marcar estas diferencias, límites de actuación del agente encubierto, al punto que la figura del agente provocador es en España de creación jurisprudencial⁴⁵. Por el interés que la misma presenta en este punto vamos a basarnos en dicha jurisprudencia, fundamentalmente del Tribunal Supremo, que es trasladable claramente en sus consideraciones al ordenamiento peruano⁴⁶.

En este país la preocupación por esta problemática se pone de manifiesto de forma contundente por Pérez Arroyo quien afirma que: “... llamaba la atención las numerosas denuncias que respecto a la provocación de las pruebas se hacía eco en las páginas policiales”⁴⁷.

El Tribunal Supremo español se ha visto “obligado” a distinguir la provocación del delito, que considera indefendible en un Estado Social y Democrático de Derecho⁴⁸, del calificado como agente provocador, que se admite dentro

45 V., al respecto con detalle, ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R., *El policía infiltrado. Los presupuestos jurídicos en el proceso penal español*, cit., pp. 100 y ss; MUÑOZ SÁNCHEZ, J., *El agente provocador*, cit., pp. 31 y ss; DELGADO GARCÍA, D., *El agente encubierto: Técnica de investigación. Problema y legislación comparada*, en GUTIÉRREZ – ALVIZ y CONRADI, F., (dir.), “La criminalidad organizada ante la Justicia”, Publicaciones de la Universidad de Sevilla 1996, pp. 75 y ss; RIFÁ SOLER, J.M., “Agente encubierto o infiltrado en la nueva regulación de la Le-crim”, en *Revista del Poder Judicial*, 1999, (55), pp. 167 y ss; MONTÓN REDONDO, M.L., “Agente provocador y agente encubierto: Ordenemos conceptos”, en *La Ley-Actualidad*, N.º 4826, 1999, pp. 1 y ss.

46 PÉREZ ARROYO, M., *Derecho penal y Derecho procesal penal contemporáneo*, Ed. Instituto peruano de criminología y ciencias penales, cit. pp. 228 y ss, en que se cita la jurisprudencia peruana al respecto.

47 PÉREZ ARROYO, M., *Derecho penal y derecho procesal penal contemporáneo*, Ed. Instituto peruano de criminología y ciencias penales, cit., p. 215.

48 V., también, GASCÓN INCHAUSTI, F., *Infiltración policial y agente encubierto*, cit., p. 31.

de unos límites⁴⁹. Así, el agente provocador, que no necesariamente debe ser —aunque suele serlo— miembro de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, desarrolla una conducta que, sin conculcar la legalidad, permite el descubrimiento de delitos ya cometidos o que se están cometiendo⁵⁰. Es decir, el agente provocador, correctamente entendido, no busca la comisión del delito, sino los medios, formas o canales por los que el delito se produce, es decir, persigue la obtención de pruebas relacionadas con una actividad criminal. En ningún caso —pese a lo que se pueda deducir de su denominación— provoca la comisión del delito, sino la prueba de la realización del hecho delictivo.

Fernández Aparici señala que el delito provocado se estructura en los siguientes elementos: 1) Elemento objetivo: Iniciativa del agente provocador efectuada sobre el provocado; 2) Elementos subjetivo: La provocación tiene como finalidad perseguir al sujeto provocado; 3) El agente provocador pone “las medidas precautorias adecuadas para evitar que se pueda alcanzar el resultado desaprobado”⁵¹.

A modo de ejemplo se puede leer la S TS de 13 de mayo de 2014 (RJ 2961)⁵²:

49 V., S TS de 14 de junio de 1993 (RJ 5003): “En reiterada jurisprudencia esta Sala ha puesto de manifiesto que la prueba del delito obtenida mediante la inducción al hecho del autor por parte de agentes encubiertos de la Policía, invalida el proceso en el que los primeros han sido condenados de una manera insanable. Tal punto de vista se basa, como es fácil de comprender, en la total carencia de legitimidad de un proceso celebrado para juzgar un hecho delictivo creado por las propias autoridades que tienen la misión de perseguir y descubrir el delito. La jurisprudencia ha entendido que tales procesos vulneran los principios del debido proceso y son incompatibles con la idea central del Estado de Derecho (art. 1 CE). Ello determina la caducidad de la pretensión de persecución del delito por parte del Estado.

Como señala con razón el Ministerio Fiscal, la nulidad del proceso respecto de la persona inducida por el agente encubierto no excluye en modo alguno la responsabilidad de otros que hubieran podido ser descubiertos como consecuencia del hecho inducido, ni tiene efecto alguno en orden al proceso en el que estos resultaran juzgados.

El punto de vista procesal de la jurisprudencia puede ser completado también desde una perspectiva jurídico penal material. En efecto, la doctrina ha sostenido —aunque con excepciones— la no punibilidad del llamado agente provocador apoyándose para ello en que este obra sin el «doble» dolo que la inducción (art. 14.2. CP) requiere. En efecto, en la inducción al delito se requiere que el inductor haya tenido no solamente el dolo de crear el propósito delictivo en otro, sino de que este alcance también la consumación (en algunos casos se propone exigir el dolo de que el inducido alcance el agotamiento del delito). De aquí se puede deducir que el inducido también debe quedar impune pues, en la medida en la que ha estado constantemente bajo el control y dominio del inductor, no ha llevado a cabo, en realidad, una auténtica acción típica, dado que en las condiciones concretas de ejecución bajo control, el hecho no resultó en modo alguno peligroso para el bien jurídico”.

50 GASCÓN INCHAUSTI, F., *Infiltración policial y agente encubierto*, cit., pp. 29 y ss; RUIZ ANTÓN, *El agente provocador en el Derecho Penal*, Edersa, Madrid, 1982, pp. 39 y ss.

51 FERNÁNDEZ APARICIO, J.M., “El delito provocado y el agente encubierto”, en *Actualidad Penal* 2002-3, p. 1184.

52 En sentido idéntico, v., entre otras, SS TS de 28 de junio de 2003 (RJ 8067); de 1 de marzo de 2014 (RJ 2499); de 6 de noviembre de 2013 (RJ 7467); de 10 de mayo de 2013 (RJ 8073); de 10 de diciembre de 2012 (JUR 402355); de 7 de mayo de 2012 (RJ 6172); de 29 de diciembre

“La STS 573/2013, 18 de junio (RJ 2013, 7273) —con cita de la STS 848/2003, 13 de junio (RJ 2003, 5669)—, precisa que “[...] el delito provocado aparece cuando la voluntad de delinquir surge en el sujeto, no por su propia y libre decisión, sino como consecuencia de la actividad de otra persona, generalmente un agente o un colaborador de los Cuerpos o Fuerzas de Seguridad, que, guiado por la intención de detener a los sospechosos o de facilitar su detención, provoca a través de su actuación engañosa la ejecución de una conducta delictiva que no había sido planeada ni decidida por aquel, y que de otra forma no hubiera realizado, adoptando al tiempo las medidas de precaución necesarias para evitar la efectiva lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido. Tal forma de proceder lesiona los principios inspiradores del Estado Democrático y de Derecho, afecta negativamente a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de su personalidad, fundamento del orden político y de la paz social según el artículo 10 de la Constitución (RCL 1978, 2836) , y desconoce el principio de legalidad y la interdicción de la arbitrariedad de los Poderes Públicos, contenidos en el artículo 9.3 de la misma, sin que resulte admisible que en un Estado de Derecho las autoridades se dediquen a provocar actuaciones delictivas (STS N.º 1344/1994, de 21 junio (RJ 1994, 5215)). Hemos dicho en la STS N.º 1992/1993, 15 de septiembre (RJ 1993, 7144), que «para la existencia del delito provocado es exigible que la provocación —en realidad, una forma de instigación o inducción— parta del agente provocador, de tal modo que se incite a cometer un delito a quien no tenía previamente tal propósito, surgiendo así en el agente todo el «iter criminis», desde la fase de ideación o deliberación a la de ejecución, como consecuencia de la iniciativa y comportamiento del provocador, que es por ello la verdadera causa de toda la actividad criminal, que nace viciada, pues no podrá llegar nunca a perfeccionarse, por la ya prevista «ab initio» intervención policial. Esta clase de delito provocado, tanto desde el punto de vista de la técnica penal —por el carácter imposible de su producción— como desde el más fundamental principio constitucional de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE (RCL 1978, 2836)) y hasta desde el de la lícita obtención de la prueba (art. 11.1 LOPJ) debe considerarse como penalmente irrelevante, procesalmente inexistente y, por todo ello, impune»

En el mismo sentido la STS 427/2013 de 10 de mayo (RJ 2013, 8073), recordamos que la existencia del delito provocado supone que este agente policial induce a otra persona a delinquir, de suerte que sin esa inducción tal persona no habría cometido el delito. En síntesis, el agente provocador quien injerta el dolo de delinquir en la otra persona, por lo que el delito cometido por este, sería delito provocado.

de 2011 (RJ 135); de 27 de diciembre de 2010 (RJ 170); de 6 de febrero de 2009 (RJ 3056); de 25 de septiembre de 2008 (RJ 5603); de 15 de noviembre de 2007 (RJ 258); de 3 de octubre de 2007 (RJ 7297); de 22 de septiembre de 2006 (RJ 6459); 16 de febrero de 2006 (RJ 1068); de 5 de octubre de 2004 (RJ 6548); de 12 de diciembre de 2001 (RJ 951); de 23 de enero de 2001 (RJ 185); de 14 de julio de 2000 (RJ 6910); de 3 de febrero de 1998 (RJ 409); de 20 de noviembre de 1998 (RJ 9676); de 14 de febrero de 1995 (RJ 818); de 14 de junio de 1993 (RJ 5003); de 12 de diciembre de 1992 (RJ 10176) de 10 de julio de 1992 (RJ 6380).

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 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.

Como se afirma en la STS 571/2008 (RJ 2008, 8073), el delito provocado es una rechazable e inadmisibles actividad policial que traspasa los límites de la legalidad.

Ciertamente, en teoría es clara la diferenciación entre el delito provocado instigado por la policía, y aquella otra actividad policial tendente a acreditar el delito ya decidido de forma autónoma y libre por la persona concernida reduciéndose la actividad del agente policial a comprobar tal delito.

En la práctica pueden darse situaciones ambiguas, a resolver en cada caso con el estudio de las circunstancias concretas.

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 (RJ 2002, 8419); 848/2003 (RJ 2003, 5669); 1110/2004; 1154/2006; 975/2007, 571/2008 (RJ 2008, 5603) o 313/2011 (RJ 2011, 3346)—.

Lo dicho debe completarse con la S TS de 28 de junio de 2003 (RJ 8067)⁵³:

“Pero, no existe delito provocado, como dice la Sentencia 1114/2002, 12 de junio, 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 provocador, 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 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

53 V., también, la S TS de 8 de enero de 2008 (RJ 2009/3298); de 22 de mayo de 2000 (RJ 5469); 20 de octubre de 1997 (RJ 7244), junto con las citadas en la nota anterior.

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. En estos casos, la actuación policial no supone una auténtica provocación, pues la decisión del sujeto activo siempre es libre y anterior a la intervención puntual del agente encubierto, aunque este, siempre por iniciativa del autor de la infracción criminal, llegue a ejecutar labores de adquisición o transporte de los efectos del delito (art. 282 bis de la LECrim), u otras tareas de auxilio o colaboración similares, simulando así una disposición a delinquir que permite una más efectiva intervención policial.

En la STS N.º 1992/1993, de 15 septiembre, antes citada, hemos señalado, en este sentido, que 'otra cosa es el supuesto en el que el autor ha resuelto cometer el delito y es él quien espera o busca terceros para su co-ejecución o agotamiento, ofreciéndose en tal caso a ello los agentes de la autoridad, infiltrados en el medio como personas normales y hasta simulando ser delinquentes, como técnica hábil para descubrir a quienes están delinquirando o se proponen hacerlo, en cuyo supuesto está la policía ejerciendo la función que le otorga el art. 282 LECrim. En tal caso el delito arranca de una ideación criminal que nace libremente en la inteligencia y voluntad del autor y se desarrolla conforme a aquella ideación hasta que la intervención policial se cruza, con lo que todos los actos previos a esa intervención policial son válidos para surtir los efectos penales que le son propios, según el grado de desarrollo delictivo alcanzado y solo a partir de la actuación simulada de los agentes los actos realizados serán irrelevantes por la imposibilidad de producción de sus efectos. En otras palabras, la provocación policial que actúa sobre un delito ya iniciado solo influirá en el grado de perfección del mismo, en función del momento del "iter criminis" en que aquella intervención se produjo, bien limitándose a su descubrimiento y constatación en la fase postconsumativa o de agotamiento, bien originando su frustración o tentativa si la intervención policial se produce antes de que el delito se haya consumado'''.

Dos notas características del agente provocador, que además lo diferencian del agente encubierto son: Que objeto de su investigación es un hecho delictivo aislado, sus autores concretos y circunstancias de su comisión, no la actividad criminal de una organización en general; su investigación no tiene prolongación en el tiempo y queda reducida a un momento puntual esporádico, no integrándose, por tanto, en el seno de la organización.

La utilización de la figura del agente provocador, por tanto, será legítima siempre que se haya iniciado ya la preparación del delito y el agente actúe para poner al descubierto los cauces y los medios a través de los que actúa la organización⁵⁴.

54 ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R., *El policía infiltrado. Los presupuestos jurídicos en el proceso penal español*, cit., p. 105; ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R., *El agente*

6. BREVE REFERENCIA AL AGENTE ENCUBIERTO EN OTROS ORDENAMIENTOS

Son muchos los ordenamientos que regulan esta figura conscientes de su utilidad y efectividad en la lucha contra cierta delincuencia, la criminalidad organizada en un sentido amplio.

Centrándonos en el ámbito europeo, la diferencia entre los Estados se centra en el hecho de si se contempla o no al agente encubierto expresamente en la propia legislación (Alemania o Dinamarca) o, si por el contrario, no estando contemplada se puede deducir de otras normas, principalmente legislación especial prevista para luchar contra determinado tipo de criminalidad (Italia, Francia o Portugal) o ha sido la jurisprudencia la que ha legitimado su actuación (Suiza, Austria, Inglaterra...) ⁵⁵.

6.1. Alemania

La infiltración policia se regula en los §§ 110^a a 110e de la Ley Procesal Penal (StPO) introducidos por la Ley contra el crimen organizado de 15 de julio de 1992 (OrgKG) a través de la figura del *verdeckter Ermittler*. La influencia de esta regulación en el art. 282-bis Lecrim se destaca como evidente por Gascón Inchausti ⁵⁶.

En Alemania el agente encubierto es también un funcionario de la Policía al que se le otorga una identidad supuesta durante un periodo de tiempo prolongado, prolongándose —en su caso— terminadas las actuaciones. El agente encubierto únicamente puede actuar en la investigación de delitos graves previstos en el § 110^a (1) StPO, por ejemplo, relacionados con el tráfico de drogas o armas, falsificación de moneda, etc, así como para la investigación de delitos cometidos en el ámbito de la criminalidad organizada o ante indicios suficientes de reiteración delictiva. Y ello, siempre que no puedan alcanzarse resultados por otra vía de investigación.

La infiltración se acuerda, como regla general, previa autorización de la Fiscalía; si bien podrá decidirse por la Policía en situaciones de urgencia,

encubierto en el ordenamiento español, Portal Iberoamericano de Ciencias Penales, Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, Universidad de Castilla-La Mancha, p. 5 lo define como "aquel sujeto que incita a la realización de un determinado hecho o crea las circunstancias fácticas que impulsan a otro a ejecutarlo". V., en sentido similar, RUIZ ANTÓN, L.F., *El agente encubierto*, cit., p. 6; PÉREZ ARROYO, M., *Derecho penal y Derecho procesal penal contemporáneo*, Ed. Instituto peruano de criminología y ciencias penales, cit. pp. 298 y ss, relacionándolo directamente con la prueba prohibida.

55 GASCÓN INCHAUSTI, F., *Infiltración policial y "agente encubierto"*, Comares, Granada 2001, pp. 38 y ss; DELGADO GARCÍA, D., *El agente encubierto: Técnica de investigación. Problema y legislación comparada*, en GUTIÉRREZ – ALVIZ y CONRADI, F., (dir.), "La criminalidad organizada ante la Justicia", Publicaciones de la Universidad de Sevilla 1996, pp. 72 y ss.

56 GASCÓN INCHAUSTI, F., *Infiltración policial y "agente encubierto"*, cit., p. 40.

siendo convalidada la decisión por la Fiscalía inmediatamente a posteriori (concretamente, si transcurrido un plazo de tres días no es confirmada, debe ponerse fin a la misma). Si la infiltración va a afectar a un sujeto imputado concreto o se prevé que el agente deba penetrar en un domicilio, requiere —por la afección a derechos fundamentales— de autorización judicial⁵⁷.

En la resolución que se autoriza se fijará el plazo durante el que se llevará a cabo la actuación policial, siendo posible su prórroga. Se recalca expresamente que el agente encubierto debe actuar siempre dentro de los márgenes legales, permitiéndosele expresamente la entrada en domicilios privados con el consentimiento del titular.

En el juicio oral el agente declarará como testigo y podrá llevar al proceso el resultado de sus investigaciones. El § 110e StPO permite, incluso, utilizar los resultados de la infiltración en un proceso diferente, si este tiene por objeto alguno de los delitos en que es posible la utilización de esta técnica de investigación.

Si bien no podemos entrar a analizarlo, queremos destacar que en este país la legislación de los distintos estados federados permite la utilización de la infiltración con finalidad preventiva del delito⁵⁸.

6.2. Italia

En Italia, ejemplo de país en que la infiltración no se regula en el Código Procesal Penal pero sí se permite o prevé en normas especiales, la primera referencia se encuentra en el Decreto N.º 309 de 9 de octubre de 1990, para la lucha contra el tráfico de estupefacientes (art. 97), en que se prevé la no punibilidad de los agentes de las unidades antidroga especializadas que procedan a la adquisición de sustancias de este tipo (*acquisto simulato*) y su obligación de poner en conocimiento inmediato de la operación a la autoridad judicial. Este agente es en el juicio oral testigo, salvo en los supuestos en que se detecte que ha habido un abuso o exceso en sus funciones⁵⁹.

57 STS de 13 de mayo de 2014 (RJ 2961): “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 la Constitución y la ley y cumplir con las demás previsiones legales aplicables”. Añade, por último, que esas actuaciones no pueden constituir una provocación al delito”.

58 GASCÓN INCHAUSTI, F., *Infiltración policial y “agente encubierto”*, cit, pp. 43 y ss.

59 En este caso nos encontramos ante una figura muy próxima al agente provocador. De hecho la primera jurisprudencia italiana consideraba al sujeto un co-imputado (art. 197.1 CPC), siendo la evolución posterior de los tribunales —para legitimar su actuación— los que han cambiado su calificación a la de testigo.

Obviamente, el segundo ámbito en que encontramos regulación de la infiltración es el de las actividades mafiosas o criminalidad mafiosa (Decreto-Ley N.º 306, de 8 de junio de 1992), permitiendo la conducta de los agentes especializados para la obtención de pruebas relacionadas con esta criminalidad (sustitución de dinero o bienes, armas, etc.). Por último, se prevé su intervención en la investigación de la pornografía infantil y prostitución infantil (Ley N.º 269, de 3 de agosto de 1998), permitiéndoseles —previa autorización judicial— la adquisición de material pornográfico, la realización de actuaciones de intermediación en la divulgación, infiltración en la red delictiva, etc.

6.3. Colombia

El art. 242 del Código Procesal Penal Colombiano permite la utilización y actuación de agentes encubiertos, ante la existencia de motivos razonablemente fundados para inferir que “el indiciado o el imputado en la investigación que se adelanta, continúa desarrollando una actividad criminal”. Si bien la decisión corresponde al Fiscal, este requiere la autorización previa del Director Nacional o Seccional de Fiscalías y la decisión debe ser avalada por el órgano judicial.

También la posibilidad de acudir a esta figura es excepcional o subsidiarias, pues se exige que “resulte indispensable para el éxito de las tareas investigativas”.

El infiltrado puede ser tanto un funcionario de la policía judicial como un particular.

En ejercicio de sus funciones, el agente encubierto está facultado para 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. Añadiendo que “si el agente encubierto encuentra que en los lugares donde ha actuado existe información útil para los fines de la investigación, lo hará saber al fiscal para que este disponga el desarrollo de una operación especial, por parte de la policía judicial, con miras a que se recoja la información y los elementos materiales probatorios y evidencia física hallados”.

El límite temporal se establece en este ordenamiento en un año, prorrogable según las necesidades de la investigación.

MEDIOS EXTRAORDINARIOS DE INVESTIGACIÓN CONTRA LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA

Rocío Zafra Espinosa de los Monteros

Profesora de Derecho Procesal.
Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO: 1. Introducción. 2. ¿Por qué son extraordinarios estos medios? 3. ¿Qué es una organización criminal? 4. ¿Cuál puede ser la actuación del agente encubierto? 5. ¿Protección del agente encubierto? 6. Conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

El crimen organizado es una de las lacras más difíciles de erradicar de las sociedades modernas. Generan zozobra tanto en la sociedad como en las instituciones. Si bien es cierto, que el fenómeno del crimen organizado no es actual, no lo es menos que las diferentes formas de organización, la especialización así como la profesionalización de los miembros que integran las bandas criminales, hacen más espinoso el trabajo de las autoridades de represión penal.

Es por ello, por lo que ante esta situación extraordinaria que provoca la criminalidad organizada, es necesario la búsqueda y articulación de mecanismos extraordinarios que sean capaces de parar su actuación.

Los medios extraordinarios deben aplicarse solo ante situaciones de especial dificultad ya que pueden alterar las reglas básicas de los postulados de un Estado de Derecho.

Es decir, la aplicación de estos medios extraordinarios por parte del órgano encargado de su adopción requiere un equilibrio en la balanza en la que por un lado se encuentra la necesidad de parar con la criminalidad organizada y por el otro, el respeto de los derechos fundamentales. De esta forma, por más violentas que sean las formas de criminalidad no podemos consentir que se utilicen determinadas formas de perseguir y erradicar a las organizaciones criminales.

Así, por un lado, se deberá observar el principio de proporcionalidad a la hora de que el legislador articule los medios extraordinarios para luchar contra la criminalidad organizada. Y por otro lado, el órgano que debe adoptarlos en el caso concreto, debe respetar y hacer respetar el sistema de derechos humanos de los integrantes de la organización así como observar si las necesidades del caso concreto requieren la adopción de tan especiales medidas. Y solo de esta forma, podremos lograr el equilibrio anhelado.

Entre los medios extraordinarios para hacer frente a la criminalidad organizada, nos encontramos con la figura del agente encubierto. A su estudio dedicaremos las páginas que siguen. Y para conocer estos medios de investigación es necesario que nos hagamos determinadas preguntas: porqué es extraordinario; si luchan contra la criminalidad organizada, qué debe entenderse por ella; cómo actuará el agente; y por último, el agente contará con algún tipo de protección adicional.

2. ¿POR QUÉ SON EXTRAORDINARIOS ESTOS MEDIOS?

Pueden considerarse medios extraordinarios de investigación: la entrega y circulación vigilada de drogas y la infiltración policial (o actuación de agentes encubiertos).

El agente encubierto, es un medios de investigación que se introduce en el ordenamiento judicial español en el año 1999 mediante la Ley Orgánica 5/1999, de 13 de enero de perfeccionamiento de la acción investigadora en el tráfico de drogas y otras actividades ilícitas graves. Con esta ley se incorpora a nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal el artículo 282. bis. que actualmente regula la figura del agente encubierto y que será "perfeccionada" con la entrada en vigor del Proyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica

En el ordenamiento peruano, fue introducido en 2004, por Decreto Ley nº 957 en el que se publica el nuevo Código Procesal Penal peruano. Concretamente, se regula en el artículo 341. Precepto que ha sido modificado mediante Ley N.º 28950, publicada el 16 enero 2007, contra la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes.

La infiltración policial se considera un medio restrictivo de derechos fundamentales. No obstante, va más allá de la propia limitación puntual en la esfera de los mismos. La infiltración supone la presencia continua del poder público en la vida de las personas investigadas con este medio. Es decir, se limita el derecho a la intimidad, se limita el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la inviolabilidad del domicilio, así como el derecho de defensa. A todo ello, hay que sumar que esta injerencia en la esfera íntima de los derechos fundamentales, se hace de forma subrepticia, sin que las per-

sonas investigadas sepan ni que ese están sometiendo a la medida, sin que conozcan la condición de policía de la persona con quien entablan relaciones de confianza, ni conociendo la verdadera identidad.

Por ello, se considera que le engaño-secreto¹ es una de las características principales de la infiltración policial. Sin que ellos mediaran, es imposible utilizar de forma fiable este medio. No sería seguro no para la vida e integridad del agente ni sería suficiente para obtener información relevante para los fines de la investigación. En las infiltraciones policiales se da la existencia de un doble engaño con respecto a la identidad y a la intención con la que se relaciona con la persona del investigado.

El engaño en este tipo de operaciones es necesario para conseguir la confianza de los integrantes de la organización². Es por ello, por lo que algunos autores determinan al agente encubierto como una *mentira viviente* que crea relaciones, penetra en la intimidad, percibe confidencias y presencia escenas a las que en absoluto hubiera tenido acceso de conocerse su verdadera identidad³.

Es este carácter de extraordinario que se le confiere a la infiltración policial, por lo que es necesario que se observen el estricto cumplimiento del principio de proporcionalidad. No basta con que estemos ante la investigación de una organización criminal, sino que es necesario que su aplicación se condiciona a que no exista una medida apta y menos agresiva para la esfera de los derechos fundamentales de las personas investigadas.

Es por ello, por lo que en el contexto de la infiltración policial, en concreto, se hace necesario buscar una solución posible a la disyuntiva ya planteada en cuanto a la posible limitación de los derechos fundamentales en la intervención de los agentes encubiertos, es decir, encontrar la «zona de equilibrio» en la que se mueve el infiltrado, para permitir así, garantizar los principios del Estado de Derecho. Es decir, que permita la represión del crimen organizado sin tener que renunciar a las ansiadas y conseguidas garantías del proceso penal⁴.

1 ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R., *El policía infiltrado. Presupuestos jurídicos procesales de la infiltración policial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

2 DELGADO MARTÍN, *Criminalidad organizada. (Comentarios a la LO 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)*, Bosch, Barcelona, 2001, p. 60.

3 GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y agente encubierto*, Comares, Granada, 2001, p. 102. SEQUEROS SAZATORNIL, "El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico. Evolución normativa, doctrinal y jurisprudencial", en *La Ley*, Madrid, 2000, p. 756. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, "El agente encubierto", en *La Ley*, 1999.

4 GUZMÁN FLUJA, "El agente encubierto y las garantías del proceso penal", en *La prueba en el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia penal*, Thomson, Centro de Estudios Jurídicos, Madrid, pp.199-201.

Consecuencia de la aplicación del principio de proporcionalidad, se debe tener en cuenta el control durante el desarrollo del operativo. De esta forma, igual que al autorizar la actuación de un agente encubierto es necesario prestar atención a que no exista una medida menos gravosa para las personas investigadas, durante el desarrollo del operativo habrá que estar a los resultados que se desprendan para poder comprobar el respeto del sistema de garantías así como el conocimiento del principio de proporcionalidad.

3. ¿QUÉ ES UNA ORGANIZACIÓN CRIMINAL?

Esta es la gran pregunta, qué es una organización criminal. Está claro, que para saber el ámbito objetivo de actuación del agente encubierto, es necesario que características y cuál es el concepto de organización criminal.

Actualmente, nos encontramos con un cambio en el paradigma de organización. Ya que existen dos modos de operar. Por un lado, las estructuras tradicionales, jerarquizadas, con división de roles. Y por otro lado, las organizaciones dispersadas, en células, propias del terrorismo yihadista que nos amenaza a toda la humanidad con su violenta actuación⁵.

Porqué son necesarias estas técnicas extraordinarias fórmulas de investigación para hacer frente a la criminalidad organizada. Porque es necesario que se penetre en el interior de la organización, que se conozca el *modus operandi*, que se pueda lograr la verdadera desarticulación de la organización. En caso contrario, aunque los reales “jefes” sean capturados será innecesario para que la organización desaparezca del panorama delictivo. En este caso, tenemos como ejemplo el cártel de Sinaloa. Su principal líder, “el chapo Guzmán”, fue capturado por las fuerzas de represión Mexicanas y sin embargo, ha conseguido fugarse del centro penitenciario donde estaba recluso. Es un claro ejemplo de la necesidad de la aplicación de las técnicas extraordinarias para poder conocer el verdadero esqueleto de la organización y así poder conseguir su desmantelación completa. Ya que en caso contrario, corremos el riesgo que la banda organizada siga actuando.

Antes de comenzar creemos necesario hacer una importante precisión: Distinguir la criminalidad organizada de la denominada criminalidad de masas. Es decir, la delincuencia organizada de la asociación para delinquir. La mera agrupación de personas no permanente que sin estructura y sin código de conducta, se asocian para la comisión de determinados ilícitos penales. Para la investigación de este tipo de delincuencia sería desproporcionado la intervención de un agente encubierto pues la misma información se podría

5 En este sentido, este modo de proceder plantea serios problemas a la hora de determinar con absoluta certeza la pertenencia de una red a una determinada organización yihadista. JORDÁN, J., “Terrorismo Yihadista en España: origen, objetivos y estructura”, en *Circunstancia*, Año VII, enero 2009.

obtener mediante otros medios de investigación más acorde con la necesidad del caso concreto.

Buscar un concepto de organización criminal resulta harto complicado en tanto en cuanto no existe unanimidad, desde el punto de vista normativo, sobre el concepto de entramado organizativo. Es por ello, por lo que considero que es necesario, para conocer realmente, en qué consiste el fenómeno de la criminalidad organizada, es necesario analizar, cuáles son las características propias de las organizaciones criminales.

3.1. Características básicas de la organización criminal

Teniendo en cuenta el concepto de organización criminal, pasaremos a explicar las notas que definen a estos grupos criminales. Al mismo tiempo que iremos señalando cuáles de esas notas son las que infieren la necesidad de acudir a la técnica de la infiltración policial para su investigación y se correspondan con la estructura, la gravedad de la conducta delictiva o la influencia en el poder público.

La criminalidad organizada se caracteriza por el canal a través del cual comete las infracciones penales puesto que además de los fines ilícitos que persigue, se caracteriza, sobre todo, por los medios empleados, y uno de los más relevantes es, sin duda, la corrupción⁶.

Así para poder determinar la existencia de una organización criminal es imprescindible la concurrencia de determinadas características como: en primer lugar la asociación estructurada de tres o más personas; en segundo lugar, la existencia durante cierto tiempo, de lo que se desprende el ánimo de reiteración en la actividad delictual organizada; en tercer lugar, la gravedad de su actuación; y por último la obtención de un beneficio económico, es decir, la existencia de un ánimo lucrativo⁷. Sin perjuicio de la existencia de otras

6 JIMÉNEZ VILLAREJO., "Transnacionalización de la delincuencia y persecución penal", en *Estudios de Derecho Judicial*, volumen sobre *Crisis del sistema político, criminalización de la vida pública e independencia judicial*, editado por el CGPJ, Madrid, 1997, p. 62

7 Estos puntos característicos también han sido puestos de relieve por HERRERO HERRERO., *Criminología: (Parte general y especial)*, Dykinson, Madrid, 1997, p. 477. Según el autor para la delincuencia organizada será aquella que se realiza a través de un grupo o asociación criminal revestidos de las siguientes características: carácter estructurado, permanente, autorrenovable, jerarquizado, destinados a lucrarse con bienes y servicios ilegales o a efectuar hechos antijurídicos con intención sociopolítica, valedores de la disciplina y la coacción con relación a sus miembros y de toda clase de medios frente a terceros con el fin de alcanzar sus objetivos. Para BLANCO CORDERO; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, el crimen organizado, es aquel cometido por un grupo de delincuentes organizados, que se encuentran además en condiciones de actuar tanto en la vertiente legal como en la ilegal de la actividad política y económica, cuya influencia en estos ámbitos se extiende hasta poderes, incluso, condicionar negativamente sectores enteros de la vida productiva, social e institucional. En "Principales instrumentos internacionales (de Naciones Unidas y la Unión Europea) relativos al crimen organizado: la definición de la participación en una organización criminal y los problemas de aplicación de la ley penal en el

que favorezcan la actuación de la organización criminal y la alarma social que genera su existencia (como por ejemplo la división de trabajo y función en la organización; la fungibilidad de los integrantes situados en escalas inferiores del entramado; el empleo de nuevas tecnologías; el uso de la violencia).

Hay que hacer hincapié en que la creación de una estructura organizada de poder con la finalidad de cometer delitos, supone un incremento significativo de los peligros contra los bienes jurídicos protegidos en un Estado de Derecho⁸.

Dentro de los elementos que incrementan el daño ocasionado por las organizaciones producen en los Estados de Derecho nos encontramos los relativos al ámbito territorial de su actuación que solo hacen incrementar los lugares en los que se expanden sus efectos negativos y favorecer a que los verdaderos responsables de la organización, los denominados *hombre de atrás* queden impunes a la acción de la justicia. Esto no significa que las organizaciones criminales de ámbito nacional sean menos graves, sino tan solo que la transnacionalidad o internacionalidad supone un *handicap* en su persecución y represión, y por ello la justicia debe ir adaptándose a esta nueva circunstancia⁹.

Por tanto, podemos distinguir organizaciones criminales internacionales u organizaciones criminales transnacionales. Las primeras son aquellas organizaciones que extienden su actuación en el territorio de varios Estados. En cambio las transnacionales son aquellas que buscan la cooperación de diversas organizaciones que actúen en diferentes Estados para gestionar eficazmente determinados mercados criminales como puedan ser el tráfico de droga, de armas, etc.¹⁰ Esta circunstancia conlleva una desventaja para el

espacio", en *Revista Penal*, N.º 6, julio 2000, p. 3. El Grupo de Trabajo de Drogas y delincuencia organizada de la Unión Europea, ha definido la organización criminal a través de 11 indicadores, entendiéndose que deben darse un número mínimo de indicadores: 1. participación de más de dos personas; 2. reparto de tareas; 3. actuación por un período de tiempo prolongado; 4. utilización de alguna forma de disciplina o control; 5. sospecha racional de la comisión de delitos; 6. operatividad a nivel internacional; 7. Empleo de la violencia o la intimidación; 8. usos de estructuras comerciales o de negocio; 9. actividades de lavado de dinero; 10. uso de la influencia en la política; 11. búsqueda de beneficios de poder. DE MIGUEL BARTOLOMÉ, "Actuaciones policiales en la lucha contra la criminalidad organizada", en GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI (dir.), *La criminalidad organizada ante la justicia*, Universidad de Sevilla y UIMP, Sevilla, 1996, pp. 137-139.

8 DELGADO MARTÍN, "El proceso penal ante la criminalidad organizada. El agente encubierto", en PICO I JUNOY, *Problemas actuales de la justicia penal*, Bosch, 2001, pp. 94 y ss.

9 En el mismo sentido se pronuncia SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, "Función político-criminal del delito de asociación para delinquir: desde el derecho penal político hasta la lucha contra el crimen organizado", en *Homenaje al Dr. Mariano Barbero Santos. In memoriam. Volumen II*. (dir. ARROYO ZAPATERO; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE). Ed. de la Universidad de Castilla la Mancha y de la Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001, p. 66.

10 No obstante, el carácter internacional o transnacional no siempre va unido a la delincuencia organizada puesto que basta con que el hecho antisocial propague sus efectos a más de un Estado o se adquiera la colaboración de alguien para delinquir en el territorio de varios Estados.

Estado que no solo desconoce el *modus operandi* de la organización, sino en muchas ocasiones el lenguaje de sus integrantes. Además, el reparto de tareas ya no se realizará en una misma organización y en el territorio de un solo Estado. La cooperación entre organizaciones hace más difícil su persecución y por ello es necesario abogar por la cooperación entre las fuerzas y cuerpos de seguridad de los diferentes Estados para lograr una eficaz prevención y represión de las conductas¹¹ ya que la criminalidad organizada deja de ser un fenómeno o problema interno de cada Estado para pasar a un problema que afecta a la seguridad del conjunto de la comunidad aunque sea de manera indirecta.

En cuanto a las organizaciones criminales de origen español y que tienen su centro principal de actuación en España, debemos mencionar a las organizaciones dedicadas al tráfico ilícito de estupefacientes (aunque también pueden actuar en el capo de la falsificación de documentos, blanqueo de dinero, robos, tráfico de personas¹²) que ejerce, sobre todo, en la comunidad gallega, en la costa levantina o en la costa del Sol. Según el Informe de Europol del año 2003, las organizaciones españolas se asocian, en el ámbito de la Unión Europea, con grupos italianos, portugueses, franceses, alemanes, británicos y neerlandeses¹³.

Existen otros factores que dificultan aún más la lucha contra esta delincuencia no convencional. Así las eficaces técnicas de gestión, la elevada complejidad a nivel organizativo, el uso de tecnologías punta, la estructuración y

Este hecho no puede ser considerado delincuencia organizada, por ejemplo, el tráfico de estupefacientes llevados a cabo por dos personas de diferentes países sin que pertenezcan a una asociación ilícita. HERRERO HERRERO, *Criminología: (Parte general y especial)*, cit., p. 481.

- 11 La lucha contra la delincuencia sin fronteras no puede ser combatida eficazmente por organizaciones policiales cuyo ámbito competencial permanece férreamente anclado en la delimitación territorial dentro de las fronteras nacionales. SANSÓ-RUBERT, "La internacionalización de la delincuencia organizada: Análisis del fenómeno", en *UNISCI*, Universidad de Santiago de Compostela, N.º 12, octubre 2006, p. 55.
- 12 En España, tenemos un gran ejemplo de ello, la banda terrorista ETA. Esta banda, normalmente, actúa en solitario sin ayuda o cooperación de otras organizaciones. No obstante, en los últimos tiempos la ha cambiado el modo de actuar ya que según un confidente de la *camorra napolitana*, un militante de la banda terrorista española venderles droga a cambio de armas [La Razón digital de 16 de septiembre de 2002]. Más reciente parece la noticia de El Mundo (versión digital de 26 de enero de 2006): *Detenidos dos miembros de ETA acusados de pagar armas con droga a un 'capo' mafioso*. Un arrepentido de la mafia napolitana identificó a uno de ellos ante las autoridades judiciales italianas. Además ETA actúa de manera coordinada en el territorio de más de un Estado (Francia- España). Y en este sentido, hay que recordar las operaciones coordinadas de la policía de ambos Estados llegando a formar equipos conjuntos de investigación.
- 13 Esta circunstancia nos lleva a determinar que la internacionalización o transnacionalización de las organizaciones criminales solo supone un factor que incrementa el riesgo de las sociedades democráticas, la paz y la libertad de los ciudadanos pero que en ningún caso esta nota supone que las organizaciones criminales no sean perjudiciales o lo sean menos, el nivel de violencia o perjuicio no se puede medir por la expansión territorial en la actuación de la organización criminal.

división del trabajo de que se caracterizan¹⁴, demuestran la ineficacia de los tradicionales sistemas implantados, que debe llevar a buscar e implantar nuevos métodos que permitan, además, de una mejor investigación la cooperación internacional de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y la coordinación y armonización de los sistemas penales y procesales de los Estados^{15 16}.

A continuación pasaremos a analizar cada una de las características de manera individualizada y como pusimos de relieve al comienzo de la exposición, determinaremos cuáles de ellas son realmente necesarias para la intervención del agente encubierto¹⁷.

a. Asociación de personas

Para poder estimar la existencia de una organización criminal es necesario la asociación de personas. La totalidad de los ordenamientos jurídicos tienden a determinar la necesidad de *la menos 3 personas* que de manera reiterada lleven a cabo la comisión de determinados ilícitos penales.

Entonces, para que exista una organización criminal es necesaria, en primer término, la existencia de *tres* personas como mínimo. La existencia de solo dos personas, en nuestra opinión, no resulta suficiente para constituir un

- 14 En este sentido se pone de relieve que el problema fundamental en torno a la desarticulación de las organizaciones criminales, proviene de la alta jerarquización con la que se organizan existiendo un jefe, mandos intermedios y operadores de bases siendo estos últimos a los que se les imputan la comisión de las acciones delictivas. Esto conlleva a que los encargados de las organizaciones eludan la acción de la justicia sin ningún obstáculo. ANDRADE SÁNCHEZ, *Instrumentos jurídicos contra el crimen organizado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1996, p. 18. Véase: <<http://bit.ly/1NIAyGT>>.
- 15 DÍAZ COLORADO, *El crimen organizado*. Véase: <<http://bit.ly/1m2hVoS>>. Establece el autor que la delincuencia organizada, *estructuran su actividad con la división del trabajo y la especialidad de la mano de obra*.
- 16 CHOCLÁN MONTALVO, *La organización criminal. Tratamiento penal y procesal. Cuadernos de Luís Jiménez de Asúa N.º 10*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 9. El autor establece las condiciones que a su modo de ver deben concurrir en los entramados organizativos: 1. la existencia de un centro de poder, donde se toman las decisiones; 2. la actuación a distintos niveles jerárquicos; 3. la aplicación de la tecnología y logística; 4. fungibilidad de los miembros del entramado que actúan en niveles inferiores; 5. sometimiento a las decisiones que emanan del centro de poder; 6. movilidad internacional; 7. apariencia de legalidad y presencia en los mercados como medio de transformación de los ilícitos beneficios. Con términos similares se pronuncia DELGADO MARTÍN, "El proceso penal ante la criminalidad organizada. El Agente encubierto", cit., pp. 95 y ss. ALONSO PÉREZ y NÚÑEZ PAZ, *Nociones de criminología*, Colex, Madrid, 2002, p. 230. GARRIDO y STANGELAND REDONDO, *Principios de criminología*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 635, estos autores señalan que las organizaciones criminales suponen la existencia de un grupo con *reglas de actuación*.
- 17 GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, "Policía y criminalidad organizada", en *La coordinación de las policías*, Colex, Madrid, 2003, p. 30, establece las características que se barajan en los foros internacionales para elaborar un concepto de delincuencia organizada: la existencia de al menos *tres personas*; reparto de tareas o de funciones; la obtención de beneficios o el control de territorios; el uso de la violencia o la intimidación; la corrupción para conseguir sus criminales propósitos; transnacionalidad; permanencia en el tiempo o prolongación de la actividad; gravedad de la actividad delictiva.

verdadero entramado criminal debido a la estructura de la misma o la división de funciones de los integrantes de la organización. Es evidente que una sola persona no puede constituir una verdadera organización criminal. Una organización compuesta por *dos* miembros, en nuestra opinión, no puede constituir un entramado organizativo pues éste necesita de cierta estructuración y organización que solo dos personas no podrán proporcionar.

Así, para su constitución en organización criminal es necesaria la existencia de al menos tres miembros. No obstante, desde el punto de vista de la existencia o constitución no es relevante la presencia de un número indeterminado de integrantes. Ahora bien, es evidente que la perseguibilidad de la organización criminal, se dificulta a mayor número de miembros en una organización pues es más difícil llegar a los verdaderos responsables, es decir, a la cúpula de la organización, y por supuesto se disminuye la probabilidad de la desarticulación total de la misma.

Esta asociación de personas tiene que reunir, a su vez una serie de características: en primer lugar, es necesaria la permanencia en el tiempo de la asociación y la coexistencia a la comisión del delito. Es decir, no es organización criminal la asociación de personas que se unen de manera ocasional para la comisión de delitos, sino que se requiere una cierta permanencia en el tiempo y estabilidad¹⁸.

Junto a la estabilidad, la asociación de personas tiene que actuar de manera reiterada. Este es un requisito clave para considerar organización criminal la asociación de personas reunidas con la única finalidad de ejecutar determinadas conductas delictivas. La reiteración tiene que ser determinada en la acción.

b. Disposición de medios materiales y personales: sofisticación

Otro de los factores que caracterizan a las organizaciones criminales, es la tecnología y la sofisticación a la hora de actuar. Esta circunstancia genera que el Estado siempre vaya un paso por detrás de las organizaciones criminales y que los grupos criminales, por su parte, aprovechen esta iniciativa política así como los cambios jurídicos o progresos tecnológicos.

Se puede decir que los grupos organizados son los primeros y máximos beneficiarios de las nuevas tecnologías que le permiten encubrir sus delitos y a los delincuentes. De este modo, los avances en telecomunicaciones, en transporte, el desarrollo del ciberespacio ha proporcionado enormes oportunidades y un amplio escenario de actuación a los grupos criminales.

¹⁸ Evidentemente, estas organizaciones necesitan también de recursos económicos para financiar su existencia y actuación. Lo habitual será que las organizaciones se autofinancien mediante las conductas delictivas.

Un ejemplo del beneficio que le reporta a las organizaciones criminales estos avances es la oportunidad de producir documentos falsos o monedas falsas. Además, a las personas actuantes, se les favorece de la posibilidad de utilizar *identidades virtuales* que facilita y oculta tanto las actividades delictivas como a los delincuentes que le ofrecen el anonimato¹⁹.

Por otro lado, hay que advertir que la sofisticación no solo se predica de los medios materiales sino también de los medios personales. En este sentido, la criminalidad organizada dispone de medios rápidos y eficaces para hacer desaparecer el producto del crimen o de los bienes que le hayan servido para la comisión del ilícito penal, lo que supone la *supresión de la prueba*, en gran medida ayudada por expertos en el campo jurídico, económico y fiscal²⁰. Esta técnica que ha sido elevada a ciencia por las organizaciones criminales imposibilita la captura de los integrantes de la organización.

Por ello, las nuevas organizaciones criminales se caracterizan por la captación de intelectuales y profesionales formados que incrementan la sofisticación y profesionalización de la actuación criminal.

Estas nuevas tecnologías se pueden utilizar para la comisión del delito como pornografía infantil, pero también se pueden utilizar para la preparación del delito pues la utilización del correo electrónico garantiza rapidez y fiabilidad además, por supuesto, de la seguridad. En cuanto a la sofisticación, tenemos que tener en cuenta que cada vez es más habitual que las organizaciones criminales acudan y requieran los servicios de profesionales de diversos campos que le facilitarán la comisión delictiva dificultando a las fuerzas y cuerpos de seguridad en su captura.

En definitiva, la delincuencia organizada es cada día una delincuencia más profesional que confía en expertos y que actúa en un escenario cada vez más heterogéneo.

Todo ello nos lleva a concluir que cuanto más sofisticación personal o material mayor tendrá que ser la respuesta del Estado. Siendo así, consideramos que la disposición de bienes materiales y personales constituye un factor primordial en la intervención del agente encubierto puesto que a mayor sofisticación menor será el resultado obtenido con los medios ordinarios de investigación.

19 Informe Europol de 2003.

20 MAURO, "La Decisión marco de 22 de julio de 2003 relativa a la ejecución en la UE de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y aseguramiento de pruebas", en *La prueba en el espacio europeo de libertad seguridad y justicia penal*, Aranzadi, Navarra, 2006, p. 75. FASSONE, "La valoración de la prueba en los procesos de criminalidad organizada", en *Revista del Poder Judicial*, N.º 48, 1997, p. 419. DELGADO MARTÍN, *Criminalidad organizada*, cit., p. 25.

c. Empleo de violencia

La violencia en los grupos organizados, debemos tenerla en cuenta con respecto al interior de la organización con respecto a sus propios integrantes y al exterior para con la sociedad.

La violencia supone el último recurso que emplea el grupo con el afán de mantener las normas delictivas²¹.

Lo que a la sociedad le interesa es que su seguridad no se vea mermada por ningún ataque criminal con independencia de su índole (política, económica, venganza...).

No obstante, lo que queremos poner de manifiesto en esta característica no es la violencia en las conductas delictivas que la organización comete sino la violencia con respecto a su existencia.

Así, se predica una violencia al exterior (*método de control directo*) por la resolución de los conflictos surgidos con otros grupos criminales²², la demostración de poder e intimidación de la población en general, por eliminar a la persona que pueda perjudicar a su actividad (por ejemplo hacer callar a un potencial testigo)²³.

Con respecto al carácter violento de la organización criminal que se predica hacia el interior (*método de control indirecto*), supone un modo de guardar la disciplina de los miembros de la organización. Con esta violencia se pretende imponer un castigo ejemplar a una persona por faltar a las normas del grupo y para intimidar a potenciales violadores de las normas²⁴.

d. Influencia negativa sobre el sistema

En general, la actuación de las organizaciones criminales persigue la búsqueda de beneficio económico y/o poder. En nuestra opinión la búsqueda de beneficio económico es la finalidad última de toda conducta delictiva organizada. En este sentido, creemos que en general, la constitución de las organizaciones criminales tiene como propósito definido la obtención de beneficio económico, salvo las organizaciones terroristas que tienen otras finalidades

21 SCHENEIDER, "Recientes investigaciones criminológicas sobre la criminalidad organizada", en *Revista de derecho penal y criminología*, N.º 3, 1993, pp. 728-729. En este sentido señala el autor que se recurre al uso de la violencia y a la amenaza como medida de control y de protección, tanto contra los miembros del grupo que no cumplen con sus obligaciones como contra personas fuera del grupo, con el fin de protegerlo y de incrementar su influencia.

22 A este respecto debemos señalar, la noticia publicada en el diario El País (28 de abril de 2007) sobre los enfrentamientos entre dos cárteles de drogas mexicanos para hacerse con el control del tráfico de drogas en el mencionado país.

23 SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales*, cit., pp. 63-73.

24 *Ibídem*, p. 66.

de índole política, la desestabilización del orden democrático y la creación de una presión psicológica mediante el terror²⁵.

Dejando de lado las organizaciones terroristas, además del beneficio económico que daña los sistemas económicos, la influencia en la política, los medios de comunicación, la administración pública, la administración de justicia...es lo que realmente genera un perjuicio para las sociedades democráticas.

Esta influencia negativa es lo que conocemos como corrupción, que los grupos organizados utilizan para preservar la inmunidad del grupo frente a la acción policial y judicial y para llevar a buen fin los negocios lucrativos de la organización.

Por otro lado, la corrupción favorece a la mimetización, permite conseguir el objetivo deseado con menores riesgos y mina las instituciones desde su interior²⁶.

De este modo, las organizaciones criminales se infiltran en medios políticos, judiciales y económicos, que permitan encubrir la actividad ilícita y lograr el ansiado poder o beneficios utilizando para ello todos los medios tanto legales como ilegales que están a su alcance.

Esta corrupción debe ser entendida como las comisiones ocultas y otras conductas de las personas investigadas de funciones públicas o privadas que hayan infringido los deberes que legalmente están obligados con el fin de obtener beneficios ilícitos de cualquier clase, para sí o para otros.

Toda esta situación provoca que se utilice el prestigio del cargo y posición de la persona que se deja corromper, para proteger a los miembros de la organización contra la persecución penal²⁷.

Es por ello, que la infiltración en el sector público de las organizaciones criminales es uno de los factores que debe propiciar o que permite la adopción de la intervención de un agente encubierto sin que pueda ser considerada

25 GARRIDO, STANGELAND y REDONDO, *Principios de criminología*, cit., p. 635.

26 FOFFANI, "Criminalidad organizada y criminalidad económica", en *Revista Penal*, N.º 7, 2001, pp. 59-60. JIMENEZ VILLAREJO, "Transnacionalización de la delincuencia y persecución penal", en *Cuadernos de Derecho judicial*, vol. dedicado a *Crisis del sistema político, criminalización de la vida pública e independencia judicial*, Madrid, N.º 6, 1997. HASSEMER, "Límites del Estado de derecho penal para el combate contra la criminalidad organizada", en *Revista de la Asociación de Ciencias Penales*, N.º 14, 1997, señala que el *proprium* de la criminalidad organizada consiste en la paralización del brazo que ha de combatirla, con la corruptibilidad del aparato estatal.

27 SCHNEIDER, "Recientes investigaciones criminológicas sobre la criminalidad organizada", cit., p. 729. Señala el autor que hay agentes de policía que proveen a grupos delictivos, por ejemplo, de informaciones sobre proyectos de acciones penales. Abogados que intimidan a testigos de la acusación para que modifiquen su declaración. Patrocinadores en la economía que lavan las ganancias ilegales en bancos, casinos y negocios legales. Funcionarios públicos que son persuadidos, intimidados y corrompidos sistemáticamente por el crimen organizado.

desproporcionada pues los efectos negativos que el crimen organizado provoca de esta manera solo pueden frenarse con actuación desde el interior de la organización.

e. Estructura de la organización

Así, hay que considerar que el factor de la estructura de la organización es importante para estimar la peligrosidad o no de la misma. La tendencia hasta hace algunos años, describía una estructura rígida, jerarquizada con división del trabajo en el seno del entramado que junto a la planificación y suma de fuerzas, suponía un mayor peligro ²⁸ para los bienes jurídicos.

La jerarquía con que se caracterizan este tipo de estructuras criminales supone el reconocimiento de varios grupos: los dirigentes, que se corresponden con el centro de poder y es donde se toman las decisiones. Los miembros intermedios que velan por la seguridad de los dirigentes de la organización y de la realización de la conducta criminal. Y los encargados de la comisión del delito, que como hemos advertido son fluctuantes y casi siempre sin aprehendidos por las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado como responsables de los delitos. Además, las estructuras rígidas o jerárquicas están sujetas a un estricto código de comportamiento y duro código de silencio.

Todo ello, nos lleva a determinar las estructuras criminales como graves y como posibles sujetos pasivos de la infiltración policial pues mediante la intervención del agente encubierto se puede llegar a conocer la identidad de los miembros integrados en la cúpula de la organización, es decir, los verdaderos responsables de la conducta criminal²⁹.

No obstante, con el paso de los años, la preferencia en la estructura criminal ha ido cambiando para acercarse más a estructuras flexibles. Estas estructuras dotan a la organización de un carácter más poderoso pues su actuación se hace a través de células.

28 ANDRADE SÁNCHEZ, *Instrumentos jurídicos contra el crimen organizado*, Instituto de investigaciones jurídicas, 1997. Véase: <<http://bit.ly/1kD11Ls>>. Existen organizaciones o centros de poder que, estructurados jerárquicamente y dotados de una fuerte disciplina interna, asumen un modo de funcionamiento casi automático y, en esa medida, adquieren naturaleza de meros instrumentos que reaccionan de forma mecánica a órdenes o instrucciones de sus jefes, DE FIGUEIREDO DIAS, "Autoría y participación en el dominio de la criminalidad organizada: el 'Dominio de la Organización'", en FERRÉ OLIVÉ y ANARTE BORRALLA, *Delincuencia organizada aspectos procesales, penales y criminológicos*, Universidad de Huelva, 1999, p. 103.

29 Vid., SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, "Función político-criminal del delito de asociación para delinquir desde el derecho penal político hasta la lucha contra el crimen organizado", cit., pp. 676 y ss. En este sentido MARINO, *Historia de la mafia*, Javier Vergara, Barcelona, 2002, establece que en las organizaciones criminales se impregnan ideas y valores que producidos por las clases dominantes para su uso y beneficio han sido transformados, por la fundamental unión de tradición y religión, en una cosmogonía popular.

En las estructuras flexibles es habitual la entrada constante de personas a las que no se reconoce cadena de mando pero con fuertes lazos de lealtad. Cada célula tiene un número limitado de personas que establecen relaciones permanentes con miembros de otras células.

En este sentido que prosigue la tendencia a la utilización de facilitadores y proveedores. Se trata de individuos con competencias específicas que son requeridos para llevar a cabo algunas tareas complejas en la organización criminal y que prestan sus servicios ya sea dentro de su propio grupo o a otros grupos mediante pago como un servicio externo³⁰.

Si las estructuras jerárquicas o rígidas suponen un *handicap* para las autoridades de persecución penal, las estructuras flexibles presentan dificultades teóricas, jurídicas y prácticas pues es difícil determinar el grupo real al que pertenece una determinada célula lo que ocasiona mayores problemas para la captura y desmantelación de la organización criminal. Desde esta perspectiva y dado que la utilización de personas externas a la organización resulta para los Estados una tarea más ardua para desmantelar a la misma, es por lo que creemos conveniente la utilización de agentes encubiertos para su investigación ya que solo desde el interior de la organización criminal se podrá averiguar la identidad de todas las personas que trabajen para la misma, pertenezcan o no a la organización criminal.

La estructura de la organización resulta ser un dato a tener en cuenta para la infiltración policial pues cualquiera de los que existen (jerárquico o flexible) desprenden la necesidad de acudir a la infiltración policial para poder conseguir datos suficientes que permitan la desmantelación de la organización ya que dicha información no podrá ser conocida mediante los medios tradicionales u ordinarios de investigación. Insistimos en que esta afirmación puede ser aplicable a las dos pero realmente la infiltración en cualquiera de las células de las organizaciones flexibles puede dar muchísima información imposible de conseguir de otro modo.

f. Características de los miembros de la organización

Con respecto a los miembros de la organización, es independiente el modo en que se estructura la organización criminal pues siempre existirán varios grados dentro de la misma.

Un factor a tener en cuenta es el familiar y étnico. Este le facilita la penetración en otros países aprovechando el contacto con compatriotas ya establecidos en el mencionado Estado. Este factor supone que el grupo se recomponga en cada operación criminal llevada a cabo, lo que contribuye

30 Informe 2004 de la Unión Europea sobre la delincuencia organizada. pp. 7 y ss. Véase: <<http://bit.ly/1Z8kzrF>>.

a garantizar su impermeabilidad, reduciendo así, el riesgo de infiltración por parte del poder público.

Normalmente, el nivel más bajo de la organización está integrado por miembros más marginales, jóvenes atraídos por la violencia que persiguen el sentimiento de poder. Estos jóvenes situados en una media entre los 13 y los 30 años³¹, tienen lo que se denominan *factores preadictivos*, es decir, un conjunto de factores, individuales, sociales y ambientales que pueden facilitar el incremento de probabilidad de desarrollar desórdenes conductuales³².

No obstante, de un tiempo a esta parte, debido a los flujos migratorios legales e ilegales, el problema de los miembros de la organización se ha incrementado puesto que en la actualidad esta escala de la organización proceden de países de la Europa del Este o de países latinoamericanos, que han implantado en los Estado una nueva modalidad de organización cada vez más peligrosa por importar nuevas prácticas delictuales más violentas.

Los miembros de la escala inferior de la organización criminal, se caracterizan por ser fácilmente sustituidos en caso de muerte, arresto, etc. Además, se añade un plus puesto que estos al entrar juran fidelidad, es decir, prometen no delatar a la organización a la que ingresan con vocación de permanencia.

Por otro lado, dentro de la organización criminal cada vez pueden encontrarse más integrantes intelectuales y profesionales que aportan conocimientos jurídicos, financieros, tecnológicos, informáticos y científicos y que convierten a la organización en una estructura criminal profesional.

Estos integrantes, no suelen ingresar en la estructura de la organización criminal con vocación de permanencia sino que son requeridos para llevar a cabo algunas tareas de la empresa delictiva lo que genera una tendencia hacia las estructuras flexibles de las organizaciones criminales.

Para finalizar, los dirigentes de la organización, la cúpula de la estructura, los hombres de atrás, son personas que se encuentran en una media de entre 30 y los 45 años de edad. Su captura suele ser difícil pues se preocupan de no ser conocidos por los restantes miembros de la organización, al menos por la parte inferior de la misma (que son los que, normalmente, sostienen el peso de la justicia por ser aprehendidos con más facilidad). Así, si estos son detenidos no podrán identificarlos. Por ello, los integrantes de la cúpula se encubren con la organización criminal, consiguiendo eludir la acción de la justicia.

31 Aunque evidentemente, dentro de este intervalo hemos ubicado a las clases intermedias de la organización. Así, estos mandos intermedios que son los que aplican el régimen disciplinario en caso de incumplimiento del código de conducta, son los que se relacionan con la parte inferior del entramado para dar las órdenes o para supervisar el éxito de la misión encomendada, etc.

32 GARRIDO; STANGELAND y REDONDO, *Principios de criminología*, cit., pp. 635-640.

g. Código de conducta

Las organizaciones criminales tienden a regularse de manera interna a través de un código de conducta. Su incumplimiento conlleva la imposición de fuertes sanciones incluso el empleo de la violencia. Quizás este no sea un código escrito pero regula el modo de actuar, de vestir, de saludarse, de comportarse con los miembros de otras organizaciones criminales. Este código de conducta tiene que ser conocido por todos los miembros de la organización.

La existencia de un código de conducta es simplemente un dato más de las organizaciones criminales pero no puede ser motivo para la adopción de la infiltración policial.

h. Apariencia de legalidad

La apariencia de legalidad no solo se orienta a las ganancias provenientes de las conductas criminales, sino también de las propias personas que se ubican en la cúspide de la organización. Al ser desconocida su pertenencia a la organización estos normalmente están rodeados de una aureola de aparente legalidad y a través de instituciones legales esconden todas las conductas criminales que cometen y las ganancias que le reportan. La peligrosidad de esta conducta se deriva en la capacidad que tienen para desestabilizar la organización política y económica de un Estado³³. Así mediante la creación de empresas lícitas y la inmersión en las esferas de poder, actuarán pudiendo conseguir en numerosas ocasiones la impunidad, gracias a este enmascaramiento en lo lícito. Además debemos prestar atención al blanqueo de capitales procedentes de actividades ilícitas. Mediante este mecanismo las organizaciones criminales “transforman” en legal todo lo obtenido mediante la comisión de determinados hechos delictivos³⁴.

La razón de penetrar en el mercado legal las ganancias derivadas de las conductas criminales nos demuestran la limitada capacidad de extensión que ofrecen los mercados criminales. La solución que debe adoptarse en estos casos es la transparencia en las empresas pues cuanta más nitidez en las

33 SANSÓ-RUBERT, “El papel de la información en la lucha contra la delincuencia organizada transnacional”, en *UNISCI*, Universidad de Santiago de Compostela, N.º 12, octubre 2006, pp. 217-208. establece el autor que la peligrosidad de este tipo de organizaciones delictivas radica especialmente en el blanqueo de capitales, en tanto se les confiere la capacidad de perturbar la organización económica del Estado.

34 De este modo, como señala SCHENEIDER, la visibilidad social de la criminalidad organizada queda bastante reducida para que sus actividades y actores puedan operar en la oscuridad social lo más discretamente posible y sin ser descubiertos. En “Recientes investigaciones criminológicas sobre la criminalidad organizada”, cit., p. 728.

cuentas más difícil será para la criminalidad organizada penetrar en la economía legal³⁵.

En este caso, si desde el exterior no se puede determinar la conducta delictiva pues la apariencia de legalidad la oculta, es un elemento suficiente para la infiltración policial.

i. Gravedad de la conducta delictiva

La gravedad de la conducta delictiva está relacionada en parte con la violencia que puede generar pero más que nada se corresponde con actuaciones que son particularmente opacas a la acción de la justicia y que además son cuantitativa y cualitativamente relevantes en los campos económicos y políticos, es decir, que garantizan fuertes ganancias.

La actuación de la organización criminal debe constituir una amenaza para la seguridad nacional. Por ello, las actuaciones de la organización criminal por excelencia son el terrorismo y el tráfico de droga. No obstante, no podemos olvidar que existen otras conductas como el tráfico y explotación laboral y sexual de seres humanos (en especial niños y mujeres); el tráfico ilegal de armas; las falsificaciones; los robos y el tráfico ilegal de vehículos (aunque no es especialmente grave); el tráfico de órganos humanos; los delitos económicos y los delitos informáticos.

A los efectos de la intervención de los agentes encubiertos, hay que señalar que solo podrá recurrirse a ellos, cuando estemos ante organizaciones realmente lesivas para el Estado de Derecho y cuando sus conductas criminales supongan graves consecuencias para la paz social y seguridad de los ciudadanos.

El problema fundamental surge cuando las legislaciones no plantean más que un listado cerrado de delitos para delimitar el ámbito objetivo de la infiltración policial. En nuestra opinión esta decisión del legislador ha sido del todo desafortunada en tanto en cuanto las organizaciones criminales tienen una naturaleza versátil que permite modificar su comportamiento delictivo más rápido de lo que al Estado se le permite reaccionar. En nuestra opinión lo más coherente sería que las diferentes legislaciones determinaran una enumeración de las conductas delictivas y se dispusiera de igual modo, una cláusula subsidiaria en la que se señalara un marco abstracto de la pena (por ejemplo 5 años). De este modo, el Estado tendría los mecanismos suficientes para hacer frente a la criminalidad organizada con independencia del cambio de las circunstancias que la rodeen.

35 FOFFANI, "Criminalidad organizada y criminalidad de empresa", cit., p. 65.

En cualquier caso, la gravedad del delito no tiene por qué ir acompañada de una conducta violenta sino que solo debemos tener en cuenta el efecto negativo que el delito genera para la seguridad ciudadana, la paz, la libertad, en general para las sociedades democráticas. Sin perjuicio de considerar que aquellas conductas criminales donde se refleja una conducta violenta suponen un plus de lesividad para la paz y la seguridad.

Por supuesto, la gravedad de la conducta será un elemento relevante y a tener en cuenta para estimar la adopción o no de la infiltración policial. Pero en ningún caso, podrá por sí sola ser elemento suficiente para estimar la necesaria intervención de un agente encubierto sino que deberá ir acompañada de otros factores como el carácter cerrado de la estructura o la infiltración de la organización en las instituciones públicas y en los mercados económicos y financieros.

j. Internacionalización y transnacionalización

Ya pusimos de relieve que las organizaciones criminales suponen un peligro para las instituciones del Estado y la seguridad ciudadana y que estos problemas se acrecientan cuando las organizaciones adquieren una dimensión internacional. Generando asimismo, una dificultad añadida para los Estados en su función de prevención y represión.

Los factores que favorecen a la internacionalización de las organizaciones criminales son la globalización del mercado, la creación de zonas de libre comercio; la creación de espacios de libre circulación; los avances tecnológicos en los sistemas de comunicación, de transmisión de información y de transporte, los *e-commerce*; los cambios políticos y los factores económicos y la dimensión social³⁶.

Todos estos factores han generado no solo las alianzas estratégicas entre grupos criminales sino una extraordinaria flexibilidad para delinquir, para poder operar rápidamente en territorios cuya respuesta es más satisfactoria.

4. ¿CUÁL PUEDE SER LA ACTUACIÓN DEL AGENTE ENCUBIERTO?

El agente encubierto está facultado para realizar determinadas actividades que desde el punto de vista del funcionamiento de sus funciones, pueden ser consideradas ilegítimas pero que el Estado permite para la erradicación de esta grave forma de delinquir a través de las organizaciones criminales.

Por ello, se faculta al agente encubierto a: **1.** actuar bajo identidad supuesta; **2.** transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito; **3.** diferir

³⁶ Vid. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales*, cit., p. 63. Informe De Europol año 2003 y 2004. CASTALDO, "La naturaleza económica de la criminalidad organizada", en *Revista Prudentia Juris*, N.º 57. Véase: <<http://bit.ly/1O0oNJK>>.

la incautación del delito. Además, durante el tiempo en que dure la operación encubierta, tendrán que desarrollar algunas conductas delictivas propias de la organización ante las que en determinadas condiciones, estarán exentas de responsabilidad penal.

De este modo, considero que solo agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, es decir, agentes de policía, están capacitados para la realización de las tareas de agente encubierto. En caso de que los particulares actúen como encubiertos, no podemos decir que estamos ante una infiltración sino ante otro tipo de operaciones encubiertas y ante otros tipos de personas actuantes, pero no de agentes encubiertos. No obstante, la labor de los particulares que actúan coadyuvando a las fuerzas de represión penal, son de vital importancia para la erradicación de la criminalidad organizada. Por ello, creo que es importante hacer alusión, aunque de forma somera, a las figuras que pueden considerarse afines con la actuación del agente encubierto tales como el arrepentido o el confidente policial.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que el infiltrado no podrá realizar ninguna actuación que pueda suponer la limitación de derechos fundamentales.

4.1. Actuación bajo identidad supuesta

Cuando se decide montar un operativo como es la infiltración de un agente de policía en el seno de una organización criminal, lo primero que debe hacerse es suministrarle una identidad supuesta con la que se relacionará de forma directa con los miembros de la organización que se pretende investigar. La identidad supuesta será otorgada por los organismos administrativos respectivos. En España, el competente para otorgar dicha identidad, es el Ministerio del Interior³⁷. En Perú, Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (Reniec) es la entidad que entregará el documento al Fiscal que oportunamente solicitó el otorgamiento de una “identidad supuesta” para un agente encubierto³⁸.

Esta identidad supuesta, debe estar respaldada por los documentos acreditativos con la nueva identidad. Tanto la verdadera identidad como la identidad supuesta, deben encontrarse en pieza separada para evitar que sean conocidas por los integrantes de la organización. Con ello, se evita un riesgo innecesario para aquellos agentes que actúan como encubiertos.

Puesto que el agente encubierto se hará pasar por alguien que no es, para llegar a trazar lazos de confianza con los miembros de la organización

37 Así lo dispone el artículo 282.bis 1 LECrim: “La identidad supuesta será otorgada por el Ministerio del Interior por el plazo de seis meses prorrogables por períodos de igual duración, quedando legítimamente habilitados para actuar en todo lo relacionado con la investigación concreta y a participar en el tráfico jurídico y social bajo tal identidad.”.

38 Véase: <<http://bit.ly/1NIEjCN>>.

que se pretende investigar, con la infiltración policial no solo se suministra una identidad supuesta al agente sino que se debe preparar una personalidad ficticia que ampare la identidad supuesta frente a la organización. Normalmente, se piensa que el agente actuará como presunto delincuente pero puede suceder que ocupe cualquier otro puesto dentro de la organización para lo que necesitará la preparación suficiente.

Anteriormente, se ha mencionado que el agente encubierto no puede realizar ninguna actuación que limite derechos fundamentales salvo que cumpla con las previsiones legalmente previstas. No obstante, hay que tener en cuenta que bajo el uso de la identidad supuesta, el agente puede afectar derechos fundamentales, como el derecho a la inviolabilidad del domicilio o el derecho de defensa- piénsese en las entradas por invitación o en las conversaciones similares a interrogatorios- que son propios de la relación de confianza que el agente entabla con los miembros del entramado organizativo. Estas actuaciones, tendrán un tratamiento diferenciado porque no serán consideradas ilícitas y por tanto, la información que de ellas obtenga el agente, podrán ser utilizadas en el posterior juicio oral como prueba de cargo. Pues se entiende que se encuentran amparadas por la autorización judicial que habilita para el uso de la identidad supuesta.

Cosa diferente, serán aquellas actuaciones que no son propias de una relación de confianza, como el registro domiciliario. En estos casos, será preciso cumplir con la legalidad vigente. Es por ello, que para evitar que pueda frustrarse la operación y, sobre todo, que la integridad del agente pueda correr peligro, lo mejor es que estas operaciones se realicen una vez finalizada la infiltración policial y por agentes diferentes al que ha procedido a actuar como agente encubierto.

Teniendo en cuenta el marco que define la actuación del infiltrado podemos señalar que la posición del agente encubierto en la organización criminal no es pasiva, de mero observador, sino que además adopta una conducta activa que tendrá diferentes grados dependiendo del rol que el agente adopte en el seno del entramado. Al hilo de la posición activa del infiltrado, se nos suscita la siguiente cuestión: ¿Qué ocurriría si las actuaciones que desempeña el agente encubierto suponen la comisión de un hecho delictivo o bien, se pasa al otro bando, es decir, se convierte en infiltrado de la organización en el Estado? El Estado permite su presencia engañosa para la investigación de organizaciones criminales potencialmente lesivas pero también tiene que interponer unos determinados límites en cuanto a la actuación ilícita del infiltrado. Así, la respuesta dependerá de si las conductas delictivas son consecuencias de la investigación o no. Es decir, se prevé una exención de responsabilidad para el agente encubierto por aquellas conductas delictivas que sean necesarias para el fin de la investigación, garantizar su propia seguridad o la de otras personas implicadas en la operación. Para que sea aplicable esta exención

de responsabilidad penal, será necesario que las conductas penales que se cometan por el agente no sean más graves que las infracciones para las cuales se aplica la infiltración. No obstante, si la conducta sobrepasa la finalidad de la infiltración el agente encubierto responderá penalmente³⁹.

Por último, es necesario tener presente las infiltraciones policiales que se llevan a cabo a través de las nuevas tecnologías para detectar los casos de pornografía infantil, sobre todo. En estos casos, el agente encubierto, se hará pasar por otra persona sin necesidad de una identidad ficticia proporcionada por el organismo administrativo correspondiente. Esta posibilidad la recoge el Proyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, incorpora el siguiente párrafo a la redacción actual del art. 282.bis LECrim:

“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.”

A este respecto, el ordenamiento jurídico peruano, en Ley n° 30096, sobre delitos informáticos, establece en la Disposición Final Complementaria 2° que:

“El fiscal atendiendo a la urgencia del caso particular y con la debida diligencia, puede autorizar la actuación de agentes encubiertos a efectos de realizar las investigaciones de los delitos previstos en la presente ley y de todo delito que se cometa mediante tecnología de la información o de la comunicación, con prescindencia de si los mismos están vinculados a una organización criminal de conformidad con el artículo 341 del Código Procesal Penal, aprobado por el Decreto Legislativo 957”

4.2. Transportar los objetos, efectos e instrumentos y diferir la incautación del delito

Como funciones propias de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad está la represión del delito. Excepcionalmente, y actuando como infiltrado, los policías podrán diferir la incautación del delito con el único propósito de obtener información sobre los delitos cometidos o que se van a cometer por la organización criminal, así como de los cauces criminales y personas involucradas en la comisión de los mismos.

³⁹ Llama la atención las disposiciones establecidas al respecto en el ordenamiento Belga que establece que las conductas delictivas que desarrolle el agente encubierto deberán ser autorizadas por el Fiscal. Y en el caso que urgencia de las mismas deberá informar si demora las infracciones que cometieron.

Hay que tener en cuenta que lo habitual es que las organizaciones criminales se dediquen a la comisión de delitos de tracto sucesivo —tráfico de órganos, tráfico de estupefacientes, tráfico de armas, etc.— Para la investigación de estos delitos es necesario dejar que la conducta delictiva llegue a su fin para poder conseguir información relevante para la causa.

En cuanto a la actuación de transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito, no puede olvidarse que la persona que actúa como agente encubierto se hace pasar por un miembro más del entramado organizativo y por tanto, deberán realizar las tareas propias que le ordenen los mandos superiores de la organización. Es por ello que en alguna ocasión tendrán que transportar los objetos del delito con la finalidad de obtener información suficiente que permita conocer la identidad de los miembros de la organización así como toda la información relevante que permita la desarticulación total del entramado.

Igualmente, con estas actuaciones podrán conocerse las posibles fraternidades que el entramado organizativo que está siendo investigado estreche con otras organizaciones.

4.3. Actuación de figuras afines

Ya se advirtió que los agentes encubiertos como tales, solo pueden ser miembros de las fuerzas y Cuerpos de seguridad del Estado. En mi opinión, la preparación con la que se debe contar no puede ser cubierta por los particulares y su vida e integridad física podrían sufrir algún tipo de repercusión en manos de los miembros de la organización investigada.

No obstante, los particulares podrán coadyuvar a las fuerzas de represión penal colaborando en las tareas de infiltración policial pero no se deben confundir. Me refiero a los arrepentidos o confidentes. Estos pueden pertenecer o haber pertenecido a los entramados organizativos y dar información valiosa para la causa, pero en ningún caso sus labores pueden confundirse con las que pueda realizar un agente encubierto.

A continuación analizaremos las figuras para ver las principales diferencias que pueden encontrarse entre las figuras.

a. El arrepentido

El arrepentido puede considerarse como el instrumento que permite a las autoridades introducirse en las altas esferas de la organización supuestamente criminal que se trata de investigar a través de la información que brindan quienes muchas veces la componen⁴⁰. Se consideran como un instrumento poderoso quizás uno de los de mayor eficacia en la lucha contra la delincuen-

40 MONTÓYA, *Informantes y técnicas de investigación encubierta*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, p. 202.

cia organizada⁴¹. En este sentido el arrepentido en el ordenamiento jurídico español, se prevé como manifestación del principio de oportunidad criminal⁴² y solo para dos concretos supuestos: en primer lugar en caso de tráfico de drogas (art. 376 CP) y en segundo lugar en los delitos de terrorismo (art. 579 CP). En ambos preceptos el principio de oportunidad criminal se sustenta en la posibilidad de desistir voluntariamente de la acción delictiva con el respectivo beneficio que supone la reducción de la pena en dos grados⁴³.

En la legislación peruana, se distingue entre arrepentido y colaborador eficaz. El *arrepentido se aplicó en la legislación peruana para el delito de terrorismo. En este sentido, el arrepentimiento se debe entender o interpretar en un plano subjetivo del imputado, en donde se requiere que el solicitante voluntariamente y en forma definitiva, abandone su vinculación con el grupo u organización terrorista, además de los ilícitos que hubiera u haya cometido*. El colaborador eficaz, sin embargo, está diseñado como una manera de generalizar la figura jurídica del derecho penal premial del arrepentimiento en los demás tipos penales como el tráfico ilícito de drogas, corrupción de funcionarios, los tipos aduaneros, entre otros. Por lo mismo, el colaborador eficaz sería aquel investigado, procesado o sentenciado que colabora con la justicia esclareciendo los hechos ilícitos e identificando a los otros coinculcados, consiguiendo finalmente una recompensa por el apoyo a la justicia penal⁴⁴.

En los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno también se contempla la colaboración con la justicia. Esta colaboración, tal y como está regulada en los Códigos penales correspondientes es de carácter procesal en tanto en cuanto la colaboración se presta a la autoridad investigadora con independencia de que los beneficios sean de carácter penal. De este modo, son Alemania, Austria, Bélgica, Francia, Portugal e Italia⁴⁵ fundamentalmente, los

- 41 DE JORGE MESAS, "Restricciones al derecho de asociación para prevenir y reprimir fenómenos delictivos de sectas, bandas terroristas, tribus urbanas, hinchadas deportivas", en *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*, volumen dedicado a *Medidas restrictivas de derechos fundamentales*, Madrid, 1996.
- 42 MAPELLI CAFFARENA; GONZÁLEZ CANO y AGUADO CORREA, *Estudios sobre delincuencia organizada. Medios, instrumentos y estrategias de la investigación policial*, Mergablum, Sevilla, 2001, p. 68.
- 43 En España, rige el principio de legalidad en el proceso penal lo que conlleva a que el beneficio a la colaboración se haga a través de atenuantes o eximentes de la pena. Al contrario de lo que ocurre en el *common law*, donde rige el principio de oportunidad o discrecionalidad donde estos beneficios son fruto de las negociaciones y acuerdos entre la defensa y la acusación. BENÍTEZ ORTÚZAR, *El 'colaborador con la justicia': aspectos sustantivos, procesales y penitenciarios derivados de la conducta del arrepentido*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 78-86.
- 44 OBREGÓN RODRÍGUEZ, R., "La importancia de la manifestación del coinculcado colaborador en el proceso penal", en *XVII Congreso Latinoamericano, IX Iberoamericano y I Nacional de Derecho Penal y Criminología*, octubre, 2005.
- 45 En Alemania, la figura del colaborador con la justicia se circunscribe específicamente a los delitos de terrorismo y blanqueo de capitales (§ 129 y 261 StGB respectivamente) y en general desde que en 1994 se reformó el Código Penal Alemán, se amplió a todas las manifestaciones de la crimi-

que tienen previstos la atenuación y en algunos casos hasta exención de la responsabilidad penal para aquel que preste información relevante para evitar la continuación de la conducta criminal, así como para identificar a las personas relacionadas con el ilícito y sobre todo aquella información que permita la identificación de los denominados “hombres de atrás”⁴⁶.

a.1. Concepto y características del arrepentido

El arrepentido se considera como un colaborador de la justicia puesto que se define como un individuo que perteneciendo en origen a la organización delictiva, a partir de un cierto momento a cambio de ciertos beneficios y protección⁴⁷ colabora con las autoridades suministrándoles información suficiente sobre las conductas criminales que se han llevado a cabo y las que están en fase de preparación para así lograr su interrupción así como para identificar a los restantes miembros de la organización criminal, y en especial a los que ocupan los puestos más altos en su jerarquía organizativa⁴⁸. Algu-

nalidad organizada. En Austria, la aplicación de la atenuación de la pena en caso de colaboración con la autoridad investigadora se extiende a los delitos de tráfico de estupefacientes, terrorismo, corrupción, contra el patrimonio siempre que estos hayan sido cometidos por una organización criminal. En el ordenamiento francés, se prevé un beneficio en la pena en aquellos casos en que una persona avise a las autoridades administrativas o judiciales, hubiera permitido paralizar los comportamientos incriminados e identificar, en su caso, a los demás culpables con respecto de los delitos de terrorismo, falsificación de moneda y tráfico de estupefacientes. En Bélgica y Portugal, se establece una atenuación de la pena en la colaboración activa en el tráfico de estupefacientes. En Italia, donde nace la figura del arrepentido o *pentito*, su aplicación se extiende tanto a los delitos comunes como aquellos relacionados con las organizaciones de *stampo mafioso*.

46 Estos son los que deciden y planifican pero no ejecutan la actividad delictiva. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, “Función político-criminal del delito de asociación para delinquir: desde el derecho penal político hasta la lucha contra el crimen organizado”, cit., p. 645.

47 En otros ordenamientos jurídicos se prevé expresamente los beneficios procesales que dispensarán a las personas que colaboren con la justicia. A este respecto, el Derecho Austriaco, prevé la atenuación especial en caso de colaborar con la justicia siempre que el conocimiento del caso contribuya a eliminar o disminuir notablemente el peligro procedente de la organización; promover al esclarecimiento de la conducta punible; o promover el esclarecimiento de la persona que haya tomado parte como dirigente o como tal haya actuado en la organización. En el ordenamiento Suizo, no se contempla expresamente la dación de beneficios procesales pero sí es posible la atenuación de la pena. En el derecho Francés, se prevé en relación al delito de pertenencia a una asociación, la excusa absolutoria para el arrepentido. Y en el ordenamiento italiano, se establecen incentivos en relación a los delitos de tráfico de drogas y asociaciones dirigidas a la comisión de este delito; y también se dispensa al arrepentido en delitos relativos a asociaciones terroristas la exclusión de punibilidad ligados al arrepentimiento activo y eficaz respecto del delito proyectado y la colaboración en el proceso. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, “El coimputado que colabora con la justicia penal (con atención a las reformas introducidas en la regulación española por las Leyes Orgánicas 7/ y 15/2003)”, en *Revista de ciencias penales y criminología*, N.º 7, 2005. La figura del arrepentido también es acuñada por los ordenamientos de los países latinoamericanos. Argentina, prevé la figura del arrepentido como colaboradores que a cambio de beneficios procesales brindan información que permite luchar contra el crimen organizado, y que fue incorporado a su ordenamiento jurídico en la Ley 24. 424, de modificación de la ley 23.737 sobre el régimen pental de estupefacientes.

48 GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y agente*, cit., p. 24.

nos autores denominan la intervención del arrepentido como *prueba cómplices* pues supone una intervención durante el delito y antes de la sentencia⁴⁹.

Por otro lado, la obtención del status de arrepentido conlleva la concurrencia de determinados requisitos: por un lado, el abandono voluntario de las actividades delictivas así como de la organización (lo que implica que es el arrepentido el que acude a las autoridades); por otro, la confesión de los delitos que haya cometido mientras era miembro activo de la organización; y por último, la colaboración activa con las autoridades penales encargadas de la prevención y represión del delito.

En cuanto a la intervención del arrepentido en el proceso penal, debemos configurarla como una infiltración de carácter semipúblico pues el Estado recurre a un particular con la intención de averiguar datos sobre los hechos delictivos propios de la determinada organización criminal de que se trate⁵⁰. Esta actuación se llevará a cabo con consentimiento y bajo el control de los poderes públicos. Así, el Estado utiliza a un particular para satisfacer el interés público de prevención y represión del delito.

No obstante hay que aclarar que la actuación del arrepentido es voluntaria en tanto en cuanto es él el que muestra el interés por colaborar con las autoridades encargadas de la prevención y persecución de los delitos para la obtención de ciertos beneficios consistentes en una extinción o reducción de pena y la obtención de protección personal⁵¹.

Por tanto, no se exige un elemento subjetivo o actitud altruista de arrepentimiento, es suficiente que realice una aportación objetiva, seria y eficaz, en los términos legalmente establecidos, para facilitar la persecución de tan graves manifestaciones de criminalidad⁵². Así para tener ese tratamiento especial que dispone el Código Penal para los casos de arrepentimiento en supuestos de terrorismo o tráfico de drogas, será necesario que, desistiendo de su actividad en el grupo u organización criminal, colabore en la desarticulación

49 MENA ÁLVAREZ, "Tratamiento penal del partícipe arrepentido", en *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*, volumen dedicado a *Delitos contra la salud pública*, Madrid, 1992. Vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1995 (RJ 818).

50 GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, *Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación*, Colex, Madrid, 2004, p. 128.

51 MONTOYA, *Informantes y técnicas de investigación encubiertas*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, p. 202. Así el arrepentido está relacionado con los beneficios acordados para quienes colaboran con la justicia en la investigación de ciertos tipos delictivos. Se trata efectivamente de colaboradores a cambio de beneficios procesales que brindan información que permite luchar contra el crimen organizado.

52 GRANADOS PÉREZ, "Instrumentos procesales en la lucha contra el crimen organizado. Agente encubierto. Entrega vigilada. El arrepentido. Protección de testigos. Posición de la Jurisprudencia", en *Cuadernos de Derecho Judicial*, volumen dedicado *La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*, CGPJ, N.º 2, 2001, p. 95.

de esta o en la detención de sus miembros o dirigentes⁵³. En este sentido, realmente lo que se aprecia en la conducta del arrepentido no es tanto el arrepentimiento en sí como la disociación y colaboración con la justicia.

Por ello, para que el sujeto arrepentido se aproveche de determinados beneficios penales⁵⁴ tendentes a la reducción de la pena, es necesaria la existencia de un arrepentimiento activo. Lo que significa que debe existir voluntad de abandonar libremente la organización criminal⁵⁵ sus actividades delictivas y se presente a las autoridades confesando los hechos en los que haya participado, colaborando activamente con las autoridades para impedir la producción del delito o ayudando eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables⁵⁶.

Una vez que el arrepentido ha confesado todas las conductas criminales en las que ha participado y ha mostrado su voluntad de abandonar la organización, llega la hora de la colaboración activa con las autoridades.

Es nuestra opinión, el arrepentido puede proporcionar información o colaborar con las fuerzas del orden en dos sentido diferenciados: en primer lugar dando toda la información que haya obtenido durante el transcurso del tiempo que ha sido parte activa de la organización criminal; y en segundo lugar, que su actuación consista en su continuación como miembro de la organización, de forma simulada, para así poder obtener mayor información sobre los delitos que se encuentren en fase de preparación o de ejecución, aunque puede

53 QUINTERO OLIVARES, "Orígenes y aparición del problema de los delitos contra la salud pública", en *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*, volumen dedicado a *Delitos contra la salud pública*, Madrid, 1992.

54 Estos beneficios penales no son automáticos al arrepentimiento, el arrepentido debe manifestar su cambio de vida, así lo indica el TEDH, en Sentencia de 6 de abril de 2000 (Caso Labita contra Italia). Sentencia dictada pone de relieve la importancia de la intervención del arrepentido mediante la cual se logra la detención de un ciudadano italiano por pertenecer a la mafia: "en primer lugar, que el procedimiento relativo a las medidas preventivas era totalmente distinto del procedimiento penal, de forma que la absolución no tenía un efecto automático en las medidas preventivas ya tomadas. De todas formas, el demandante no había demostrado realmente haber cambiado su modo de vida ni haberse realmente arrepentido."

55 El abandono voluntario, según palabras de MUÑOZ CONDE, supone la desvinculación de la organización criminal delictiva a la que pertenece. Siendo la voluntariedad, no como el simple no quiero aunque puedo llevar a cabo el acto sino el regreso a la legalidad por motivaciones que no tienen por qué ser éticas, pero sí de respeto y de asunción de la legalidad. MUÑOZ CONDE, "Los arrepentidos en el caso de la criminalidad o delincuencia organizada", en GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI (dir.), *La criminalidad organizada ante la justicia*, Universidad de Sevilla, ayuntamiento de Sevilla, UIMP, Sevilla, 1996, p. 151.

56 Así lo dispone el art. 376 del CP: "[...] los jueces o tribunales, razonándolo en la sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley para el delito de que se trate, siempre que el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y haya colaborado activamente con las autoridades o sus agentes bien para impedir la producción del delito, bien para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que ha pertenecido o con las que haya colaborado." Igualmente lo señala el art. 579 CP para el delito de terrorismo.

implicar algo más de riesgo para la persona del arrepentido. De este modo, el arrepentido no oculta su verdadera identidad sino sus verdaderas intenciones, de colaborar con la justicia. Es esta segunda opción, la que hemos configurado como infiltración semipública, asemejándose en determinados aspectos con la infiltración policial como pondremos de relieve más adelante.

A la hora de entender la figura del arrepentido debemos precisar varios aspectos: por un lado que el arrepentido puede no haber formado parte en las acciones delictivas y por tanto no será coimputado, sino simplemente arrepentido o colaborador de la justicia, es decir, una persona que habiendo formado parte de la organización no ha cometido ningún delito en las diferentes formas de participación; en segundo lugar que el arrepentido puede haber participado en la comisión de las conductas delictivas objeto de la información, en cuyo caso será arrepentido-coimputado; y en tercer lugar el simple coimputado, es decir, aquel que colabora con la justicia o facilita información con el simple ánimo de venganza.

Aunque la persona del arrepentido no siempre coincidirá con la persona del coimputado, y viceversa, esta situación idílica que a efectos probatorios proporciona el arrepentido, se derrumba, cuando a la vez se convierte en coimputado en el mismo proceso penal. Estos supuestos, se suscitan cuando el arrepentido como miembro de la organización ha participado de alguna manera: autor, cómplice o cooperador, en la acción delictiva.

El arrepentido-coimputado es el antiguo miembro de la organización que cansado por la participación en las conductas delictivas de la misma, colabora de forma activa con la justicia para la prevención y represión de la actuación propia de la organización, es decir, permanece de forma encubierta en el entramado al que perteneció. Igualmente, hemos fijado que la persona, aunque colabore con la justicia tendrá que responder penalmente por los delitos que se le imputan. Por lo tanto, en su caso asumirá el rol tanto de arrepentido como de coimputado.

No obstante hay que advertir que en la figura del coimputado no tiene por qué encontrarse siempre el ánimo de abandonar la organización o arrepentimiento previo, sino que una vez detenido y creyéndose poseedor de determinados beneficios procesales y penales puede declarar contra todos aquellos miembros restantes delatando la actuación de los mismos. La única diferencia existente entre el arrepentido y el coimputado es que el arrepentido podrá gozar de ciertos beneficios penales circunscritos a los delitos de terrorismo y tráfico de drogas, mientras que el simplemente coimputado no.

Por ello, debemos matizar que a los efectos de este trabajo de investigación, analizaremos el valor que se otorga a la declaración del arrepentido-coimputado que actúa de forma activa con el poder público para conseguir la satisfacción del interés del Estado en cuanto a la prevención y represión de la

criminalidad organizada. De este modo, podemos afirmar que en el caso que analizaremos la condición de coimputado es inherente a la de arrepentido.

El problema principal radica en la dudosa credibilidad de la declaración del coimputado puesto que puede venir influida por ánimos de venganza⁵⁷. Así con respecto a las declaraciones del arrepentido-coimputado, hay que tener en cuenta que, tal y como afirman algunos autores como QUINTERO, sus revelaciones no debieran merecer la valoración de denuncia cierta y verosímil, pues existe el razonable riesgo de que sus manifestaciones o acusaciones no sean otra cosa que fabulaciones ideadas para lograr los beneficios de la indulgencia que para ellos ofrece el sistema jurídico, o que puede ofrecer, o, en su caso, un indulto total o parcial⁵⁸. En tanto en cuanto que el arrepentido-coimputado tendrá que responder penalmente por los hechos delictivos cometidos por él cuando todavía pertenecía a la organización criminal, de manera activa, antes de su arrepentimiento.

En el mismo sentido, la Jurisprudencia tacha la declaración del coimputado como no válida para desvirtuar la presunción de inocencia puesto que el coimputado al no estar sometido al deber de juramento previsto para las declaraciones de los testigos podrá estar afectada en su veracidad por el ejercicio del derecho a no autoincriminarse⁵⁹.

57 RIVES SEVA, *La prueba en el proceso penal*, cit., p. 78. en este sentido manifiesta el TEDH: "delicados problemas ya que, por su propia naturaleza, dichas declaraciones son susceptibles de ser el resultado de manipulaciones, de perseguir únicamente el objetivo de acogerse a los beneficios que la Ley concede a los arrepentidos o, incluso venganzas personales... las declaraciones de los arrepentidos deben ser corroboradas por otros elementos de prueba" STEDH de 6 de abril de 2000 (Caso Labita contra Italia). Por su parte el Tribunal Supremo se refiere a la figura del arrepentido como: "La declaración del acusado arrepentido, por supuesto no recurrente, forma parte de la prueba y se ve afectada por cuanto se viene exponiendo. Sin embargo ha de decirse su trascendente contenido así como también las causas que propiciaron la misma, adecuadamente puestas de manifiesto por los Jueces de la instancia en el segundo fundamento jurídico de la resolución impugnada. El deseo de obtener, como efectivamente obtuvo, un favorable tratamiento penal no solo en cuanto a las penas que habrían de imponérsele por su participación en los hechos sino también respecto a la privación de libertad, fue el primero de los motivos que guió la conducta del arrepentido. También, e independientemente de la ayuda que quería prestar para poner fin a la expansión del ilícito tráfico de estupefacientes, actuó movido por un cierto ánimo vengativo al menos respecto de alguno de los acusados. Las dudas con que han de ser recibidas esas manifestaciones quedaron sin embargo superadas por las demás pruebas que en cada caso confirmaron su contenido." SSTs de 5 de noviembre de 2003 (RJ 8031); de 15 de octubre de 2003 (RJ 7506); de 26 de febrero de 2003 (RJ 2407); de 7 de diciembre de 1996 (RJ 8925); de 14 de febrero de 1995 (RJ 818).

58 QUINTERO OLIVARES, "Orígenes y aparición del problema de los delitos contra la salud pública", cit.

59 STS de 30 de abril de 2004 (RJ 3241). Por su parte el TC dispone que: "a la vista de los condicionantes que afectan al coimputado de sometimiento a un proceso penal y de ausencia de un deber de veracidad, el umbral mínimo que da paso al campo de libre valoración judicial de la prueba practicada está conformado en este tipo de supuestos por la adición a las declaraciones del coimputado de algún dato que corrobore mínimamente su contenido. Antes de ese mínimo no puede hablarse de base probatoria suficiente o de inferencia suficientemente lógica o consistente desde la perspectiva constitucional que demarca la presunción de inocencia" STC 115/1998, de 1 de junio. En este sentido la STEDH de 25 de febrero de 1993 (Caso Funke c. Francia)

No obstante, hay que tener en cuenta que el arrepentido-coimputado, proporcionará más información que la que supone la comisión del hecho delictivo como datos de la organización relativos a composición, estructura, actividad, vinculaciones nacionales e internacionales con otras organizaciones, delitos cometidos o que pudiesen cometer... En definitiva todos aquellos datos relevantes que pudieran servir de ayuda para llegar a la desarticulación de la organización.

Por ello, cuando hablamos de arrepentido-coimputado podemos hablar de dos "facetas" en torno a sus declaraciones: por un lado, la faceta de coimputado cuando narran su participación en hechos delictivos como miembro activo de la organización. Y por el otro, en su faceta de arrepentido cuando suministra datos relativos a la organización.

En este sentido, hay que hacer una doble distinción en cuanto a la declaración que realice: una parte que contará los hechos delictivos en los que haya participado, es decir, la parte en su faceta de coimputado. Y otra parte, en la que referirá los datos relativos a la organización. En cuanto a la primera, la declaración del coimputado, señala el Tribunal Constitucional que:

"[...] a) la declaración inculpativa de un coimputado es prueba legítima desde la perspectiva constitucional; b) la declaración inculpativa de un coimputado es prueba insuficiente y no constituye por sí misma actividad probatoria de cargo mínima para enervar la presunción de inocencia; c) la aptitud como prueba de cargo mínima de la declaración inculpativa de un imputado se adquiere a partir de que su contenido quede mínimamente corroborado; d) se considera corroboración mínima la existencia de hechos, datos o circunstancias externas que avalen de manera genérica la veracidad de la declaración; y e) la valoración de la existencia de corroboración mínima ha de realizarse caso por caso"⁶⁰.

De este modo para que la declaración del coimputado, pueda servir como prueba de cargo, no puede tener finalidad exculpativa, además de tener que concurrir en ellas *hechos o indicios externos o periféricos que la doten de verosimilitud bastante para hacer razonable su valoración favorable*⁶¹.

establece que la declaración del coimputado es sospechosa cuando se trata de la única prueba de cargo en la medida en que el acusado no solo no tiene obligación de decir la verdad, sino que puede callar parcial o totalmente, en virtud de sus derechos a no declarar contra sí mismo o a no confesarse culpable que son garantías instrumentales del más amplio derecho de defensa.

60 STC 190/2003, de 27 de octubre.

61 Así establece el Tribunal que es necesario constatar la concurrencia de elementos de corroboración objetivos y la ausencia de elementos de incredibilidad subjetivos (SSTS de 13 de julio [RJ 7002]; 27 de noviembre de 1998 [RJ 8989]; 14 de mayo [RJ 5391]; 26 de julio de 1999 [RJ 6686]; SSTC 153/1997, de 29 de septiembre; 49/1998, de 2 de marzo; 115/1998, de 1 de junio; 63/2001; 68/2001; 69/2001; 70/2001, de 17 de marzo; 72/2001, de 26 de marzo; 182/2001, de 17 de septiembre; 2/2002, de 14 de enero; 57/2002, de 11 de marzo; 68/2002, de 21 de marzo; 70/2002, de 3 de abril; 125/2002, de 20 de mayo; 155/2002, de 22 de junio; 181/2002, de 14 de octubre; 207/2002, de 11 de noviembre; 1196/2003, de 26 de septiembre).

Además, teniendo en cuenta que la única manera que la información ofrecida por el arrepentido puede entrar en el acto del juicio oral es mediante su declaración⁶², será necesario que se acrediten dichas afirmaciones, ofrecidas por los arrepentidos-coimputados, mediante otras pruebas que lo corroboren para que puedan ser consideradas como veraces⁶³ y ello por el posible ánimo de venganza o simple obtención de beneficios procesales al también ostentar la condición de imputado en el proceso penal en cuestión⁶⁴. Así pueden ser tenidas en cuenta, atribuyéndoles credibilidad como prueba de cargo suficiente, capaz de desvirtuar la presunción de inocencia del imputado contra quien se declara, siempre que se valoren a la luz de un conjunto de elementos especialmente orientadores, tales como la personalidad del delincuente y las relaciones que precedentemente mantuviesen con el señalado copartícipe⁶⁵.

62 GRANADOS PÉREZ, "Instrumentos procesales en la lucha contra el crimen organizado. Agente encubierto. Entrega vigilada. El arrepentido. Protección de testigos. Posición de la Jurisprudencia", cit., p. 96.

63 RIVES SEVA, *La prueba en el proceso penal*, cit., p. 78. STC 142/2003, de 14 de Julio; 25/2003, de 10 de Febrero; 207/2002, de 11 de noviembre; 68/2002, de 21 de marzo; 2/2002, de 14 de enero; 182/2001, de 17 de septiembre. El valor de la declaración del coimputado está condicionada a la comprobación de una serie de extremos: a. ausencia de móvil espurio de la declaración del coimputado; b. ausencia de ánimo de autoexculpación o de obtención de un trato favorable en la sentencia; c. índole de las relaciones anteriores entre el coimputado y el inculcado; d. rasgos de la personalidad del coimputado declarante que influyan en el valor probatorio de los dicho por él (ATS de 9 de julio de 1997 (RJ 6655); STS 11 de enero de 1997 (RJ 6010); de 28 de noviembre (RJ 8237); de 11 de enero de 1999 (RJ 391); de 22 de enero de 1999 (RJ 471); 22 de febrero de 1999 (RJ 513). Por su parte el TC también ha establecido un "factor de fiabilidad", cual es la existencia de otras pruebas que aunque sea mínimamente corroboren la versión del coimputado. Además GASCÓN INCHAUSTI, "El control de fiabilidad probatoria: 'prueba sobre la prueba' en el proceso penal", en *Revista General de Derecho*, Valencia, 1999, pp. 124 y ss; MIRANDA ESTRAMPES, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Bosch, 1997, pp. 205 y ss. Establece el autor que la declaración incriminatoria verificada por un coimputado constituye, pues, según nuestra Jurisprudencia, medio hábil o apto para destruir la presunción de inocencia y constitutivo por tanto de aquella mínima actividad probatoria de cargo suficiente para formar la convicción del juzgador. FLORES PRADA, *El valor de las declaraciones de los coimputados*, Madrid, 1998, pp. 19 y ss.

64 Como señala BENÍTEZ ORTÚZAR, la posibilidad de inculpar a personas que realmente no han participado en los hechos no permite fundamentar una hipotética condena de un tercero sobre la exclusiva declaración del coimputado delator. En *El 'colaborador con la justicia': aspectos sustantivos, procesales y penitenciarios derivados de la conducta del arrepentido*, cit., p. 168.

65 MORENO CATENA, "La protección de testigos y peritos en el proceso penal español", en FERRÉ OLIVÉ, J; ANARTE BORRALLÓ, E., *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Universidad de Huelva, 1999, p. 143. DÍAZ PITA, *El coimputado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 417 y ss, señala que el órgano judicial que presencia tales declaraciones no se halla sujeto a criterios tasados, sino todo lo contrario, es decir, la actividad de apreciación de los resultados arrojados por la práctica de este medio de prueba quedaría supeditada exclusivamente al criterio de la libre apreciación de la prueba o apreciación en conciencia previsto en el artículo 741 LECrim. no obstante, señala que hay que tener cautela a la hora de tener en consideración estas pruebas pues de ellas se deriva un alto riesgo de falta de credibilidad. De este modo señala unos criterios de verificación de la fiabilidad de tales manifestaciones tales como la personalidad del delator, la relación que mantienen los coimputados, la presencia de móviles espurios, el ánimo de autoexculpación.

Igualmente, toda esta información puede servir como líneas de investigación o indicios para continuar o comenzar una investigación, sobre todo en aquellos casos en que el arrepentido no testifique en el acto del juicio oral.

Para finalizar, otro aspecto relevante y que precisa al menos ser mencionado es la protección que se le dispensará al arrepentido pues su actuación supone delatar a los restantes miembros de la organización criminal dado que no es propiamente un testigo pues esta figura queda reservada al tercero ajeno a los hechos que se enjuician⁶⁶. No obstante, hay que recordar que si bien el sujeto arrepentido tiene la condición de coimputado con respecto a sus incriminaciones tendrá la consideración de testigo con respecto a las demás personas imputadas⁶⁷.

Por ello, debemos considerar que dicha protección debe quedar amparada por la Ley 19/1994, de protección de testigos y peritos en causas criminales. Si bien hay quien entiende que la figura del arrepentido no entraría en el ámbito subjetivo de aplicación de la citada ley, ya que no es exactamente ni perito ni testigo, otros autores han propuesto una interpretación autónoma y amplia del concepto de testigo que permita su inclusión basada no en su posición procesal formal de imputado, sino en el contenido material de la declaración prestada en el proceso, la de "testigo" con respecto a los hechos de los otros componentes de la organización⁶⁸. Es por ello, que aunque la Ley de protección de testigos y peritos no establece nada acerca de la protección que debe dispensarse a los arrepentidos que colaboran con la justicia, debemos entender que por la especial situación de peligro que entraña su declaración deben ser considerados amparados por la norma⁶⁹.

66 SEOANE SPIEGELBERG, "Aspectos procesales del delito de tráfico de drogas", en *Actualidad Penal*, 1996, p. 350.

67 GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, *Criminalidad organizada y medios extraordinarios*, cit., p. 157.

68 ZARAGOZA AGUADO, "Nuevos instrumentos procesales en la lucha contra la criminalidad organizada", cit., p. 22. MORENO CATENA señala al respecto que la inclusión de las personas coimputadas (arrepentidas o no) en el ámbito de protección de la Ley 19/1994 es evidente en tanto en cuanto el riesgo que se genera para el declarante con estos testimonios no solo es equiparable, sino que excede en la mayoría de los casos del que se asume por los testigos, aunque no les alcanzará la ocultación de la identidad, en "La protección de testigos y peritos en el proceso penal español", cit., 144.

69 En este sentido la Unión Europea en Resolución del Consejo de 20 de diciembre de 1996 relativa a las personas que colaboran con el proceso judicial en la lucha contra la delincuencia internacional organizada, insta a los Estados miembros a que adopten medidas de protección adecuadas respecto a personas y, si procede, sus padres, hijos y otras personas allegadas a ellas, que, por el hecho de estar dispuestas a cooperar con el proceso judicial, estén expuestas a peligro grave e inmediato, o pudieran estarlo.

a.2. Similitudes y diferencias entre el arrepentido y el agente encubierto

En el apartado anterior hemos puesto de relieve dos formas de sujetos arrepentidos: el que colabora con la justicia proporcionando la información que conoce por haber pertenecido al entramado criminal; y el colaborador activo que será el sujeto que, además de proporcionar información sobre determinados aspectos del entramado que conoce por haber participado en él, continúa de forma encubierta en el seno de la organización para recabar el mayor número de datos posibles, para lograr la desarticulación del entramado, para fundar una sentencia de condena contra todos los responsables, así como, para interrumpir las acciones delictivas que se vayan a desarrollar.

De este modo, las posibles diferencias y similitudes existentes entre la figura del agente encubierto y el arrepentido solo cabe entenderlas desde la segunda premisa. Es decir, siempre que permanezca de manera encubierta en la organización criminal a la que perteneció. No obstante, hay que advertir que el agente encubierto y el arrepentido son realidades jurídicas diferentes y que en ningún caso pueden ser confundidas, pues, en el caso en que el agente encubierto tenga que ser considerado como un imputado más, debemos considerarlas como actuaciones fingidas que quedan al amparo de la regulación de la infiltración policial⁷⁰.

Una primera diferencia evidente es el carácter de policía del agente encubierto y de particular del arrepentido. Ahora bien, tanto el agente encubierto como el arrepentido buscan la satisfacción de un interés público, la represión y prevención de los delitos. En torno a esta similitud existe una importante diferencia. Mientras que el agente encubierto lo hace de manera altruista como función propia de su cargo, el arrepentido colabora con la justicia a cambio de ciertos beneficios tanto penales⁷¹ como referidos a su protección personal.

70 Por ejemplo, la posibilidad de que el infiltrado adopte el rol de arrepentido. Lo que no sucederá es que el agente encubierto adquiera la condición de coimputado, ya que éste no podrá en ninguna de las formas de participación posible realizar una acción criminal, salvo las que se les autorice. Por ejemplo, si los miembros de la organización son detenidos, es necesario para la salvaguarda de la integridad del infiltrado, no levantar sospechas, que sea detenido, pudiendo de este modo dar toda la información relevante que haya recabado concerniente a la banda organizada. Otra situación posible es que el agente encubierto pase a convertirse en arrepentido con el único propósito de abandonar la organización. Es decir, cuando la infiltración policial debe concluir, el agente encubierto no puede desaparecer sin más puesto que eso conllevaría un peligro incalculable para la vida del agente. No obstante, se podrá proceder a la detención de los responsables, entre ellos el infiltrado, para hacerse pasar por arrepentido y así poder trasladar toda la información de relevancia concerniente a la organización, lo que no provocaría desvelar la condición de policía del agente encubierto.

71 No obstante, hay que tener en cuenta que estos beneficios penales se adoptarán de manera discrecional por el órgano judicial enjuiciador dependiendo de la gravedad de la conducta criminal del arrepentido. Vid. BENÍTEZ ORTÚZAR, *El 'colaborador con la justicia': aspectos sustantivos, procesales y penitenciarios derivados de la conducta del arrepentido*, cit., pp. 169 y ss.

Ambos sujetos actúan de manera encubierta pero con una importante diferencia. Si bien, ambas actuaciones son catalogadas como infiltraciones, la actuación del agente encubierto es una infiltración policial de carácter jurisdiccional o policial, mientras que, la actuación del arrepentido es una infiltración semipública y sobrevenida ejecutada bajo el control de los poderes públicos⁷².

Además, la actuación del agente encubierto se caracteriza por el doble engaño en la identidad y en las intenciones de su actuación. En cambio, el arrepentido, una vez que continua en el entramado criminal no oculta su verdadera identidad sino solo las intenciones de su continuación.

La intervención de un agente encubierto y de un arrepentido, se circunscriben a la delincuencia organizada aunque en el caso de los arrepentidos, se reduce aún más el ámbito de aplicación: solo a los delitos de terrorismo y tráfico de drogas⁷³ previstos en los arts. 376 y 579 del Código Penal respectivamente.

En ambas intervenciones, el serán los poderes públicos los que diseñen la infiltración, aunque, en el caso del arrepentido es él el que toma la iniciativa de ponerse en contacto con las autoridades penales. No obstante, su faceta de colaborador activo de la justicia será diseñada y controlada por los funcionarios encargados de la persecución penal.

Por otra parte, la actuación del arrepentido y del agente encubierto una vez infiltrados en el seno de la organización es bien distinta. En este sentido, el arrepentido ya pertenece a la organización criminal y por tanto ya tiene un status en la misma por lo que no tendrá que forjar las relaciones con la organización como es el caso del agente encubierto. Este status del arrepentido en la organización criminal, puede tener un *handicap* pues su continuación en la organización debe realizarse sin ánimo de delinquir. Su única función desde el momento en que acude a las autoridades es recabar el mayor número de datos posibles. Pero su desconexión absoluta con la actividad delictiva puede

72 En la Jurisprudencia se encuentran algunos supuesto de infiltración sobrevenida en que los arrepentidos han delatado a sus compañeros y han seguido permaneciendo con ellos hasta la consumación del hecho delictivo: ATS de 13 de julio 1999 (RJ 6170): "[...] consta en las actuaciones, por las propias declaraciones del recurrente, que es él el que propone a José Antonio la participación en la importación de la cocaína, poniendo éste en conocimiento de la Policía y de la Fiscalía tales hechos constitutivos de un delito y consistiendo su actividad en permanecer en el mismo sin comunicar al recurrente su delación, por lo que no existe provocación del delito sino simular una coautoría de un delito preexistente, que ya había comenzado a ejecutarse con el envío de la droga desde Sudamérica, elemento éste relevante porque es, precisamente, la modalidad delictiva del tráfico de drogas —con normal ejecución en tracto sucesivo— la que habilita la posterior intervención policial como consecuencia de la denuncia de José Antonio que contacta con el impugnante con posterioridad a la ejecución del delito, y que si bien utiliza medios engañosos, fingiendo intenciones irreales, sin embargo no origina un delito antes inexistente, sino que solo sirve para descubrir aquel que ya se ha cometido con anterioridad." STS de 14 de febrero de 1995 (RJ 818); de 27 de enero (RJ 264).

73 Este es el ámbito de aplicación en el ordenamiento español donde se prevé la atenuación de la pena en uno o dos grados. En cuanto a otros ordenamientos Vid. nota al pie N.º 36.

levantar las sospechas de los restantes miembros de la organización lo que generaría un riesgo para la vida y la integridad de la persona del arrepentido. Así, en tanto en cuanto el arrepentido actúa bajo el control de los poderes públicos, son ellos los que deberán dirigir su actuación en la organización. Y en nuestra opinión, debería permitírsele la realización de las mismas funciones que al agente encubierto en cuanto al *adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos*, siempre bajo el estricto control de los poderes públicos.

Un problema común a los dos es la posible ilicitud de los datos recabados en caso de que hayan sido obtenidos mediante la violación de algún derecho fundamental pues la eficacia de estos derechos afecta de igual forma a los poderes públicos y a los particulares⁷⁴.

De todo lo expuesto podemos deducir que, las diferencias, entre el agente encubierto y el arrepentido son bastantes nítidas y que la actuación de uno nada tiene que ver con la del otro salvo por la satisfacción del interés público que se pretende con ambas acciones.

b. El confidente

Para la eficaz lucha del crimen organizado, por las fuerzas policiales, se requiere una importante labor de información, sobre todo de fuentes vivas entre las que se encuentra el confidente policial. Mediante esta figura, se obtienen datos de primera mano sobre preparativos, posibles autores de hechos delictivos, localización de personas, etc.⁷⁵

El confidente, más que con el agente encubierto, se acerca a la figura del arrepentido pues ambos son particulares que de una forma u otra colaboran con las autoridades penales, proporcionando información acerca de la organización criminal que se pretende investigar. Ahora bien, en este punto pretendemos poner de relieve las particularidades del confidente para más adelante destacar aquellas posibles similitudes y divergencias que puedan darse entre la figura del agente encubierto y la del confidente.

La figura del confidente surge como alternativa al ya agotado espíritu de colaboración ciudadana que se estiló como, fuente casi exclusiva de, iniciación de actuaciones procesales penales el pasado siglo⁷⁶.

74 Vid. GARCÍA TORRES y JIMÉNEZ-BLANCO, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1986.

75 HERNANDO MARTÍN, "La Guardia Civil en la lucha contra el crimen organizado: técnicas de información, metodología operativa y directrices policiales en las investigaciones", en <<http://bit.ly/1YfT7Ge>>, p. 1395.

76 VELASCO NÚÑEZ, "El confidente", en *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*, volumen dedicado a *Delitos contra la salud pública*, CGPJ, Madrid, 1992.

La habitualidad en la participación del confidente en la investigación de los hechos delictivos se hace presente en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. De los pronunciamientos jurisprudenciales se desprende que son las fuerzas policiales las que buscan la colaboración de los particulares confidentes como medio lícito de investigación criminal⁷⁷.

La declaración del confidente podrá aportar datos para la investigación del hecho delictivo. Puede o no pertenecer al ámbito delictivo que se está investigando, es decir, puede ser un delincuente de pequeña escala que, a cambio de ciertos favores, dice a las autoridades información relevante sobre la organización objeto de investigación. Es por ello, por lo que se distingue entre el confidente anónimo⁷⁸ o no.

Una peculiaridad básica en la actuación del confidente es que no se requiere de su infiltración en el entramado organizativo del que proporciona la información, lo que supone una diferencia clara con la figura del agente encubierto. De este modo, la actuación del confidente se limita a dar información sobre la comisión de determinados hechos delictivos de los que tiene conocimiento. No obstante, puede darse la situación de que el confidente se integre en la estructura criminal bajo la supervisión y control de los poderes públicos⁷⁹.

b.1. Concepto y características del confidente

En primer lugar hay que determinar que hablar de confidente es hablar de colaborador judicial. Se configura como uno de los medios tradicionales de investigación de los delitos, que al igual que el arrepentido, se enmarca en las infiltraciones semipúblicas.

77 SSTS de 8 de noviembre de 2006 (RJ 9562); de 28 de abril de 2006 (RJ 2331); STS de 3 de febrero de 2006; de 16 de febrero de 2005 (RJ 1068); de 6 de julio de 2005 (RJ 7363); de 23 de marzo de 2005 (RJ 3574); 30 de diciembre de 2004 (RJ 833/2005); 2 de febrero de 2004 (RJ 2186); de 15 de diciembre de 2003 (RJ 9479); de 18 de septiembre de 2003 (RJ 6458); de 17 de junio de 2003 (RJ 6214); de 4 de octubre de 2002 (RJ 8866); de 30 de septiembre de 2002 (RJ 9153); de 12 de febrero de 2001 (RJ 1255); de 18 de octubre de 2000 (RJ 8783); de 30 de septiembre de 1998 (RJ 6468); 9 de marzo de 1998 (RJ 2346); 3 de marzo de 1998 (RJ 2344); de 14 de febrero de 1995 (RJ 818); de 14 de noviembre de 1996 (RJ 8204). La figura del confidente también ha sido utilizada en procesos de vital relevancia en España. Un claro ejemplo es la utilización por parte de la Guardia civil de confidentes en el caso del 11-M. Desgraciadamente, la información proporcionada por el confidente, un año antes de los lamentables atentados, no fueron tenidas en cuenta por este Cuerpo. Así se pone de manifiesto en El País el martes 17 de abril de 2007.

78 La figura del confidente anónimo es diferente a la del denunciante anónimo. Se trata de un colaborador o informante de la policía, siendo esta la que mantiene su identidad en el anonimato. Esta situación bajo nuestro punto de vista persigue que el confidente siga colaborando con las autoridades. Es más la Jurisprudencia ha admitido la posibilidad del confidente anónimo, SSTS de 17 de junio de 2003 (RJ 6214); de 19 de febrero de 2003 (RJ 2393).

79 GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, *Criminalidad organizada y medios extraordinarios*, cit., pp. 147 y ss.

A este respecto señala GIMENO SENDRA que el confidente es la persona perteneciente, por lo general, a los ambientes delictivos⁸⁰, que prestan a la policía el servicio de proporcionarle información, no siempre con fines altruistas y en defensa de la sociedad, sino a cambio de dinero o cierto trato de favor por parte de los agentes policiales⁸¹. Es decir, el clásico soplón o chivato cuya actividad puede estar premiada, ya sea con ventajas materiales (entrega de dinero, droga o protección) y/o procesales (disminución de la pena en caso de pertenecer a los ambientes delictivos)⁸².

En otras ocasiones, el confidente puede actuar como agente provocador incitado por las autoridades de represión del delito en cuyo caso estaríamos ante actuaciones ilícitas por entender que la actuación del confidente supone el nacimiento de la intención de delinquir en la persona investigada, es decir, la existencia de un delito provocado⁸³.

Los confidentes policiales normalmente provienen de los ambientes criminales y por ello prefieren permanecer con su identidad oculta⁸⁴. Es decir,

80 HERNANDO MARTÍN, "La Guardia Civil en la lucha contra el crimen organizado: técnicas de información, metodología operativa y directrices policiales en las investigaciones", cit., p. 1395. Señala el autor que normalmente los confidentes policiales deben ser personas cercanas a los grupos sobre los que ofrecen la información dado que una persona normal no va a tener información sobre las actividades de una organización criminal.

81 GIMENO SENDRA (junto MORENO CATENA y CORTÉS DOMÍNGUEZ), *Derecho procesal penal*, Colex, Madrid, 1999, p. 409.

82 PÉREZ ARROYO, "La provocación de la prueba, el agente provocador y el agente encubierto: la validez de la provocación de las pruebas y del delito en la lucha contra la criminalidad organizada desde el sistema de pruebas prohibidas en el Derecho Penal y Procesal Penal", en *La Ley*, 2000, p. 2. Por su parte MONTÓYA define la figura del confidente como: aquella persona cuyos datos son reservados, que confidencialmente brinda material informativo acerca de ilícitos, prestando una valiosa ayuda a los funcionarios policiales en la investigación del delito. Hay que resaltar que el confidente actúa desde fuera, es decir que la información la recaba desde el exterior sin que para ello sea necesaria trazar lazos con los miembros de la organización. MONTÓYA, *Informantes y técnicas de investigación encubierta*, p. 185. en igual sentido, RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, "Comentario a la LO 5/1999, de 13 de enero: 'la entrega vigilada' y 'el agente encubierto'", en *Actualidad Aranzadi*, N.º 380, 1999, p. 5. Refiriéndose tanto al arrepentido como al confidente, la Resolución del Consejo de 20 de diciembre de 1996, relativa a las personas que colaboran con el proceso judicial en la lucha contra la delincuencia internacional organizada, se invita a los Estados miembros a que "consideren la posibilidad, con arreglo a los principios generales de su ordenamiento jurídico, beneficios específicos a quienes rompan sus vínculos con una organización delictiva, se esfuercen en evitar la continuación de las actividades delictivas o ayuden de forma concreta a las autoridades policiales o judiciales a reunir los elementos de prueba decisivos para la reconstrucción de los hechos y para la identificación o la detención de los autores del delito". DELGADO MARTÍN, *Criminalidad organizada*, cit., p. 45.

83 Así lo pone de relieve la SSTS de 4 de abril de 2003 (RJ 4873); de 30 de septiembre de 2002 (RJ 9153); de 14 de julio de 2000 (RJ 6910); 9 de marzo de 1998 (RJ 2346); de 3 de noviembre de 1993 (8223); de 21 de julio de 1992 (RJ 6770). ATS de 13 de julio de 1999 (RJ 6170). Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 14 de diciembre de 2004 (JUR 240360).

84 BERNAL VALLS, "Deber de declarar y derecho al silencio en la prueba testifical del proceso penal: sumarias consideraciones sobre su problemática actual", en *Revista del Poder Judicial*, N.º 5, CGPJ, Madrid, 1987.

se trata de la protección de las fuentes de información de la policía mediante el reconocimiento, de su derecho, a no descubrir ni revelar los datos de identidad del informador⁸⁵. En este sentido, señala BARCELONA LLOP, que el fundamento de la ocultación de la identidad del confidente se debe, fundamentalmente, a la salvaguardia de su derecho a la intimidad cuanto por la de su vida o integridad física⁸⁶.

De este modo debemos considerar una doble dimensión en cuanto a la ocultación de la identidad del confidente. De un lado, la actuación de la policía al ocultar la identidad de su informante. Por otro lado, la ocultación, no de la identidad sino de su condición de confidente, es decir, de sus intenciones a los miembros de la organización que se está investigando. Esta idea es básica para hacer una distinción fundamental con el agente encubierto, pues en la actuación del confidente no existe el doble engaño presente en las intervenciones de los agentes encubiertos.

En España, lo más habitual es que el confidente policial pertenezca a los entornos criminales y por ello se infiere la posible participación en la comisión de actividades delictivas. De todas esas actividades delictivas, de las que haya participado antes de prestar su colaboración a las fuerzas policiales, deberá responder penalmente, sin perjuicio de que se le beneficie con ciertas ventajas por su participación activa con las autoridades. No obstante, la actuación como confidente nunca supondrá la exención de responsabilidad penal.

Diferente situación se observa en el ordenamiento jurídico alemán donde se prevé la actuación de confidentes particulares que no pertenecen a los bajos fondos criminales. Así, es posible que las autoridades alemanas acudan a personas privadas, que no son miembros de policía, pero que trabajan para ella y que se les conoce con el nombre de *V-Mann*.

Por otro lado, la actuación del confidente no se limita a la delincuencia organizada sino que, por el contrario, las autoridades encargadas de la represión y prevención de los delitos pueden recurrir a este tipo de colaboración cuando estimen oportuna su intervención.

La labor propia del confidente, por tanto, es suministrar información sobre el entramado criminal que se investiga. Esta información va a ser elaborada y tratada en instancias policiales⁸⁷, y puede suponer un empuje a la investi-

85 En cuanto al deber policial de guardar en secreto la identidad del confidente consultar VELASCO NÚÑEZ, E., "El confidente", cit.

86 BARCELONA LLOP, "El secreto policial. Acceso a archivos y registros de la policía. Los ficheros automatizados de las fuerzas y cuerpos de seguridad", en *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*, volumen dedicado a *Acceso judicial a la obtención de datos*, CGPJ, Madrid, 1997. A este respecto MAPELLI CAFFARENA; GONZÁLEZ CANO; AGUADO CORREA, *Estudios sobre delincuencia organizada. Medios, instrumentos y estrategias de la investigación*, cit., p. 67.

87 MAPELLI CAFFARENA; GONZÁLEZ CANO; AGUADO CORREA, *Estudios sobre delincuencia organizada. Medios, instrumentos y estrategias de la investigación*, cit., p. 67. El colaborador policial

gación que se esté llevando a cabo⁸⁸. No obstante y como hemos puesto ya de relieve, es admitida por la jurisprudencia la posibilidad de que en el atestado no se revele que la información ha sido transmitida por un confidente⁸⁹. Todos los datos que haya proporcionado el confidente no son, evidentemente, suficientes para desarticular una organización criminal sino que, una vez comprobadas, hay que complementarlas por otros medios de investigación policiales⁹⁰.

Admitida la posibilidad de que el confidente oculte su condición de policía en la fase de investigación, diferente es la situación que acontece en el acto del juicio oral⁹¹. En ningún caso se admitirá la salvaguarda del anonimato a través del testimonio de referencia de los policías a los que le proporcionaron la información⁹². A lo sumo, se permitirá que el confidente se acoja a las previsiones dispuestas en la Ley de protección de testigos y peritos.

Para finalizar, son factores a tener en cuenta, los móviles y el carácter del confidente, su participación anterior en el asunto que intervenga (si es el caso) o en cualquier otra actividad delictiva, la fidelidad demostrada, y la disponibilidad de medios para cotejar la información facilitada.

que aporta y facilita información proviene normalmente de ambientes criminales o delictivos, y habitualmente permanece bajo identidad oculta, lógicamente para evitar represalias de los sujetos delatados. El tratamiento de esta información, supone una comprobación por parte de la policía pues la simple manifestación del confidente no puede suponer la solicitud de una entrada y registro o la intervención de las comunicaciones. Vid. HERNANDO MARTÍN, "La Guardia Civil en la lucha contra el crimen organizado: técnicas de información, metodología operativa y directrices policiales en las investigaciones", cit., p. 1395.

- 88 DELGADO MARTÍN, *Criminalidad organizada*, cit., p. 45. Pone de relieve, VELASCO NÚÑEZ, que en este sentido las declaraciones del confidente pueden llevar a *creer y originar una investigación que no es sino una infamia*. Velasco Núñez, "El confidente", cit. En cuanto al carácter de utilidad como línea de investigación la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2003 (RJ 6214), estima que las declaraciones de los confidentes pueden *servir como punto de partida de una investigación*.
- 89 Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 2000 (RJ 8783). Esta posibilidad, que como advertimos es admitida por la Jurisprudencia, es para DELGADO GARCÍA, una cortina que frecuentemente esconde las actuaciones irregulares de la policía. En *Criminalidad organizada*, cit., p. 45.
- 90 Así por ejemplo, la información proporcionada por un confidente puede servir para articular una infiltración policial con mejores expectativas de éxito pues se pueden conocer, gracias al confidente policial, mayores entresijos de la estructura criminal.
- 91 No obstante, si se quiere usar su testimonio como prueba, debe llevarse al confidente al juicio oral para que lo contradiga la defensa. CHOCLÁN MONTALVO, "La prueba videográfica en el proceso penal: validez y límites", en *Revista del Poder Judicial*, N.º 38, Madrid, 1995. Igualmente en este sentido el TEDH estima que el CEDH no impide apoyarse en la fase de investigación en fuentes tales como el confidente o informante. Pero el uso posterior de esas declaraciones como pruebas de cargo para justificar una condena, suscitan otro problema cuál es la limitación de la previsión recogida en el artículo 6 del Convenio. [SSTEDH de 20 de noviembre de 1989 (Caso Kostovski); de 27 de septiembre de 1990 (Caso Windisch); de 9 de junio 1997 (Caso Teixeira de Castro)].
- 92 En este sentido, debemos poner de manifiesto la exigencia que se hace a los testigos de referencia sobre la necesidad de precisar el origen de la noticia, designando nombres y apellidos o señas con que fuere conocido. Es por ello, por lo que no se podría garantizar de ningún modo el anonimato del confidente.

b.2. Similitudes y diferencias entre el confidente y el agente encubierto

Nos encontramos ante dos figuras realmente dispares que sirven para garantizar la eficacia de la lucha contra la criminalidad organizada. No obstante ambos sujetos realizan una función de infiltración donde predomina el engaño, aunque, si bien es cierto, sus actuaciones son bien diferentes.

La nota característica del doble engaño presente en las infiltraciones públicas policiales (intervención de un agente encubierto) no se encuentra presente en las infiltraciones semipúblicas (actuación del confidente o el arrepentido) que se caracterizan por la ocultación de las intenciones ante los miembros de la organización que se investiga, pero no de la verdadera identidad.

Evidentemente la principal diferencia que separa al agente encubierto y al confidente es el carácter de policía del primero. El confidente es un particular que actúa bajo la supervisión y control de los poderes públicos y que puede pertenecer a los bajos fondos como en el caso español, o bien ser un particular que trabaja para la policía como es el caso alemán. En ningún caso ostenta el carácter de agente de las fuerzas de seguridad⁹³.

Dentro del marco de actuación del confidente hay que distinguir dos posibles situaciones. La primera de ellas cuando las fuerzas de seguridad reclaman al confidente información sobre un determinado hecho delictivo y la segunda cuando se le encarga una labor encubierta en una operación controlada. En el segundo de los supuestos mencionados, la actuación del confidente se asemeja más a la del agente encubierto pues la actuación del confidente infiltrado resulta totalmente imputable al poder público⁹⁴.

De este modo, cuando el confidente actúa infiltrándose en la organización criminal, la diferencia con el agente encubierto estriba en la ocultación de la verdadera identidad ya que, como hemos dicho anteriormente, el confidente solo oculta sus verdaderas intenciones a los restantes miembros de la organización. Así igual que le ocurre al arrepentido infiltrado⁹⁵ o al agente encubierto, el confidente deberá respetar en todo caso el sistema de derechos fundamentales y todo lo obtenido mediante su restricción ilegítima será de valoración prohibida.

93 Las funciones de confidente también podrá ser desarrolladas por un agente policial con una mera labor informativa de las acciones criminales. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, "Comentario a la LO 5/1999, de 13 de enero: 'la entrega vigilada' y 'el agente encubierto'", cit., pp. 4-8; MONTÓN GARCÍA, "Agente provocador y agente encubierto: ordenemos conceptos", cit., p. 3.

94 GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y agente encubierto*, cit., pp. 153 y ss. GUARIGLIA, "El agente encubierto ¿un nuevo protagonista en el procedimiento penal?", en *Jueces para la Democracia*, N.º 23, 1994, p. 50.

95 La diferencia básica con el arrepentido infiltrado está en que el confidente no formaba parte de la organización con anterioridad a que las autoridades diseñaran una infiltración controlada sino que pertenece a los bajos fondos criminales.

La razón por la que se diseña una infiltración controlada por los poderes públicos y llevada a cabo por un confidente puede responder a diferentes razones condicionadas por las costumbres, la raza o las condiciones delictuales del grupo organizado. Esta operación se desarrollará bajo la supervisión de las fuerzas policiales que creen obtener una mayor información si se infiltra a un particular confidente que a un miembro de las fuerzas de seguridad estatal. En nuestra opinión, consideramos que al no ajustarse a los parámetros establecidos legalmente para la infiltración policial, la planificación y autorización para proceder competen en exclusiva a la policía sin perjuicio de recabar la respectiva autorización judicial en caso de la restricción de un derecho fundamental.

Como ya dijimos anteriormente, el confidente transmite su información a la policía⁹⁶. Y esta debe comprobarla para que pueda servir como indicios o claves de la investigación. Por ello, debemos colegir que la actuación del confidente se realizará en la fase de investigación extraprocesal y por tanto sin necesidad de que se haya abierto el oportuno proceso penal. Sin embargo, la actuación del agente encubierto, como recordamos, procederá en un proceso penal en marcha.

La utilización de agentes encubiertos queda limitada a la delincuencia organizada grave que no pueda ser investigada de manera eficaz por otros medios. Por su parte, la participación del confidente es mucho más amplia, no quedando circunscrita a una concreta forma criminal. Así los agentes de las fuerzas de seguridad pueden hacer uso de los confidentes policiales “de su confianza” para la investigación de todo tipo de actividad delictual. No obstante, y conforme a esta afirmación, el confidente puede intervenir en la investigación de delitos de tráfico de droga, armas, falsificación de moneda,...con independencia de que estos sean desarrollados por una organización criminal o no.

La información obtenida por el agente encubierto en el desarrollo de la infiltración será utilizada como fundamento para la adopción de otras diligencias de investigación que podrán ser desarrolladas por agentes de policía ajenos a la infiltración misma y en su caso, como prueba de cargo si el agente encubierto testifica en el juicio oral. Del mismo modo, la información suministrada por el confidente podrá ser utilizada como línea de investigación pues desvelará datos relativos a la trama organizativa en relación con los hechos cometidos o que se vayan a cometer. No obstante, el confidente puede conocerse de manera indirecta, por lo que la declaración en el juicio oral puede resultar algo más problemática, además por supuesto de los riesgos que conlleva para la persona del confidente.

96 GIMENO SENDRA (junto MORENO CATENA y CORTÉS DOMÍNGUEZ), *Derecho procesal penal*, cit., p. 409.

Por último, debemos recordar que la actuación del agente encubierto es voluntaria y por ello deducimos que es el agente el que se ofrece para actuar como infiltrado. En cambio, el confidente no va de *motu proprio* a colaborar con las autoridades encargadas de la represión y prevención del delito sino que por el contrario son estas las que buscan la colaboración de estos sujetos para que proporcionen información relevante sobre algún caso concreto.

5. ¿PROTECCIÓN DEL AGENTE ENCUBIERTO?

El agente encubierto tiene que contar con protección durante el desarrollo de la operación de infiltración como una vez finalizada la misma. Si los miembros del entramado organizativo objeto de investigación conocen tanto la condición de policía como la verdadera identidad del agente encubierto, éste y sus familiares pueden correr grave peligro.

En el primero de los casos, la protección de la identidad durante el desarrollo de la infiltración policial, se sustentará en reservar en pieza separada la verdadera identidad del agente encubierto así como la identidad supuesta que se le otorga para actuar.

Una vez finalizada la infiltración policial y durante el desarrollo del juicio oral, el infiltrado puede ser llamado como testigo lo que acarrea un peligro para la integridad física o vida del agente encubierto en caso de ser descubierto por los miembros de la organización criminal investigada. Es por ello, por lo que se permite el uso de la identidad supuesta no solo durante el tiempo que dure la infiltración policial sino también una vez terminada, durante todo el procedimiento ulterior.

Además, terminado el juicio oral y siempre que sea necesario para salvaguardar al agente que actuó como infiltrado, se podrá someter al programa de protección de testigos existente. A este respecto, el ordenamiento jurídico español establece en el apartado 2 del artículo 282 bis:

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

En el ordenamiento jurídico peruano, estarán obligados a preservar su carácter secreto aun cuando haya concluido la técnica especial de investigación⁹⁷. En el artículo 341.4 del Decreto Ley 957 por el que se promulga el Código Procesal Penal, tras la modificación por Ley n° 28950 se dispone:

97 Véase: <<http://bit.ly/1m2lTh8>>.

“La identidad del agente encubierto se puede ocultar al culminar la investigación en la que intervino. Asimismo, es posible la ocultación de la identidad en un proceso, siempre que se acuerde mediante resolución judicial motivada y que exista un motivo razonable que haga temer que la revelación pondrá en peligro la vida, la integridad o la libertad del agente encubierto o agente especial, o que justifique la posibilidad de continuar utilizando la participación de estos últimos”.

6. CONCLUSIÓN

Ante una criminalidad excepcionalmente peligrosa, es necesario utilizar mecanismos de represión igualmente extraordinarios como el agente encubierto. Aunque pudiera parecer que la actuación del agente encubierto puede resultar potencialmente lesiva del sistema de garantías, lo cierto es que, está permitida en el Estado de Derecho. Esta permisibilidad dependerá del estricto cumplimiento de las reglas del procedimiento sin que quepa admitir las actuaciones ilegítimas o que se puedan sobrepasar de la misión eficaz del agente encubierto.

La finalidad de la infiltración policial, es la búsqueda de información suficiente para poder conseguir la desarticulación total de la organización. Con la actuación del agente encubierto, se permite la utilización del engaño para que el agente pueda entablar relaciones de confianza con los miembros de la organización y pueda conseguir información relevante para un eventual juicio posterior, sobre la organización misma así como sobre los delitos cometidos, los delitos por cometer y el íter criminal utilizado.

Sobre la condición de agente encubierto, en mi opinión, solo podrán ser utilizados como tal los agentes de las fuerzas y cuerpos de seguridad del estado. Estos, que en todo caso actuarán de forma voluntaria, son los que gozarán de la preparación suficiente para actuar como agente encubierto. De este modo, la utilización de particulares, deberá considerarse infiltraciones *semi-públicas* en las que el protagonista será un confidente o arrepentido que actuará o colaborará con las fuerzas de represión penal, a cambio de ciertos beneficios penales.

Por último, la persona que actúe como agente encubierto, deberá gozar de protección suficiente para que no se vea comprometida su integridad física ni su vida, ni tampoco la de sus familiares. A este respecto, se prevé por un lado que se mantenga la identidad supuesta durante toda la tramitación del procedimiento penal en el que la infiltración policial ha tenido lugar. Y por otro lado, el sometimiento posterior en el programa de testigos y peritos.

NUEVAS TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN: CONFIDENTE, AGENTE PROVOCADOR Y AGENTE ENCUBIERTO

Lidón Montón García

Profesora Titular de Derecho Procesal
Universidad Rey Juan Carlos

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Confidente, delator o “chivato”. 3. Agente provocador. 4. Agente encubierto. 5. Confusión jurisprudencial: agente provocador versus agente encubierto. 6. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

De todos es sabido que en el ámbito penal, el presunto delincuente, y no digamos cuando se trata de organizaciones criminales a gran escala, lleva una ventaja importante al investigador respecto a la manera de perpetrar el hecho delictivo, circunstancias que rodean su comisión y autor o autores del ilícito penal. Es por ello por lo que el legislador intenta regular técnicas que permitan potenciar las funciones de la Policía Judicial para investigar la comisión de hechos delictivos, detectarlos y prevenirlos y así poder fundamentar debidamente la acusación posterior preparando el posible juicio oral en base a las circunstancias del hecho y a la cualidad de su autor o autores.

Leyes que, unas veces amplían el contenido de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y otras lo modifican, adecuándolo a las circunstancias actuales.

El punto de partida de nuestro estudio se encuentra en un precepto originario de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que, curiosamente, ha permanecido inmutable en los años de vida de esta ley y que ha sido modificado por vez primera mediante la Disposición Final Primera de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito¹.

Así, el artículo 282 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal declara que *la Policía Judicial tiene por objeto y será obligación de todos los que la com-*

¹ Se modifica el artículo 282.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal con motivo de la transposición al derecho interno de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos.

ponen... practicar, según sus atribuciones, las diligencias necesarias para comprobarlos (los delitos públicos) y descubrir a los delincuentes.

¿Cuáles son esas *diligencias necesarias*? Pues bien, ante la ambigüedad del precepto, hay que poner en marcha la búsqueda de las actividades que puede desarrollar la policía en el curso de una investigación, en unos casos extraídas de la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal y, en otros, de nueva creación tanto legal como jurisprudencial.

En concreto, la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que la Policía Judicial puede llevar a cabo las diligencias de prevención anteriores al inicio del procedimiento preliminar (art. 284)², así como la práctica de las que el Juez o el Ministerio Fiscal les encarguen durante el sumario *para la comprobación del delito y averiguación de los delincuentes* (art. 287)³.

De tal manera que, ante la cada vez más alarmante proliferación del tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y drogas alucinógenas, el legislador se ha visto en la urgente obligación de poner en marcha todo tipo de armas legales que puedan hacer frente a estas actividades por el evidente peligro para la salud pública.

Un primer intento de propuesta de medidas que favorecieran la investigación de estas formas delictivas se encuentra en la LO 8/1992, de 23 de diciembre⁴, en cumplimiento del contenido del art. 73 del Convenio de Schengen de 14 de julio de 1.985, sobre la permisividad de la entrega vigilada de estupefacientes por la Policía Judicial.

La LO 5/1999, de 13 de enero, intenta perfeccionar esta medida, por un lado, haciendo extensivo su ámbito de aplicación a otras formas de criminalidad organizada y, por otro, exigiendo una resolución fundada para su adopción como garantía de la eficacia procesal de los resultados que el agente policial obtenga durante el acto de investigación.

Se entiende por criminalidad organizada la asociación de tres o más personas para realizar, de forma reiterada o con carácter permanente, conductas

2 Modificado por la Disposición Final Primera de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.

3 Aunque en el procedimiento ordinario estas diligencias policiales, por sí mismas, no tienen eficacia de acto de investigación, sino de denuncia sujeta a comprobación ulterior; sin embargo, sí lo tienen en el abreviado cuando se consideran suficientes por el Juez para formular acusación, sin necesidad de practicar diligencias investigadoras.

4 En todo caso, la adopción de cualquier diligencia investigadora debe guardar un perfecto equilibrio, tanto con el tipo de delito de que se trate, como con el objetivo que pretende la propia investigación.

que pretendan cometer alguno de los delitos contenidos en el apartado cuarto del artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal⁵.

Sin embargo, como estas medidas no siempre resultan infalibles, para evitar que puedan eludirse por la *picaresca* de, sobre todo, las grandes organizaciones delictuales, la LO 5/1999 potencia la acción policial con novedosas fórmulas dirigidas al conocimiento de determinadas conductas delictivas y a conseguir datos para la detención e inculpación de sus autores, introduciendo en la Ley de Enjuiciamiento Criminal el art. 282 bis que permite que, en la investigación de delitos concretos, miembros de la Policía Judicial se introduzcan subrepticamente en su entorno como agentes encubiertos.

El origen del nuevo precepto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se encuentra en el importante respaldo jurisprudencial que reclamaba cobertura legal de algo que, en la práctica de las investigaciones policiales, se llevaba a cabo con total normalidad y que era, y es, defendido por la doctrina del Tribunal Supremo.

Por la novedad que suponen las actividades de los agentes encubiertos bajo identidad supuesta, y por la confusión terminológica que, con los agentes provocadores, nos brinda la jurisprudencia, no distinguiendo claramente el sentido de cada una de estas figuras⁶, intentaremos ofrecer un poco de luz en este asunto.

5 Se considera delincuencia organizada la comisión de alguno de los delitos recogidos en los quince apartados del artículo 282 bis LECRIM, apartado cuarto: "A los efectos señalados en el apartado 1 de este artículo, se considerará como delincuencia organizada la asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer alguno o algunos de los delitos siguientes: a) Delito de obtención, tráfico ilícito de órganos humanos y trasplante de los mismos previstos en el artículo 156 bis del CP; b) Delito de secuestro de personas previsto en los artículos 164 a 166 del CP; c) Delito de trata de seres humanos previsto en el artículo 177 bis del CP; d) Delitos relativos a la prostitución previstos en los artículos 187 a 189 del CP; e) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico previstos en los artículos 237, 243, 244, 248 y 301 del CP; f) Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial previstos en los artículos 270 a 277 CP; g) Delitos contra los derechos de los trabajadores previstos en los artículos 312 y 313 del CP; h) Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros previstos en el artículo 318 bis CP; i) Delitos de tráfico de especies de flora o fauna amenazada previstos en los artículos 332 y 334 del CP; j) Delito de tráfico de material nuclear y radiactivo previsto en el artículo 345 del CP; k) Delitos contra la salud pública previstos en los artículos 368 a 373 del CP; l) Delitos de falsificación de moneda previsto en el artículo 386 del CP, y de falsificación de tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje, previsto en el artículo 399 bis CP; m) Delito de tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos previsto en los artículos 566 a 568 del CP; n) Delitos de terrorismo previstos en los artículos 571 a 578 del CP; 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".

6 Y como muestra, un botón: dice la STS de 14 de noviembre de 1996 (R.A. 8204) que *presumiblemente hubo ese intermediario o mera agente provocador, quizás infiltrado, en el significado que a esta figura le da la sentencia de 14 de febrero de 1.995 (R.A. 818), como confidente o colaborador judicial*. Añadiendo, en otro momento que... *ese delito provocado es distinto de la actuación suscitada por un agente provocador*. Entonces, ¿se trata de la misma figura cuando se habla de un agente provocador, un intermediario, un infiltrado y un confidente? ¿por qué un

Distinción importante sobre todo por la eficacia que puede o no concedérsele, respectivamente, a los resultados obtenidos por la intervención de los agentes policiales. Digámoslo de otro modo: la jurisprudencia debe interpretar si la intervención de una persona ajena no altera la comisión delictiva o si, por el contrario, influye en ella.

2. CONFIDENTE, DELATOR O "CHIVATO"

En el siglo pasado, las actuaciones procesales contra la delincuencia organizada o de banda solo podían iniciarse a través del espíritu de colaboración ciudadana.

Con el transcurso del tiempo, esa cooperación entra en crisis, surgiendo la confidencia como alternativa (no única, ni deseable, pero sí necesaria).

Teóricamente, esto significa que, ante la comisión de un hecho delictivo de carácter público, los ciudadanos tenemos el deber cívico de denunciarlo ante las autoridades competentes.

En la práctica, por contra, sucede que dicha obligación moral se encuentra en plena decadencia⁷; y precisamente esta situación es la que provoca la aparición de la figura del confidente⁸, entendiéndose como tal al individuo que ofrece información a cambio de dinero o de beneficios penitenciarios. Semejante comportamiento supone que, en muchas ocasiones, esté tratándose de seres inseguros o imprudentes, que pretenden chantajear a los organismos encargados de la persecución de los delitos.

Si tanto el ciudadano como el confidente ofrecen información, entonces, ¿en qué se diferencia la denuncia de la confidencia o delación?

Pues bien, ambas ponen en conocimiento de una autoridad oficial una noticia criminal; sin embargo, mientras en la denuncia se conoce la identidad del que da razón del hecho delictivo, no sucede lo mismo con el delator o confidente (o "chivato").

delito provocado no es la consecuencia de la actuación de un agente provocador? ¿este no es el que provoca el hecho delictivo? ¿dónde incluimos en todo este *maremagnum* al agente encubierto? Pongamos, pues, un poco de orden. Al menos, intentémoslo.

7 Por ejemplo, muchas denuncias no se interponen por la molestia que supone ir a Comisaría o al Juzgado o, después, acudir a juicio; o por miedo a una hipotética venganza del delincuente, sus familiares o amigos. Y, precisamente para evitar estas incomodidades o estos temores, lo que debería ser una ordinaria puesta en conocimiento de unos hechos presuntamente delictivos, termina convirtiéndose en una denuncia anónima ante el 091, el teléfono anti-droga, la prensa o la radio.

Incluso, cabe la denuncia por el simple afán de venganza, o para calumniar a alguien, o condicionarla a la obtención de un beneficio personal que es, precisamente, donde entra en juego la figura del confidente.

8 Ver, fundamentalmente, VELASCO NUÑEZ, E., "El confidente", en *Revista La Ley*, N.º 3307, Madrid, 20 de julio de 1993, pp. 1 a 4.

El que la identidad del confidente no conste por escrito tiene como consecuencia su impunidad, puesto que, de mentir, no se le podría castigar. Sin olvidar otros problemas como la provocación de corrupciones funcionariales, producir indefensión o desarrollarse al margen de toda legalidad.

La confidencia es, por tanto, una denuncia irregular al faltar la identidad de quien sabe del delito. Para no perder la información que contiene la delación y siempre que esta tenga visos de realidad, podrán realizarse unas diligencias de tanteo probando la veracidad de lo relatado.

Surge aquí un importante problema: ¿puede dictarse una sentencia condenatoria basada en una confidencia como única fuente de prueba? La respuesta tiene que ser siempre negativa, porque una cosa es que el origen de la investigación sea una delación y, otra, muy distinta, que esta se convierta en fundamento de una imputación o, lo que es lo mismo, en única prueba de cargo, pudiendo, sobre su base, condenar al acusado por el confidente. Y todo ello porque en nuestro sistema procesal penal la prueba de referencias carece de validez, abogando por el testimonio directo del delator; es decir, no puede prevalecer el "sé porque me lo han contado", sobre el "sé porque lo he presenciado".

Como solución al conflicto planteado solo es admisible la siguiente postura: o se desvela la identidad del confidente, exigiéndole que testifique en el juicio oral a presencia del acusado para obtener como prueba su testimonio, o no quedará otro remedio que absolver al acusado.

3. AGENTE PROVOCADOR

Para hablar de agente provocador, debemos partir del concepto de delito provocado, que tiene su origen en la solución a la ineficacia de los actos de investigación en delitos de especial gravedad, introduciendo un agente que provocaba el delito para, así, poder sancionarlo.

Pese a que, aparentemente, parece una solución ideal, pues se trata de conseguir mayor efectividad en el cumplimiento de las leyes sobre la prevención y represión de la delincuencia; sin embargo, no puede ser aceptable, desde el punto de vista de un Estado Social y Democrático de Derecho, que prevalezcan los resultados obtenidos con unos métodos que, claramente, infringen principios constitucionales⁹. Es decir, en definitiva se trata de un problema de política criminal en relación con el sistema político que impere en

9 Sobre todo es un ataque directo al principio de legalidad, a la dignidad de la persona y a su libertad y espontánea determinación, tal como recoge el artículo 9.3 de la Constitución señalando que:

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

cada país, de manera que, estando ante un régimen autoritario en el que impere una actividad represiva sería posible esta forma de lograr la persecución de los delitos instigando a su comisión, pues el delito provocado tiene como finalidad comprobar que una persona es propensa y tiene capacidad para cometer conductas punibles.

Para que se produzca esta figura, deben observarse dos presupuestos¹⁰: uno, la inducción necesaria para manejar la voluntad de un individuo, haciendo que realice una actividad presumiblemente delictiva; y otro, que esta no llegue a término, es decir, que el inductor impida su consumación empleando las medidas de precaución que considere oportunas estando, entonces, ante un delito imposible.

Partiendo, entonces, de meras sospechas de una posible criminalidad, con el delito provocado se obtienen pruebas directas e inequívocas de dicha propensión delictiva —pruebas que, como veremos, no podrán utilizarse al haberse obtenido ilegalmente—.

De lo anterior, debe desprenderse la impunidad del delito provocado; o de otro modo, que no son sancionables las acciones delictivas cometidas mediante instigación de un agente provocador.

Precisamente aquí es donde comienzan los problemas, porque la doctrina, utilizando la figura del agente provocador, distingue dos supuestos que pueden equivocarse, no ya en cuanto al planteamiento y efectos, pero sí en cuanto a la identidad terminológica.

Y es que, mientras por una parte, habla del delito producido por una persona como consecuencia directa de la incitación de un agente provocador, en referencia expresa al delito provocado —actividad delictual que, por la provocación produce la impunidad del provocado—; por otra, está el delito

¹⁰ SSTS 22 junio 1950 (R.A. 979); 15 de junio de 1956; 27 junio 1967 (R.A. 3415); 16 de noviembre de 1979; 20 febrero 1991 (R.A. 1308); 10 abril 1991 (R.A. 2594); 13 mayo 1.991 (R.A. 3635); 18 septiembre 1991 (R.A. 6447); 21 septiembre 1.991 (R.A. 6524); 4 marzo 1992 (R.A. 1730); 10 julio 1.992 (R.A. 6665); 14 junio 1993 (R.A. 5005); 3 noviembre 1993 (R.A. 8223); 21 de enero de 1997; 3 marzo 1998 (R.A. 2344): “La teoría del delito provocado está suficientemente elaborada en la doctrina de esta Sala que ha señalado los presupuestos, los requisitos y los efectos de esta figura jurídica, que tiene lugar cuando un delito se realiza en virtud de una incitación engañosa por parte de un agente provocador, generalmente miembro de las fuerzas policiales que, intentando la detención de personas sospechosas de delincuencia, les impulsa eficientemente a perpetrar un hecho delictivo, haciendo nacer una voluntad comisoria antes inexistente de un delito concreto, el cual no se hubiera cometido sin la causa que fue la incitación del agente provocador. El efecto penal de tales conductas en las que no hay un dolo independiente y autónomo en la persona provocada, ni existe pues culpabilidad, es la consecuencia de la impunidad de tal conducta. Sólo cabe admitir la existencia de delito provocado cuando el agente provocador interviene antes de que los que luego aparezcan como autores hayan comenzado a preparar y realizar el hecho punible”; 23 de enero de 2001; 27 de diciembre de 2001; 12 de junio de 2002; 13 de junio de 2003; 571/2008; 19 de noviembre de 2009; 6 de noviembre de 2013; 13 de mayo de 2014.

producido antes de la intervención del agente, que sí es punible, por tratarse del descubrimiento de alguno de los llamados de tracto sucesivo o, en palabras de la jurisprudencia, se trata ahora de *la actuación suscitada por un agente provocador*. Queriendo indicar, en este segundo caso, que la comisión de un delito incrimina a su autor, siempre y cuando estemos ante una acción u omisión voluntaria producto de una manifestación subjetiva libre tanto en su creación como en su realización; es decir, si su realización es espontánea, no provocada, tal como indicaremos más adelante.

¿Por qué los *delitos provocados* no pueden castigarse? y ¿por qué se condenan los cometidos como consecuencia de la *actuación suscitada por un agente provocador*?

Ordenemos toda esta información que nos ofrece la jurisprudencia.

La impunidad del delito provocado se produce por la falta de tipicidad y de culpabilidad en el autor del mismo; es decir, la voluntad está viciada desde el principio¹¹. Ausencia de culpabilidad, porque el provocado no es el que crea el propósito delictivo —no hay dolo independiente y autónomo—, sino que alguien le induce a ello; y falta de tipicidad porque no hay infracción penal al no consumarse el delito, por tratarse de una ejecución controlada o, lo que es lo mismo, de un delito imposible.

Por tanto, delito provocado es el que comete un individuo como consecuencia única de la instigación de un agente provocador, sea particular o miembro de la policía. Acción que resulta impune por lesionar los principios constitucionales y no observar los requisitos de antijuridicidad propios de una conducta delictiva.

Así lo establece el Tribunal Supremo¹², considerando que el delito provocado está integrado por tres elementos básicos: el primero, subjetivo, incitando engañosamente a un sujeto que no tenía ánimo de delinquir; el segundo, objetivo, deteniendo al sujeto provocado que comete el delito al que ha sido inducido; y el tercero y último, material, convirtiendo la acción en atípica al no existir riesgo para el bien jurídico protegido.

En conclusión, el delito provocado debe considerarse como una actividad policial rechazable e inadmisibles por traspasar los límites de la legalidad.

11 SSTS 6 febrero 1980 (R.A. 455); 30 diciembre 1980 (R.A. 5073); 21 marzo 1.986 (R.A. 1678); 10 julio 1.992 (R.A. 6665); 14 junio 1993 (R.A. 5005): "[...] la doctrina ha sostenido la no punibilidad del llamado agente provocador apoyándose para ello en que este obra sin el "doble" dolo que la inducción (art. 14.2 CP) requiere. En efecto, en la inducción al delito se requiere que el inductor haya tenido no solamente el dolo de crear el propósito delictivo en otro, sino de que este alcance también la consumación (en algunos casos se propone exigir el dolo de que el inducido alcance el agotamiento del delito)"; 3 noviembre 1993 (R.A. 8223); 22 diciembre 1993 (R.A. 9698); 11 mayo 1994 (R.A. 3687); 30 diciembre 1995 (R.A. 9637); 3 marzo 1998 (R.A. 2344).

12 Por todas, STS de 13 de mayo de 2014.

4. AGENTE ENCUBIERTO

Las nuevas formas de delincuencia propiciaron la creación y consolidación jurisprudencial tanto de los ya tratados agentes provocadores como de los agentes encubiertos. Y, con la LO 5/99, de 13 de enero, la figura de estos últimos recibe cobertura legal en el nuevo artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Quedó determinado en el apartado anterior cómo la jurisprudencia, al tratar de los delitos cometidos por la instigación del agente provocador, incluye dos hipótesis: una general, en referencia al delito provocado, en sentido estricto, como aquel que se produce *ex novo*, llevando a la impunidad del provocado por el inductor; y otra, distinta y a modo de matización del anterior, para la investigación de los llamados delitos de tracto sucesivo que se producen antes de la intervención del agente, siendo punibles, provocando la obtención de pruebas para descubrir hechos delictivos sobre los que se tienen fundadas sospechas de que están cometiéndose o ya se han realizado.

Así, el agente encubierto se convierte en nuevo medio de investigación de delitos, reconocido legalmente y no solo jurisprudencialmente. Es una figura que, en ningún caso, debe confundirse con la del agente provocador, que está prohibida en nuestro sistema procesal penal. Pese a que las dos recaen en miembros de las Fuerzas de Seguridad —aunque también pueden serlo los particulares—, su función es distinta: mientras el agente provocador incita con engaños a un tercero para que cometa un hecho delictivo imposible, en el sentido concedido anteriormente y, por tanto, impune; el agente encubierto actúa solo cuando está convencido de la existencia de una actividad delictiva consumada o que se está cometiendo, y cuyo descubrimiento pretende.

Posibilidad investigadora, esta última, que surge por la obligación de prevenir y combatir los hechos delictivos en materia de salud pública, como el uso indebido de drogas y estupefacientes, para lo que se crean los Servicios Policiales de lucha antidroga para descubrir y hacer que se castigue su uso indebido, cuando sea delito¹³.

13 Art. 344 CP de 1973: "Los que ejecuten actos de cultivo elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines, serán castigados con la pena de prisión menor en su grado medio a prisión mayor en su grado mínimo y multa de un millón a 100 millones de pesetas si se tratare de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de arresto mayor en su grado máximo a prisión menor en su grado medio y multa de 500.000 a 50 millones de pesetas en los demás casos". Que se corresponde con el artículo 368 del CP de 1995: "Los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines, serán castigados con las penas de prisión de tres a nueve años y multa del tanto al triple del valor de la droga objeto del delito si se tratase de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de prisión de uno a tres años y multa de tanto al duplo en los demás casos".

Para que los resultados de esta diligencia de investigación sea primeramente constitucional y adquiera, después, eficacia probatoria, deben observarse una serie de presupuestos que pasamos a analizar.

Primero, debe tratarse de la investigación de un delito de tracto sucesivo de los que señala el párrafo cuarto del artículo 282 bis de la LECRIM¹⁴; es decir, de la preexistencia¹⁵ —no de meras sospechas— de las actividades de una red criminal y de un peligro abstracto, por lo que supone de medios —instrumentos, naves, automóviles, aeronaves, etc.—, intermediarios o contactos para su realización, que hay que descubrir.

Segundo, el Juez de Instrucción o el Ministerio Fiscal (dando cuenta al Juez), mediante resolución motivada¹⁶ autorizarán a uno o varios miembros voluntarios de la Policía Judicial a actuar bajo identidad falsa¹⁷.

Tercero, las actuaciones que el agente encubierto pueda desarrollar en el ejercicio de su cargo, deben ser prudentes y proporcionadas a la finalidad que pretende lograrse, lo que significa que están sujetas a dos limitaciones importantes: una, la provocación para delinquir, pues esta produciría impunidad y la consiguiente pérdida de eficacia de los resultados obtenidos; y otra, que su acción afecte a derechos fundamentales, en cuyo caso deberá informar al Juez que le autorizó para que este le permita la práctica de aquella expresamente¹⁸.

Debe evitarse caer en la provocación del delito porque el agente encubierto no crea el dolo en el autor de hecho delictivo, sino que este es un *omnimodo facturus*, es decir, que ya estaba decidido a la realización del delito

14 Artículo 282 bis, párrafo cuarto de la LECRIM. Ver nota al pie número 5.

15 Sirva de ejemplo la disponibilidad de las drogas con finalidad de reventa; su tenencia previa con destino al tráfico; los acopios no improvisables; la mercancía al por mayor; la habitualidad; la reiteración consumada de las actividades, tal como recogen las SSTs 18 abril 1972 (R.A. 1098); 20 febrero 1973 (R.A. 786); 9 octubre 1.987 (R.A. 7269); 22 mayo 1.993 (R.A. 4233); 22 diciembre 1.993 (R.A. 9698); 13 julio 1.995 (R.A. 5432); 30 marzo 1.996 (R.A. 2465); 15 febrero 1.992 (R.A. 1185); 27 noviembre 1.992 (R.A. 9535).

16 Resolución que contiene el nombre auténtico del agente y la identidad supuesta, que es reservada y debe conservarse fuera de las actuaciones con toda la seguridad posible tal como dice el párrafo segundo del apartado primero del artículo 282 bis de la LECRIM.

17 La identidad supuesta la otorga el Ministerio del Interior por un plazo de seis meses, prorrogable por iguales períodos dependiendo de los resultados de la investigación (párrafo primero del apartado primero del artículo 282 bis de la LECRIM).
Identidad que se mantendrá durante toda su actuación como agente encubierto, así como para el caso de que tenga que intervenir como testigo en la causa (aplicándose, por ser un testigo cualificado, el contenido de la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de testigos protegidos) como indica el apartado segundo del artículo 282 bis de la LECRIM.

18 Artículo 282 bis, párrafo tercero LECRIM: "Cuando las actuaciones de investigación puedan afectar a los derechos fundamentales, el agente encubierto deberá solicitar del órgano judicial competente las autorizaciones que, al respecto, establezca la Constitución y la Ley, así como cumplir las demás previsiones legales aplicables".

hasta su misma consumación no siendo, por tanto, provocado por nada ni por nadie, sino simplemente sorprendido en su comisión¹⁹.

Cuarto, la información obtenida por el agente encubierto debe, por un lado, ponerse en conocimiento de quien autorizó la puesta en práctica de dicha medida y, por otro, aportarse totalmente al proceso para que pueda ser valorada libremente por el órgano jurisdiccional competente²⁰.

Estos son los requisitos que deben observarse para que los resultados obtenidos por un agente encubierto tengan eficacia probatoria y, sobre ellos,

19 STC 11/83, 21 febrero. SSTs 18 abril 1972 (R.A. 1698); 20 febrero 1973 (R.A. 786); 14 junio 1975 (R.A. 2873); 8 junio 1984 (R.A. 3531); 18 junio 1985 (R.A. 3023); 25 septiembre 1985 (R.A. 4444); 21 febrero 1986 (R.A. 843); 9 octubre 1987 (R.A. 7269); 15 noviembre 1.988 (R.A. 9167); 15 noviembre 1.989 (R.A. 8642); 30 marzo 1990 (R.A. 2659); 25 junio 1.990 (R.A. 5667); 26 septiembre 1.990 (R.A. 7239); 15 febrero 1.992 (R.A. 1185); 21 marzo 1992 (R.A. 2443); 14 mayo 1992 (R.A. 4023); 17 noviembre 1992 (R.A. 9344); 27 noviembre 1992 (R.A. 9535); 22 diciembre 1992 (R.A. 10469); 18 mayo 1993 (R.A. 4165); 22 mayo 1993 (R.A. 4233); 14 junio 1993 (R.A. 5003): "[...] es preciso distinguir una primera hipótesis de provocación 'en la que domina la inducción a error del sujeto activo de la infracción' y otra... la que 'aquella actividad (del agente), que aunque aparentemente tiende a dar vida al delito, se encamina realmente a facilitar su afloramiento, a impulsar las actuaciones del presunto infractor hasta el primer plano de las realidades sensibles y de las comprobaciones materiales, al objeto de propiciar su descubrimiento'; 22 diciembre 1993 (R.A. 9698); 11 mayo 1994 (R.A. 3687); 20 enero 1995 (R.A. 17): "[...] la intervención a posteriori de la persona contactada, que resultó ser un agente encubierto de la Guardia Civil, resulta totalmente inocua a los efectos de desvanecer la exclusiva responsabilidad personal de quien, teniendo en su poder droga, decide introducirla en el mercado buscando personas que se la adquieran. Los acusados no fueron provocados sino sorprendidos cuando ya habían iniciado el itinerario criminal que condujo a la comisión de un delito contra la salud pública que, como es sabido, es de riesgo general y consumación anticipada al momento en que se inicia la actividad delictiva"; 14 febrero 1995 (R.A. 818); 13 julio 1.995 (R.A. 5432); 30 diciembre 1995 (R.A. 9637); 30 marzo 1996 (R.A. 2465); 14 noviembre 1.996 (R.A. 8204); 21 enero 1.997 (R.A. 325); 20 mayo 1.997 (R.A. 4263); 20 octubre 1997 (R.A. 7244); 2 febrero 1998 (R.A. 1736); 3 marzo 1998 (R.A. 2344): "Solo cabe admitir la existencia de delito provocado cuando el agente provocador interviene antes de que los que luego aparezcan como autores hayan comenzado a preparar y realizar el hecho punible, pero no cuando esa intervención consiste en actuar posteriormente a que los partícipes en el hecho tengan ya decidida la comisión del delito, y es perfectamente válida y no conculca la legalidad la actividad de los agentes de orden público que buscan el descubrimiento de delitos, en conocimiento de los medios y formas de su realización, la obtención de pruebas y la detección y aprehensión de los intervinientes en la conducta delictiva"; 9 marzo 1998 (R.A. 2346); 30 septiembre 1998 (R.A. 6468); 12 noviembre 1998 (R.A. 8624); 20 noviembre 1998 (R.A. 9676); 21 noviembre 1998 (R.A. 9678); 11/4/2002, de 12 de junio; 262/2003; 843/2003; 1160/2004; 1154/2006; 975/2207; 571/2008; 29 de diciembre de 2010; 39/2012, de 10 de mayo: "La figura del agente encubierto se distingue porque el que actúa como tal no crea las condiciones materiales del delito ni induce a ejecutarlo, sino que, sabiendo por un medio legítimo que está en curso de realización y podría llegar a cometerse, actuando con autorización judicial al efecto, se infiltra en el grupo criminal, mimetizándose dentro del mismo con alguna contribución accesorio, no determinante, para neutralizarlo y propiciar la detención de sus componentes".

20 Párrafo tercero del apartado primero del artículo 282 bis LECRIM: "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".

pueda sancionarse a los responsables de la comisión de los delitos descubiertos por aquel.

Pero, ¿qué sucede con los hechos punibles que este agente pudiera cometer en el ejercicio de su actividad investigadora? ¿Pueden castigarse o, por el contrario, quedarán impunes?

Para responder a estas cuestiones, y tomando como base el contenido del párrafo primero del apartado quinto del artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, distingamos dos hipótesis: una, que las acciones delictivas realizadas por el agente encubierto en el desarrollo de sus funciones no serán sancionadas; y otra, por contra se centra en la posibilidad de exigirle responsabilidades penales.

La primera situación no supone una absoluta exención de responsabilidad del agente encubierto²¹ sino que, para que así suceda, su actuación debe observar varios presupuestos, tal como establece el párrafo primero del apartado quinto del novedoso artículo²².

Tales son los siguientes: primero, que aquella —la actividad— *sea consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación*, es decir, que el examen sobre la necesidad o innecesariedad de una determinada acción debe realizarse antes de que se lleve a cabo porque, de hacerse posteriormente, no podría aplicarse la exención; segundo, que sea *proporcional* con el objeto de la investigación, que no es otro que averiguar quiénes son los responsables del hecho delictivo que se está investigando²³; y, tercero, que no raye en la *provocación al delito* que está totalmente proscrito por nuestro ordenamiento procesal penal —lo que conduce a dejar vía libre para la exigencia de responsabilidad penal al agente encubierto—, como se dijo en líneas precedentes.

La segunda hipótesis mencionada, tendría su origen en las consecuencias del incumplimiento de los requisitos de la actividad del agente encubierto para gozar de impunidad, de manera que podrá procederse penalmente contra ese miembro voluntario de la Policía Judicial para depurar responsabilidades.

21 Entendiendo por agente encubierto aquel voluntario de la Policía Judicial que ha sido autorizado formalmente para actuar bajo identidad supuesta, por un determinado período de tiempo, en la investigación de los delitos que señala el párrafo cuarto del artículo 282 bis.

22 Apartado quinto, párrafo primero del artículo 282 bis: "El agente encubierto estará exento de responsabilidad criminal por aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, siempre que guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma y no constituyan una provocación al delito". Ver también LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., "El agente encubierto", en *Revista La Ley*, N.º 4778, 20 de abril de 1999 y en sus *Instituciones de derecho procesal penal*, Akal, Madrid, 1999; MONTON REDONDO, A., "Utilización de agentes 'encubiertos'", en *Derecho jurisdiccional III. Proceso penal*, Tirant lo Blanch, 22.ª ed. (con MONTERO AROCA, GÓMEZ COLOMER Y BARONA VILAR), Valencia, 2014.

23 Sin olvidar que en los casos en que se podría afectar algún derecho fundamental por la actividad del agente, deberán siempre requerirse las oportunas autorizaciones judiciales, para que pueda aplicarse el beneficio de antijuridicidad.

En esta situación, la persecución criminal contra el agente encubierto no es automática, sino que caben algunos condicionantes y formalidades, tal como señala el párrafo segundo del apartado quinto del artículo en estudio²⁴.

En el momento en que el órgano competente de una causa sepa que el responsable de las actividades delictivas en ella realizadas sea un agente encubierto, podrá proceder penalmente contra él, requiriendo informe previo —que, así, se convierte en condición *sine qua non* de procedibilidad— del órgano que habilitó al agente.

Informe que debe contener tanto los presupuestos para la aplicación de la exención de antijuridicidad del apartado primero del artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, como la declaración expresa de la autorización para que un individuo concreto pueda actuar como agente encubierto bajo falsa identidad.

De tal manera que, antes de decidir el enjuiciamiento del agente —o, por contra, la aplicación de la exención—, examinará la competencia de quien autorizó su intervención, la duración de esta y el delito objeto de investigación; es decir, el cumplimiento de las formalidades que exige la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Concluido el análisis, el órgano conocedor dictará una resolución motivada en uno de estos dos sentidos: o el archivo de la causa —con posibilidad de interponer contra ella los recursos ordinarios, según se trate de proceso ordinario o abreviado— de aplicarse la exención; o el enjuiciamiento del agente encubierto al no poder hacerse uso del beneficio que, sin embargo podrá promoverse una vez más en las calificaciones del juicio oral.

Ante estas dos posibles decisiones, podemos preguntarnos cuál es el valor de las informaciones y datos recabados por un agente encubierto. Pues bien, en el primer caso, la exención de responsabilidad criminal justifica su *acción delictiva*, concediéndole eficacia probatoria a los resultados conseguidos con ella. Sin embargo, de decidir enjuiciar al agente, bien porque su actividad haya infringido algún derecho fundamental o porque no sea aplicable el beneficio, la obtención es ilegal, por lo que deviene ineficaz su utilización.

5. CONFUSIÓN JURISPRUDENCIAL: AGENTE PROVOCADOR VERSUS AGENTE ENCUBIERTO

Frente al problema de la investigación de las nuevas formas de delincuencia organizada, parece que la jurisprudencia ha logrado la creación de

24 Art. 282 bis, párrafo segundo del apartado quinto de la LECRIM: “Para poder proceder penalmente contra el mismo por las actuaciones realizadas a los fines de la investigación, el Juez competente para conocer la causa, deberá tan pronto tenga conocimiento de la actuación de un agente encubierto en la misma, requerir informe relativo a tal circunstancia de quien hubiere autorizado la identidad supuesta, en atención al cual resolverá lo que a su criterio proceda”.

una importante doctrina que, incluso, ha llevado a la consecución de cobertura legal, como ya dijimos.

Por un lado, la Ley de Enjuiciamiento Criminal posibilita la incursión de miembros voluntarios de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado bajo identidad supuesta, para el descubrimiento de los delitos consumados o en plena comisión por aquellas organizaciones criminales, para la detención de sus responsables y la petición de castigo.

Por otro, la jurisprudencia prohíbe los delitos cometidos como consecuencia directa de la instigación de miembros de la Policía Judicial —también de particulares—, por lo que supone de impunidad.

En el primer caso, se está haciendo referencia a la actuación de los agentes encubiertos y, en el segundo, a la de los agentes provocadores.

Pero las cosas no son tan sencillas, porque la jurisprudencia, aunque distingue la actividad que debe desarrollar el agente policial en cada de estas situaciones, sin embargo, utiliza incorrectamente la terminología de los mismos prestándose a confusión.

Así, pese a determinar claramente el concepto y los presupuestos del delito provocado, aunque sin calificar a la persona —particular o policía— que realiza la provocación; sin embargo, al permitir que a través de un miembro policial se descubran hechos delictivos ya cometidos, utiliza múltiples calificativos²⁵, lo que provoca importantes complicaciones conceptuales.

De esta forma, cuando el Tribunal Supremo trata el descubrimiento de delitos hace referencia, en algunos casos, al agente provocador diferenciándolo del delito provocado. Distinguiendo, así, el delito provocado —como fruto de la instigación de un tercero— de la figura del agente provocador —como miembro policial que provoca el descubrimiento de un delito—²⁶. Otras veces, manteniendo aquel tipo de delito —provocado—, lo diferencia del agente encubierto que se infiltra en una trama criminal, en unas ocasiones, bajo identidad falsa con el objetivo de obtener pruebas que logren su desarticulación y la condena de sus integrantes actuando entonces, dice la jurisprudencia, como agente provocador; y en otras, la finalidad de la infiltración es, simplemente, el recabar información sobre unos hechos delictivos que faciliten su persecución, actuando como confidente.

25 Ver nota número 3.

26 SSTs 20 febrero 1973 (R.A. 786); 14 junio 1975 (R.A. 2873); 18 junio 1985 (R.A. 3023); 17 noviembre 1992 (R.A. 9344); 14 febrero 1995 (R.A. 818); 13 febrero 1996 (R.A. 824); 14 noviembre 1996 (R.A. 8204); 21 enero 1997 (R.A. 325); 3 marzo 1998 (R.A. 2344). Ver también RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R., "Comentarios a la LO 5/1999, de 13 de enero: la 'entrega vigilada' y 'el agente encubierto'", en *Actualidad Jurídica*, Aranzadi, N.º 380, 4 de marzo de 1999.

Y aquí empiezan los problemas porque si, según esto, el agente provocador es el que descubre un hecho punible ya cometido, ¿cómo llamamos a quien provoca su comisión? Y, entonces, ¿cómo puede un agente encubierto actuar como agente provocador?

En contadas ocasiones, en un insuficiente —creemos— intento de solución, se utiliza la figura del agente mediador²⁷ en lugar de la del agente provocador; en otras, simplemente se hace referencia al descubrimiento de los actos delictivos.

6. CONCLUSIONES

Utilicemos la lógica y pongamos, si es posible, las cosas medianamente claras:

Primero, confidente es aquel particular o miembro de la policía que, infiltrándose en una organización criminal, logra información para procurar una eficacia óptima en una posible investigación y posterior persecución.

Segundo, agente provocador es quien —particular o agente policial— instiga o induce con engaños a un tercero para que realice una infracción penal que, sin su provocación, no hubiera cometido. Delito provocado que es impune por constituir *el esbozo de un delito imposible*, como reconoce la doctrina jurisprudencial.

Y, tercero, agente encubierto²⁸ es el que —particular o policía— sorprende a un tercero en la comisión de un acto delictivo, o descubre uno ya realizado, por existir fundadas sospechas de su existencia o perpetración. Se trata de un medio de investigación de delitos determinados que, con la LO 5/1999, adquiere protección legal con su regulación en la LECRIM, no solo apoyo jurisprudencial.

27 SSTS 20 febrero 1991 (R.A. 1308); 14 junio 1993 (R.A. 5003).

28 SSTS 15 noviembre 1989 (R.A. 8642); 26 septiembre 1990 (R.A. 7239); 18 mayo 1993 (R.A. 4165); 14 junio 1993 (R.A. 5003); 20 enero 1995 (R.A. 17); 9 marzo 1998 (R.A. 2346). Ver también GUARIGLIA, F., "El agente encubierto ¿Un nuevo protagonista en el procedimiento penal?", en *Revista Jueces para la Democracia*, N.º 23, que recoge un interesante estudio sobre la regulación de esta figura en Alemania y Argentina.

EL AGENTE ENCUBIERTO COMO ACTIVIDAD DE INDAGACIÓN E INVESTIGACIÓN CRIMINAL: CUESTIONES CONSTITUCIONALES EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO

Caviedes Estanislao Escalante Barreto

Profesor Asociado de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El agente encubierto en América latina. 3. El concepto: agente encubierto y su dispositivo de vigilancia y control. 4. La ley 1474 de 2011. Negación de los postulados normativos del CPP. 5. La injerencia en las prerrogativas *iusfundamentales*: negación de principios y derechos constitucionales. 6. El particular como agente encubierto: de nuevo la confusión. 7. El policía judicial y el particular como agente encubierto: de sus derechos, responsabilidad y consecuencias. 8. La tesis de control fuerte de constitucionalidad del agente encubierto en el estado constitucional de derecho en sentido material.

1. INTRODUCCIÓN

En el contexto de la sociedad de la vigilancia y del riesgo global planteada, inicialmente, la doctrina suele introducir el tema del agente encubierto desde una perspectiva justificante¹, según la cual, las normas que rigen los procesos de indagación e investigación o diligencias preliminares, en la actualidad, son obsoletas y no se corresponden con la magnitud de la criminalidad organizada, su poder económico, los adelantos tecnológicos que usa y su organización transnacional. Se trata, según esta perspectiva, de adelantar una

¹ Entre otros, Cfr. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, *La criminalidad organizada*, cit.; ALONSO PÉREZ, Francisco, *Medios de investigación en el proceso penal*, 2.ª ed., Dykinson, Madrid, 2003, pp. 553 y ss, para quien, en la lucha contra la criminalidad organizada, el fundamento del agente encubierto se debe buscar en la insuficiencia de las técnicas de investigación tradicionales, por lo que se debe poner en manos de las instancias de persecución y represión, instrumentos que legítimamente tengan desarrollo y acomodo en el Estado de Derecho.

investigación y represión eficaz, en un sistema penal moderno que corresponda con dichas empresas criminales².

Sin embargo, tal discurso justificante queda en un terreno difuso frente a la valoración crítica de la existencia o no de dicha criminalidad tan especial, pues como vimos, en nuestro ordenamiento jurídico las T.E.I tienen un amplio margen de aplicación y su comprensión como conceptualización, no son del todo claras, tan cierto es que en nuestro medio, es discutible que la T.E.I del agente encubierto sirva para controlar únicamente a la criminalidad organizada, pues de la complejidad del plexo normativo existente, se aplica a Bacrim, grupos al margen de la ley, organizaciones subversivas, grupos paramilitares, como a bandas, pandillas y a funcionarios en el contexto de la administración pública³, conductas de corrupción y en el caso del narcotráfico, sus actividades no llegan a la infiltración real de la organización, en todos los casos, sino que se llega hasta quienes trafican en pequeñas cantidades o a la captura de los contactos que realizan la operación de comercialización, sin que se desarticulen las grandes organizaciones como lo plantean los fines para los que fue establecido el agente encubierto.

El segundo argumento que se plantea es la novedad de las T.E.I y su desarrollo, las que se dice, no pudieron ser contempladas por el legislador del siglo pasado, lo que ha dejado al proceso penal al margen de los adelantos científicos del último siglo y que, con su retraso, ha desaprovechado las ventajas que los mismos pueden conllevar para los sujetos activos del proceso penal⁴. No obstante también vimos que todas estas actividades encubiertas, en especial la de los agentes encubiertos, arrepentidos, infiltrados, provocadores y en general las técnicas ocultas, son pretéritas y corresponden a la vieja

2 En este sentido, por todos: Cfr. GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, *Infiltración policial y agente encubierto*, Comares, Granada, 2001, en el ordenamiento jurídico argentino MONTROYA, Mario Daniel, *Informantes y técnicas de investigación encubiertas. Análisis constitucional y procesal penal*, Ad-Hoc, 2.ª ed., Buenos Aires, 2001, plantea que para luchar contra la gravedad del narcotráfico como problema es necesario una forma de investigación de características especiales, es allí cuando intervienen las T.E.I, de acuerdo con el autor, como forma de nivelar el poder económico y tecnológico de la delincuencia organizada, que de otra manera sería incontrolable. En nuestro medio, en las consideraciones generales, FARFÁN MOLINA, Francisco, *El agente encubierto en el proceso penal*, Ed. Instituto de Estudios del Ministerio Público- IEMP, 2008; MORALES TÁMARA, Manuel A., *La investigación encubierta con fines judiciales como técnica especial de investigación*, cit.; En Italia, STOPPONI, Cinzia, *Le operazioni sotto copertura. Attività di prevenzione, attività di polizia giudiziaria, riflessi sulla prova dichiarativa*, Relatore, ILLUMINATI, 2008.

3 En este sentido, véase: CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, *proyecto de ley 142 de 2010 senado*, Gaceta 607 de 2010, por medio del cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública.

4 En este sentido, Cfr. GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, cit.

forma de administrar las ilegalidades en favor del Estado, en la necesidad de fortalecer la lucha eficiente contra la impunidad⁵.

Reconstruyendo los anteriores argumentos y al articularlos con los contenidos de los capítulos anteriores, en este apartado abordaremos la figura del AGENTE ENCUBIERTO, desde el punto de vista normativo y doctrinario, escenario en el cual analizaremos el contenido específico de la figura, sus contradicciones con las normas constitucionales y su desarrollo dogmático constitucional.

2. EL AGENTE ENCUBIERTO EN AMÉRICA LATINA

En el contexto de la configuración de la sociedad contemporánea, América Latina ha seguido la tendencia global de creación de técnicas para la lucha eficaz contra la delincuencia organizada, especialmente el narcotráfico y el terrorismo⁶. Según el documento de directivas de GAFISUD⁷ del año 2005, el fomento de las T.E.I en la región fue iniciativa de los Estados Unidos, iniciativa que fue aprobada y respaldada por los países observadores y los miembros en pleno en el año 2002⁸.

A pesar del auge y expansión de dichas medidas, en los instrumentos y en las instancias internacionales no hay una definición clara y operativa de las T.E.I, lo que no es excepción en la región, por ejemplo el GAFISUD, como organismo multilateral para la política criminal contra el lavado de activos y la financiación del terrorismo, tampoco la define, pero la impulsa a través de la recomendación a los Estados miembros de su adopción en la legislación interna, entre las T.E.I recomendadas está la investigación encubierta, la entrega controlada (vigilada), el arrepentido, la vigilancia electrónica, uso de recompensas y la protección de testigos.

En el mismo informe se indica que en la mayoría de los países de la región se han adoptado las T.E.I, previstas para los delitos asociados al narcotráfico, mientras no lo estarían para el lavado de activos y el terrorismo, por lo que era necesario su impulso para esas conductas y las que le estén asociadas. En países como Chile, Colombia y Perú, la orden para ejecutar

5 *Supra*, la referencia a la *delincuencia útil*. Capítulo I, numeral 3. Cfr. FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar*, cit., pp. 261 y ss.

6 Para referencias comparadas Cfr. MONTOYA, Mario Daniel, *Informantes y técnicas de Investigación encubiertas*, cit.

7 El GAFISU tiene por objeto el control, la prevención y la búsqueda de medidas y mecanismo para combatir el lavado de activos y la financiación de terrorismo. Cfr. <<http://bit.ly/1m2hVoS>>, GAFISU, Directivas sobre técnicas especiales de investigación, 2005, [On Line], actualizado junio 17 de 2010.

8 Son países miembros: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, México, Paraguay, Perú, y Uruguay. Son miembros observadores, entre otros: Alemania, el Banco Mundial, el BID y España.

una medida de indagación o investigación especial la puede expedir el fiscal instructor, mientras en países como Argentina, Bolivia, Brasil, Ecuador, México, Paraguay, y Uruguay, la orden debe ser expedida por un juez.

En el contenido del documento del organismo multilateral se indica que el impulso de las T.E.I en la región viene dado por los Estados Unidos, en el mismo sentido autores que ya se habían preocupado por la tendencia legislativa en la región, como ZAFFARONI, habían explicado con anterioridad que la fuente de las disposiciones que las implementaba, estaban dadas por los *parágrafos 862, 884, 885d y 886ª del Federal Criminal Code de los Estados Unidos*, lo que demostraría que en la región se ha dado un proceso de introducción de las T.E.I primero a la delincuencia relacionada con tóxicos y estupefacientes, y posteriormente dichas medidas se han ido extendiendo a otras, hasta convertirse en una fórmula general, trasplantando especialmente formulas del derecho anglosajón⁹.

Ahora bien, parece ser esta la razón de que figuras tan criticadas por la sospecha de intromisiones arbitrarias en los derechos fundamentales sean trasplantadas a ordenamientos jurídicos con bases constitucionales y *iusfundamentales* como lo es Colombia, todo lo cual presenta problemas serios de adaptación.

En efecto, mientras nuestra constitución introduce el valor normativo y la protección constitucional de los derechos fundamentales y la dignidad humana, como fin esencial del Estado, la tradición del derecho norteamericano impone límites a las actividades de investigación como una situación secundaria y le da mayor valor a la eficiencia, por lo que allí es importante el valor que se le da a las actividades de policía y su fundamentación argumentativa al momento de tomar las medidas restrictivas de derechos fundamentales con criterios de necesidades prácticas, que en casos concretos los puede vaciar de contenido material el derecho fundamental.

Ejemplo de lo anterior, es el desarrollo jurisprudencial norteamericano que ha reconocido en las prácticas de la policía, las excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita, ¹⁰ y, en consecuencia, con toda razón, se dice

9 Para el autor, esto es propio del Estado que fundamenta su legitimidad en la eficacia, que es la característica de los países posmodernos, que en la materia han adoptado un modelo premoderno de investigación criminal. Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, "Impunidad del agente encubierto y del delator: una tendencia legislativa latinoamericana", en *Revista de derecho penal*, Leyer, N.º 6, Abril – mayo, 1998, pp. 7-12.

10 Un análisis de las diferencias que se suscitan al trasplantar medidas restrictivas de derechos desde un sistema anglosajón a uno continental cuyo fundamento sean las garantías constitucionales, se puede ver en el análisis a las excepciones a la regla de exclusión probatoria en: Cfr. GUERRERO PERALTA, Oscar Julián, "Las excepciones a la regla de exclusión probatoria. A propósito del artículo 455 del nuevo Código de Procedimiento Penal colombiano", en *Derecho penal liberal y dignidad humana*, Temis, Bogotá, 2005. pp. 303-323. En torno al problema de derecho penal sustancias que suscita la figura del agente encubierto y el delator, un análisis

que las T.E.I y especialmente la del agente encubierto son técnicas de policía y no judiciales¹¹. Si bien es cierto es este un planteamiento eminentemente práctico, lo que no compartimos es que por ello, sean ajenas a un control estricto judicial, al tratarse de técnicas que en ejercicio de la actividad de la policía podrían vulnerar derechos fundamentales. Por el contrario, con el empoderamiento de la policía, cada vez mayor, en la investigación y en la prevención a través del proceso, mayor el control jurisdiccional que se deba imponer.

3. EL CONCEPTO: AGENTE ENCUBIERTO Y SU DISPOSITIVO DE VIGILANCIA Y CONTROL

Es en el C.P.P colombiano donde están desarrolladas las normas que permiten la utilización del agente encubierto en las actividades de indagación e investigación en el proceso penal colombiano y no en la C.P., lo que de por sí plantea muchos interrogantes respecto a su legitimidad constitucional como se verá más adelante. Así mismo, desde un punto de vista hermenéutico, la figura del agente encubierto no está desarrollada de manera singular, sino que obedece a un dispositivo o plexo normativo que debe ser considerado en conjunto para su comprensión y correcta aplicación¹².

En la medida que las T.E.I son técnicas previstas para combatir la *delincuencia organizada*, tal como lo presentamos en el capítulo I, en el C.P.P se establece en primer medida la necesidad de estudio y análisis para la infiltración de la organización criminal de la que participe el indiciado o imputado, con el fin de *conocer su estructura organizativa, la 'agresividad' de sus integrantes y los puntos débiles de la misma*, para posteriormente ordenar *la planificación, preparación y manejo de una operación, para que agente o agentes encubiertos la infiltren con el fin de obtener información útil a la investigación que se adelanta*, todo lo cual, se debe hacer conforme al artículo 242 que hace referencia a la actuación del o los agente encubierto¹³.

crítico en el contexto latinoamericano, véase: Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, "Impunidad del agente encubierto y del delator: una tendencia legislativa latinoamericana", en *Revista de derecho penal*, Leyer, N.º 6, Abril – mayo, 1998, en el mismo sentido, análisis crítico de derecho penal sustancial, respecto del agente provocador, Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, "El agente provocador", en *Revista de derecho penal*, Leyer, N.º 10, diciembre – enero, 1999, pp. 47-64.

11 En este sentido, Cfr. GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, *Infiltración policial y agente encubierto*, cit., p. 7.

12 En este sentido, se hace referencia a la integración normativa que se debe tener en cuenta para la interpretación y uso del agente encubierto, el Art. 241 que desarrolla el contenido sobre el análisis e infiltración de las organizaciones criminales, el Art. 242 que desarrolla la actuación del agente encubierto, el Art. 243 que establece la participación del agente encubierto en la entrega vigilada que también es una T.E.I y el Art. 279, sobre los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos por agente encubierto o infiltrado. Integradas todas ellas al Art. 219 y ss., sobre la procedencia, requisitos de los registros y allanamientos.

13 CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, *Ley 906 de 2004*, cit., Art. 241.

En este orden de ideas, la tesis que sostenemos es que, para la actuación de un agente encubierto se requiere la ejecución previa del análisis y estudio de la infiltración a organización criminal, pues el C.P.P adoptó la distinción entre la infiltración como técnica y el agente encubierto como instrumento¹⁴. Así mismo, si la explicación o justificación del surgimiento de las T.E.I es la lucha contra la criminalidad organizada, el narcotráfico y el terrorismo, el agente encubierto no podría ser usado en otra hipótesis delictiva, inclusive en las hipótesis de corrupción cuando esta no es ejecutada por una organización¹⁵.

Una vez verificada la anterior programación de infiltración, se podrá iniciar el proceso de autorización previsto para actuación del agente encubierto, que desde un punto de vista normativo y en la práctica, es de potestad del F.D, y desde un punto de vista constitucional, que es el que nosotros creemos más adecuado desde un concepto material de protección iusfundamental, debe ser ordenado por el J. C de G., en audiencia de control judicial previo¹⁶, aunque la solución más coherente con el Concepto de Estado Constitucional Social de Derecho sería su abolición.

No obstante lo anterior, el que dicho dispositivo normativo esté ya planteado en nuestro ordenamiento, no quiere decir que su positivación lo libere de las críticas que doctrinariamente se le han hecho. En efecto, la doctrina alemana ha planteado, por ejemplo, la preocupación por la reinclusión del secretismo en el proceso penal y la seriedad que implica el uso de diversos tipos de agentes o investigadores encubiertos, diferenciando figuras afines y de las cuales, en nuestro medio, aún no tenemos una correcta delimitación, en relación con las siguientes categorías: i) Investigador encubierto, ii) del policía que opera de modo encubierto, iii) del *V-mann*, que no es agente encubierto, sino quien trabaja para él, iv) el agente provocador y la v) del arrepentido, entre otros¹⁷.

En nuestro medio y desde un punto de vista legal, el agente encubierto una vez se ha infiltrado en la organización criminal está facultado para obtener información útil a la investigación que se adelanta, para realizar actos extrapenales con trascendencia jurídica, también para *intervenir en el tráfico comercial, asumir obligaciones, ingresar y participar en reuniones en el lugar*

14 Cfr. GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, *Infiltración policial y agente encubierto*, cit., p. 7.

15 Muestra de ello es que las normas que establecen la utilización de elementos materiales de prueba y evidencia física por parte del agente encubierto, tanto en la infiltración y la E.V., hacen referencia a la operación legalmente y debidamente programadas. Al efecto, Cfr. CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, *ley 906 de 2004*, cit., artículos 289 y 290. Sobre el "Elemento material probatorio recogido por agente encubierto o por agente infiltrado" y "Elemento material probatorio recogido en desarrollo de entrega vigilada, respectivamente".

16 Ver *infra*, Capítulo III, numeral 7.

17 BRAUM, Stefan, "La investigación encubierta como característica del proceso penal autoritario", en *La insostenible situación del derecho penal*, Dir. ROMEO CASANOVA, Carlos María, Comares, Granada, 2000.

de trabajo o domicilio del indiciado o imputado y, si fuere necesario, adelantar transacciones con él. Igualmente, como informante de sus superiores cuando se encuentra en los lugares de actuación, en los que exista información útil para los fines investigativos, así como la utilización de medios técnicos de ayuda, tales como la toma de fotografías, la filmación de vídeos, y todas las actividades relacionadas para recaudar información relevante para cumplir los fines propuestos en la investigación e identificar o individualizar los autores o partícipes. Así mismo, a través de estas finalidades, podrá reconocer e informar sobre las personas que lo frecuentan, los lugares a los que asiste y aspectos similares, todo lo cual debe ejecutar, cuidando de no afectar la expectativa razonable de la intimidad del indiciado o imputado o de terceros.

La figura del agente encubierto comporta una serie de problemas y vacíos que no han sido lo suficientemente analizados, así, se pueden dar cuestiones en el orden de la indagación e investigación, y en el orden del juicio oral. Esto es, cómo se obtiene la información por parte del agente encubierto, cómo la debe administrar y, luego, cómo se reproduce en el juicio oral, siendo en el primer caso, de importante atención, la provocación de las conductas, la participación en las mismas, la realización de interrogatorios y la obtención de datos, eminentemente privados, sin orden judicial previa.¹⁸ Como se sabe, en la infiltración, “el engaño y el desconocimiento de las normas legales, es una condición necesaria para su eficacia”.¹⁹ En consecuencia, en lo que sigue explicaremos el concepto de agente encubierto, su desarrollo, sistematización doctrinaria, jurisprudencial y crítica.

3.1 La infiltración u operación encubierta

En el ordenamiento procesal penal colombiano, el punto de partida sobre el concepto de la infiltración criminal es normativo²⁰. En efecto, el CPP establece que con arreglo a los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, el F.D podrá ordenar la infiltración de una organización criminal, previo estudio y análisis de la organización criminal, su estructura, la agresividad de sus integrantes y los puntos débiles de la misma y con la finalidad de obtener información útil a la investigación que se adelanta; siempre y cuando se cumpla con requisitos, tales como: i) que existan motivos razonablemente fundados, ii) que los mismos sean de acuerdo a los medios

18 Ibídem, pp. 7 y ss.

19 Ibídem, p. 9.

20 En este trabajo se desarrollará únicamente el concepto de infiltración criminal por parte del poder público, dejando de lado el problema de investigación que se podría plantear a partir de las infiltraciones de particulares en diversos aspectos de la vida social. Cfr. GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, *Infiltración policial y agente encubierto*, cit., ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Rocío Zafra, *El policía infiltrado, los presupuestos jurídicos en el proceso penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010. pp. 64 y ss.

cognoscitivos previstos en la ley, iii) que de estos se deduzca o infiera que el indiciado o el imputado pertenece o está relacionado con alguna organización criminal²¹.

Desde el punto de vista normativo, la única aproximación conceptual que existen en nuestro medio fue dada por la F.G.N en el manual de asistencia judicial mutua nacional e internacional penal en materia de AGENTE ENCUBIERTO internacional, concepto, según el cual, “[...] la operación encubierta es una técnica empleada para obtener información, producir capturas o realizar decomisos o incautaciones. Requiere una extensa planificación, preparación y manejo. El agente encubierto, que es el investigador, asume una identidad apropiada para conseguir información, adquirir elementos materiales de prueba, verificar hipótesis, etc. El trabajo de agente encubierto es sumamente riesgoso y el investigador requiere mucha ayuda rápida y eficiente. Generalmente se emplea esta técnica para infiltrar organizaciones criminales y descubrir a los dirigentes y cabecillas. La operación encubierta es siempre secreta o muy reservada. Cualquier información sobre ella puede llegar a conocimiento de los miembros de la organización y es el fin del agente.”²²

En la doctrina extranjera por su parte, se plantea que la infiltración es una técnica para investigar, para descubrir determinados hechos y para procurarse información, en este sentido Gascón, en el estudio que hace de la figura en el ordenamiento jurídico español, la define como: “[...] la acción de aquel que, para obtener una información que no es de acceso general y que le es necesaria para un propósito concreto, oculta tanto su identidad real como sus intenciones y, bien directamente bien a través de un tercero, entra en contacto con las personas aparentemente susceptibles de suministrarla, estableciendo con ellas una falsa relación de confianza que, con el transcurso del tiempo, le permita obtener la información deseada.”²³

Son elementos comunes a las posiciones doctrinarias y la normativa, en primer lugar, la existencia de la participación de un agente encubierto o infiltrado como medio para cumplir un fin de control de criminalidad, es decir, en la infiltración del crimen organizado usa al sujeto como objeto o medio en el proceso de averiguación y control de la criminalidad organizada, lo cual plantea una cuestión constitucional: ¿puede el Estado en aras de la eficacia de la administración de justicia usar a la persona como medio para la investigación

21 CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, *Ley 906 de 2004*, diario oficial 45658, del 31 de agosto de 2004, Artículo. 241.

22 FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, *Resolución N.º 0-0024 de 2002*, Diario Oficial, 44.684, enero 22 de 2002, p. 21. Resolución por medio de la cual el F.G.N expidió el Manual de Asistencia Judicial Mutua Nacional e Internacional en materia penal en vigencia del anterior C.P.P, sin que a la fecha exista una nueva edición con base en el actual C.P.P.

23 Cfr. GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, *Infiltración policial y agente encubierto*, cit., p. 10.

del delito?, para la respuesta a dicha pregunta se debe tener en cuenta el concepto constitucional de dignidad humana y del sujeto como un fin en sí mismo.

En segundo lugar se plantea la necesaria ocultación de la identidad, bien del policía judicial que representa al Estado en la actividad de indagación e investigación o del particular, al que la ley le dota de las mismas prerrogativas de policía judicial al ponerlo en igualdad de condiciones para actuar como agente encubierto.

El tercer lugar, otro elemento relevante es la ocultación de las intenciones de investigación como maniobra para establecer relaciones de confianza que le permitan el acceso a la información que busca; es decir, maniobras fraudulentas para obtener un resultado. Esto significa el uso del engaño y el abuso de la confianza que deposita el indagado en su interlocutor, sin saber que se trata de un Agente del Estado²⁴ o de un particular que actúa para este.

Finalmente, es importante plantear que el estudio de la infiltración está dado en la doctrina alrededor de la policía judicial y del funcionario público, en el marco de una investigación penal, pero no por parte de particulares como se contempla en nuestro derecho procesal penal, lo que agrega una variable importante al análisis del problema de investigación, pues en el caso de los particulares, la ley autoriza que una persona ajena a la función policial o de investigación judicial asuma un rol en el que puede limitar o vulnerar derechos fundamentales, lo que resulta desde el punto de vista del capítulo anterior, como una medida de la que se sospecha su constitucionalidad.

3.2 Agente encubierto

En los países en los que el agente encubierto ha suscitado mayor debate, como en Alemania y España, se han presentado diversas posturas en torno a su legitimidad y su necesidad para combatir el crimen organizado. Para BRAUM, en Alemania, la investigación encubierta es característica del proceso penal autoritario, pues no solo obedece a una forma secreta de judicializar personas, sino que su regulación se caracteriza por la indeterminación, las normas que lo regulan son producto de la casuística policial traducidas posteriormente en reglas jurídicas que pervierten el principio de legalidad procesal²⁵, el problema más grave que se presenta en la infiltración policial, según el autor, es que el Fiscal como director de la investigación no tiene control total de las actividades del encubierto convirtiéndose en un simple espectador inte-

24 Ibídem.

25 Cfr. BRAUM, Stefan, "La investigación encubierta como característica del proceso penal autoritario", en *La insostenible situación del derecho penal*, cit., pp. 5-7.

resado, por lo que a su juicio, la operación encubierta le hace perder al fiscal su calidad de director de la misma²⁶.

En nuestro contexto normativo, precisamente la F.G.N desarrolló un concepto normativo de infiltración en organización criminal y en el mismo incluyó la comprensión del agente encubierto internacional, entendido como el investigador en la infiltración a organización criminal, que se caracteriza por asumir una identidad supuesta para conseguir información, adquirir elementos materiales de prueba, verificar hipótesis. Igualmente calificó, la actividad como *sumamente riesgosa* y que requiere de constante y rápido apoyo eficiente.²⁷

La doctrina coincide en indicar que el agente encubierto es un funcionario de policía judicial que realiza una labor de indagación o investigación penal, ocultando su calidad de agente del Estado., Es la persona que se infiltra en la organización criminal mediante una identificación supuesta que no corresponde a la verdad y que ha sido otorgada por el Estado con fines de investigación criminal, para desarticular organizaciones criminales y obtener información para hacerla valer en la judicialización de los integrantes de la organización que se investiga. Cafferata lo define como el funcionario público que fingiendo no serlo y simulando, por el contrario, ser un delincuente, se infiltra por disposición judicial, en el caso argentino, en una organización delictiva con el propósito de proporcionar, desde la misma clandestinidad, información que permita el enjuiciamiento de sus integrantes y la desarticulación de esa asociación ilícita.²⁸.

Desde el punto de vista jurisprudencial, el desarrollo del agente encubierto no ha sido muy prolífero en la jurisprudencia colombiana, es así como el tema ha sido apenas planteado en la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional. En la sentencia del 13 de febrero de 2008, la Sala Penal conceptualizó el tema, a propósito de la distinción de la figura del informante con la del agente encubierto, lo cual desarrolló en los siguientes términos: “[...] los agentes encubiertos son funcionarios de la policía judicial o particulares especialmente seleccionados que actúan dentro del marco legal vigente y a largo plazo con la misión específica de combatir delitos peligrosos o de difícil esclarecimiento, quienes manteniendo en secreto su identidad, entran en contacto con la escena delictiva en orden

26 Ibídem,

27 FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, *Resolución N.º 0-0024 de 2002*, Diario Oficial, 44.684, enero 22 de 2002, p. 21. Resolución por medio de la cual el F.G.N expidió el Manual de Asistencia Judicial Mutua Nacional e Internacional en materia penal en vigencia del anterior CPP, sin que a la fecha exista una nueva edición con base en el actual CPP.

28 Cfr. FARFÁN MOLINA, Francisco, *El agente encubierto en el proceso penal*, cit.; GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, *Infiltración policial y agente encubierto*, cit.; igualmente, MONTOYA, Mario Daniel, *Informantes y Técnicas de Investigación encubiertas*, cit.; en Argentina, una posición crítica, Cfr. CAFFERATA NORES, José I., *La prueba en el proceso penal, con especial referencia a la ley 23.984*, 3.ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1998. pp. 223 y ss.

a obtener información para neutralizar acciones delictivas y llevar a cabo la persecución penal cuando otras técnicas de investigación han sido frustradas o no aseguran el éxito perseguido”²⁹.

Los anteriores desarrollos suscitan una serie de interrogantes que reiteradamente ha hecho la doctrina y que aquí hemos evidenciado, entre ellos, ¿Qué pasa si el agente encubierto participa de conductas criminales en su calidad de encubierto?, ¿y qué tal que en aras de lograr la judicialización, el agente encubierto movido con un ánimo de eficiencia siembre la idea delictiva en el o en los indagados miembros de la organización criminal? En el campo del proceso penal, surge el interrogante sobre ¿Cuál es el valor probatorio de los elementos materiales de prueba que recopile, en medio de la infiltración policial?, ¿puede el Estado, a través del agente encubierto simulando ser criminal, obtener declaraciones, elementos materiales de prueba, evidencia física y autoincriminaciones sin advertir al indagado de los derechos que le asisten? Las respuestas a los anteriores interrogantes se abordarán en los siguientes apartados.

3.3 Agente provocador

Frente al agente encubierto y al agente provocador, lo primero que se debe advertir es que son dos T.E.I completamente distintas, contexto en el que si la figura del agente encubierto como T.E.I ha suscitado debates a nivel constitucional, procesal y probatorio, la figura del agente provocador no hace la diferencia. El agente provocador ha sido analizado por la doctrina desde dos puntos de vista: el primero se ha desarrollado en torno a la consideración de la figura, desde el derecho penal sustancial, analizado como una forma de exclusión de la responsabilidad penal del investigado cuando el delito fue provocado por un agente externo y creó en él la voluntad de la comisión del injusto³⁰ y en una segunda medida, también como T.E.I para descubrir a quien regularmente comete delitos a través de la provocación del mismo.

Desde el punto de vista del análisis del derecho penal sustancial, su estudio lógico sistemático es de suma importancia para la evaluación de la no responsabilidad del imputado; en cambio, desde el punto de vista de la dogmática procesal penal, en la investigación, en nuestro medio, está proscrita la intervención del agente provocador en las actividades de indagación e investigación penal y cuando en virtud de la actuación del agente encubierto,

29 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, *Radicado N.º 28.888*, Sentencia 13 de febrero de 2008, M.P. SOCHA SALAMANCA, Julio Enrique.

30 Ver entre otros, ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *El agente provocador*, Leyer, N.º 10, diciembre – enero, 1999, pp. 47-64, en el mismo número, SCHONE, Wolfgang, *El delito provocado*, Leyer, N.º 10, diciembre – enero, 1999, pp. 41-45.

este interviene provocando la conducta, la respuesta jurídica correcta es la ausencia de responsabilidad en cabeza del procesado.

No obstante, la aparente separación de las dimensiones sustancial y procesal en el estudio de esta figura, no es tajante, pues su lectura se hace desde los dos puntos de vista, así por ejemplo, Montoya indica que en la actualidad se usa el concepto para hacer referencia a aquellos casos en los que el agente provocador induce a otro a cometer un delito, o que contribuye a su ejecución con actos de autoría o de auxilio, actuaciones alternativas en las que participa o actúa sin la intención de lesionar o poner en peligro el bien jurídico tutelado, sino que se actúa para lograr que el provocado sea judicializado por su conducta, ya que siempre va a controlar las diversas fases de consumación del delito y el mismo no será consumado al darse una interrupción³¹. En este sentido, agrega el autor en comentario, que el agente provocador desarrolla su conducta de una manera contradictoria, pues de una parte quiere *el castigo del delincuente a través de un hecho que con su conducta provoca, pero no desea la lesión del bien jurídico al que va dirigida la acción del provocado*.³²

Aunque este tema no ha sido desarrollado de manera amplia en la jurisprudencia nacional y mucho menos en la doctrina, se resalta la sentencia del magistrado Galán Castellanos, de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia³³, en esta la corte estudió el tema del agente provocador, precisamente, en el marco de la actuación de un agente encubierto en la supuesta comisión de un delito de corrupción y que nos puede clarificar el concepto y sus consecuencias prácticas.

Para GALÁN la figura del delito provocado, es “[...] aquella en la que un agente, el provocador, controla y domina la conducta del sujeto investigado, de tal manera que el delito que se proponía cometer o que se le sugiere realizar, nunca será consumado, porque, precisamente, la autoridad lo impedirá, puesto que su único cometido es lograr una captura en flagrancia o una prueba apodíctica de un delito o, simplemente, la apariencia de un éxito policivo, la mayoría de las veces, a costa de la inocencia de alguien.”³⁴

Ahora bien, como ejemplo de diversas investigaciones podemos acudir al abundante desarrollo de la jurisprudencia española, en este sentido, Gascón nos muestra como el delito provocado suele presentarse, entre otros, en los supuestos en que un agente de la policía, o en ocasiones varios, o un particular que actúa para la policía, ocultando su verdadera identidad y en condición de agentes del Estado, fingen ante sospechosos de tráfico ilícito de estupefa-

31 Cfr. MONTOYA, Mario Daniel, *Informantes y técnicas de investigación encubiertas*, cit., p. 41.

32 Ibídem.

33 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, *radicado 19081 de 2005*, 22 junio de 2005, M.P. GALÁN CASTELLANOS, Herman.

34 Ibídem.

cientes que tienen la voluntad de adquirir alguna cantidad de sustancias prohibidas y que, en caso de respuesta favorable, ponen de presente la comisión delictiva y realizan una captura en flagrancia, situaciones que también se dan en delitos de corrupción, como cuando el agente provocador entrega sumas de dinero a un funcionario o delitos relacionados con actividades sexuales, hurtos, entre otros.³⁵

Para la Corte Suprema de Justicia, estos operativos son autorizados en ocasiones por criterios de política criminal, pero en esos casos, siempre se autorizan sobre actividades sospechosas y en las diversas etapas de ejecución de una conducta punible (preparación, ejecución, consumación u obtención de resultados), pero no para proponer un delito, instigar a otro a que lo cometa, o a determinar la realización de conducta punibles con la finalidad de descubrir o desarticular empresas criminales, pues en este tipo de actividades el *agente provocador* podría ser un determinador o autor mediato cuando el sujeto que actúa, lo hace bajo el engaño o del error provocado y como un simple instrumento del autor³⁶.

Por todo lo anterior, la Corte diferencia la figura, según el momento en el que se actúa por parte del provocador, dependiendo de si el sujeto investigado ya ha iniciado la ejecución de la conducta punible y si dicha actuación obedece a su propia idea criminal, o si el provocador conduce, a quien no tenía la idea criminal, a la ejecución del delito, luego de lo cual, lo captura en flagrancia por un delito que el mismo Estado ha preparado. La segunda situación tiene para la Corte, connotaciones jurídicas, éticas y morales de incuestionable importancia³⁷. En concreto, se habla de delito provocado cuando la voluntad de cometer el ilícito surge en el sujeto, no por su propia y libre determinación o voluntad, sino que es consecuencia de la mediación del provocador, que puede ser un agente o colaborador del Estado, de la policía o de un particular.

Por su parte, el tema tampoco le fue ajeno a la CC, la cual en su momento, estableció como condición de constitucionalidad de la figura del agente provocador en la E.V, el hecho, según el cual, en la utilización de los mismos debería efectuarse conforme a los principios jurídicos consagrados en la CPC y respetando las garantías procesales consagradas en ella, prohibiendo por medio de la utilización de agentes provocadores, la inducción a cometer conductas ilícitas para las cuales la persona investigada no estaba predispuestas, pues el instrumento se justificaría solo como mecanismo para comprobar la comisión de ilícitos y no como un medio para estimular la realización de los

35 Cfr. GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, *Infiltración policial y agente encubierto*, cit., p. 29.

36 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, *radicado 19081 de 2005*, cit.

37 *Ibidem*.

mismos. En este sentido, la CC estaba legitimando el uso de agente encubierto y rechazando expresamente el uso del agente provocador³⁸.

En concordancia con lo anterior, se debe precisar que las medidas policiales que crean el ambiente propicio para la configuración de un delito niegan la presunción de inocencia, pues el Estado construye el hecho mismo para luego concretar su sospecha a través de la tentación que le crea al ciudadano, poniéndole a prueba su fidelidad a las normas o al derecho³⁹. Por ello, cuando el Estado no tiene certeza sobre la existencia de la organización criminal y la comisión previa de una conducta o actividad criminal e interviene con un agente encubierto, puede llevar a que este provoque la conducta, que por falta de fundamentación previa de la investigación, se produzca la provocación en lugar de investigar un hecho, el que dicho sea de paso, aún no existe y por ello su provocación estatal.

En efecto, los motivos fundados de los que habla el CPP son la garantía de que el agente encubierto interviene en una organización criminal o en una conducta que ya se ha estado realizando y, por lo tanto, la idea criminal ya estaba en la mente del indagado o investigado, razón por la cual no sería provocada por el Estado. Distintos son los supuestos en los que la actuación del infiltrado se da y con base en ella es que se recolectan elementos materiales de prueba, sin que exista justificación previa.

En efecto, al observar las escasas audiencias reservadas que se han dado sobre el tema, en control judicial posterior, la justificación del F.D ha sido *ex post* y no de manera previa a la infiltración criminal, por lo que en la práctica no se ha cumplido con el requisito previo, según el cual, se requieren motivos fundados con base en elementos materiales de prueba o evidencia física, sino que se ha planteado la necesidad y la proporcionalidad con base en los hallazgos encontrados en la operación o infiltración encubierta, lo que dicho sea de paso, tampoco se ha realizado estudio previo de la organización criminal.

Finalmente, se debe indicar que no en todos los ordenamientos jurídicos y no en toda la doctrina rechaza la actividad del Agente encubierto como T.E.I, así por ejemplo, GIMENO SENDRA⁴⁰ hace un esfuerzo por diferenciar la actuación del agente provocador, del delito provocado. Para el tratadista español,

38 CORTE CONSTITUCIONAL, *Sentencia N.º C-176 DE 1994*, M.P. MARTÍNEZ CABALLERO, Alejandro. En esta sentencia, la Corte hizo la revisión constitucional de la Ley N.º 67 de 23 de agosto de 1993, por medio de la cual se aprobó la "Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas", suscrito en Viena el 20 de diciembre de 1988.

39 En este sentido se expresa BRAUM Stefan, Cfr. "La investigación encubierta como característica del proceso penal autoritario", en *La insostenible situación del derecho penal*, Dir. ROMEO CASANOVA, Carlos María, Comares, Granada, 1999, p. 8.

40 Cfr. GIMENO SENDRA, Vicente, *Manual de derecho procesal penal*, Colex, Madrid, 2008. pp. 306 y ss.

en un extremo inferior al agente encubierto está la figura, de que en España es jurisprudencial, del agente provocador, el cual considera ilícito, siempre y cuando su actuación sea posterior a la preparación para la comisión de un delito, es decir, que la ejecución del mismo ya ha comenzado y su actuación no crea una resolución criminal, sino que actúa para esclarecer delitos ya cometidos, con la intención de poner término a una actividad delictiva contemporánea a su actuación. Así, el indagado ya ha tenido la determinación para delinquir y la actuación del agente, solamente, se limita a ejecutar lo que aquel ya había previsto.

En este contexto, para el tratadista en comento, son conductas características de su intervención, los delitos de tracto sucesivo como el tráfico de estupefacientes, donde existe una intención preordenada de tráfico, constitutiva, por sí misma, de infracción penal. Sin embargo, al analizar dicha conceptualización y la planteada inicialmente, pareciera confundir la figura del agente encubierto cuando participa de la conducta, en la medida que en cualquier circunstancia, en nuestro ordenamiento, el agente encubierto actúa con base en la preexistencia del delito y no previamente a él, y cuando es el agente el que provoca la conducta, la investigación que se deriva de este proceder está prohibida como se observó anteriormente.

4. LA LEY 1474 DE 2011. NEGACIÓN DE LOS POSTULADOS NORMATIVOS DEL CPP

La Ley 1474 de 2011 reformó el código penal y el CPP, mediante ella se planteó la implementación de los dispositivos de lucha contra el terrorismo y el narcotráfico, a las conductas que tienen que ver con la denominación de "Corrupción". En efecto, en las nuevas tendencias expansivas, la figura de la operación encubierta se introduce en la ley reformativa del código original, la lucha contra la corrupción, estatuto en el que se establece una norma específica en la que se introduce la T.E.I, nuevamente en delitos indeterminados, en esta oportunidad, respectó a un concepto tan amplio como el de "corrupción"⁴¹.

41 CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, *proyecto de ley 142 de 2010 Senado*, por medio del cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública. Proyecto sancionado como ley de la República mediante la Ley N.º 1474 de 2011, a ella nos referiremos indistintamente como proyecto o como ley, según sea el análisis del momento normativo del que se trate. En la Ley se plantean las operaciones encubiertas contra la corrupción y se establece la existencia de la prueba anticipada en franca contradicción con el Sistema penal acusatorio previsto en la ley 906 de 2004. Cfr. "Artículo 36. Operaciones encubiertas contra la corrupción. La Ley N.º 906 de 2004, artículo 242-A: Los mecanismos contemplados en los artículos 241 y 242 podrán utilizarse cuando se verifique la posible existencia de hechos de delitos contra la Administración Pública en una entidad pública. Cuando en investigaciones de corrupción, el agente encubierto, en desarrollo de la operación, cometa delitos contra la Administración Pública en coparticipación con la persona investigada, el agente encubierto quedará exonerado de responsabilidad, mientras que el indiciado o imputado responderá por el delito correspondiente."

El proyecto plantea la operación encubierta, cuando se verifique la posible existencia de hechos constitutivos de delitos contra la administración pública en una entidad pública. Esta Ley implica que la técnica especial de investigación se use a prevención o con la sola sospecha. En su texto original elimina el requisito de los motivos fundados, lo que de por sí es contradictorio a un sistema de garantías constitucionales.

Aunado a lo anterior, plantea la posibilidad de que el agente encubierto cometa delitos en coparticipación con la persona investigada, caso en el cual, lo exonera de responsabilidad penal, mientras que el indiciado o imputado responderá por el delito correspondiente. En consecuencia, la Ley introdujo en la legislación colombiana la figura del agente provocador como parte del *iter criminis*, exonerándolo de su responsabilidad, pero presumiendo la responsabilidad del coautor de la conducta del encubierto.

5. LA INJERENCIA EN LAS PRERROGATIVAS IUSFUNDAMENTALES: NEGACIÓN DE PRINCIPIOS Y DERECHOS CONSTITUCIONALES

En el sentido expuesto, la doctrina coincide en advertir que las actividades de indagación e investigación que se ejecutan por el órgano de investigación a través de operaciones infiltradas o agente encubierto, son de aquellas que implican injerencias en los derechos fundamentales de los investigados y por tanto son T.E.I., de acuerdo a lo expuesto en el primer capítulo de este trabajo. Las discusiones se han dado no solo desde el punto de vista normativo, pues como vimos las normas que autorizan la infiltración de organización criminal y la actuación del agente encubierto adolecen de serios vacíos. La discusión se plantea también en el ámbito de la práctica policial y en el análisis de los fines del Estado en la búsqueda de la verdad en el proceso penal frente a los derechos y libertades *iusfundamentales*.

Si como hemos visto, el proceso penal es uno de los escenarios en los que se hace evidente la tensión entre garantías y eficiencia; las garantías, como interés del poder político del Estado debe realizarse sin desconocer la eficiencia. Desde esta perspectiva, la búsqueda de la verdad y la lucha contra la criminalidad está supeditada al interés del procesado en la protección y salvaguardia de sus derechos, que se traduce finalmente en la protección de las garantías fundamentales de todos los ciudadanos.

Si como vimos en los capítulos precedentes, el proceso penal constitucional, como escenario de garantías es el lugar común donde se debaten y materializan las garantías del sujeto pasivo de la acción penal, así como se regulan y limitan las actuaciones que implican injerencias en los derechos del ciudadano, en consecuencia, también allí se reconocen las actuaciones del agente encubierto, estas implican, en su ejecución, injerencias en los derechos fundamentales del indagado, del investigado y de su entorno. Así se

trate de la investigación de una organización criminal, dichas garantías no pueden ser desconocidas, pues en el marco de un Estado Constitucional Social de Derecho, no se puede distinguir un derecho penal para ciudadanos y otro para los enemigos como aspiran las actuales corrientes legitimadoras de la expansión punitiva del sistema de pena.

En efecto, el trato como *no persona* al enemigo, en el proceso penal constitucional, no es aceptable cuando la fundamentación del Estado se desarrolla con base en la Dignidad Humana, el respeto a los derechos y libertades fundamentales, la garantía y efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y la vigencia de un orden justo como fines esenciales.

En este orden de ideas, el Estado garantiza el plexo de prerrogativas *iusfundamentales* que componen los derechos del indiciado en las actividades de indagación e investigación, los cuales están orientados hacia la vigencia constante de sus derechos fundamentales, de su derecho de defensa y los demás inherentes como sujeto al que se le hace una investigación penal. En este sentido se rescata que el CPP establece como principios rectores y criterios de interpretación del proceso penal, entre otros: la dignidad humana, la libertad como principio, el derecho a la igualdad, la legalidad, la presunción de inocencia, y dentro de este el *in dubio pro reo*, pero se constituye como uno de los más importantes en el tema que se desarrolla, el derecho de defensa.

En el ámbito doctrinal, las críticas a la actuación del agente encubierto, en las actividades investigativas, se dan en dos niveles: en el nivel de la forma de obtención de la información, en el cual su injerencia en el derecho a la autodeterminación de la información por parte del indiciado, las injerencias que podría realizar el agente encubierto respecto al derecho a la intimidad, en su domicilio y el derecho a la no autoincriminación y. El segundo nivel hace referencia al análisis del uso de la información recolectada en el juicio oral. Todos estos problemas han sido planteados como legítimos bajo el supuesto de la lucha eficaz contra la delincuencia, lo cual es insostenible⁴², pues todo ello niega los principios constitucionales y procesales, básicamente el derecho de defensa, el principio del *nemo tenetur* y niega la regla de exclusión como garantía de respeto de los derechos a través de la obtención de pruebas indirectas⁴³.

42 En el mismo sentido, ROXIN, Claus, "La protección de la persona en el derecho procesal penal Alemán", en *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 127.

43 *Ibidem*.

5.1. Derecho a la intimidad

Dispone el C.P.P que durante la realización o ejecución de los procedimientos encubiertos se pueden usar medios técnicos de ayuda, como los usados en el caso de la vigilancia y el seguimiento de personas⁴⁴, o cualquier medio que la técnica aconseje; entre otros, el agente encubierto puede tomar fotografías, filmar vídeos, y dada la indeterminación de la norma, hacer grabaciones de audio y todo tipo de actividad que permita recaudar información relevante a fin de identificar o individualizar los autores o partícipes.

Aunado a lo anterior, la ley establece que también puede individualizar e identificar a las personas que lo frecuentan, los lugares a donde asiste y aspectos similares, cuidando de no afectar la expectativa razonable de intimidad del indiciado o imputado o de terceros. Lo anterior resulta bastante complejo y polémico, pues la norma no define qué ha de entenderse por expectativa razonable y dicha valoración quedaría a criterio de quien ejecuta la indagación, esto es, del agente encubierto.

Aunado a lo anterior, el agente encubierto está facultado para realizar actos extrapenales con trascendencia jurídica. Así, pueden intervenir en el tráfico comercial, asumir obligaciones, y la ley lo faculta, con fines de indagación e investigación, a ingresar y participar en reuniones en el lugar de trabajo o domicilio del indiciado o imputado, adelantar transacciones con él si fuere necesario⁴⁵. Esto le permite integrarse, conocer e inclusive hacer parte de la esfera privada del individuo indagado o investigado, hasta donde este lo permita o el agente encubierto logre penetrar.

Como quiera que el grado de infiltración del agente encubierto en la organización criminal es relativo y se desarrolla de manera diversa, en cada caso concreto, la doctrina ha planteado en el marco de su actuación dos tipos de infiltraciones, unas de larga y otras de corta duración⁴⁶. En las actuaciones o infiltraciones de corta duración el agente encubierto se relaciona únicamente a través de contacto directo con la organización criminal, en las de larga duración se presenta además del contacto, la interacción con la organización, la participación en la misma, el tráfico jurídico con la identidad supuesta, todo lo cual tiene como límite de su actuación, el respeto al sistema de garantías del indagado o procesado, sin importar la gravedad de la conducta por cual se le investiga.

A pesar de lo manifestado anteriormente, no existe previsión normativa que indique el procedimiento que debe seguir el agente encubierto cuando su

44 CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, Ley N.º 906 de 2004, cit., art. 239.

45 Ibídem, art. 242.

46 En este sentido, Cfr. GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, *Infiltración policial y agente encubierto*, cit., p. 29.

actuación implique necesariamente la injerencia en derechos fundamentales, tales como el ingreso al domicilio, lugar de trabajo y su registro, la intervención de comunicaciones, las grabaciones privadas y de las conversaciones del indiciado con el agente encubierto o con terceros. Son precisamente estas actividades las que tienen mayor relación con el derecho a la intimidad del indiciado o procesado y las que implican mayor dificultad en su delimitación y como límite de actuación del agente encubierto.

La doctrina ha desarrollado la tesis de las esferas del derecho a la intimidad y su inviolabilidad⁴⁷, la cual ha tenido recepción positiva en la jurisprudencia de la CC⁴⁸. Según esta teoría, la intimidad estaría desarrollada en el ámbito de tres esferas de graduación de la vida privada de las personas, desde el más permisivo al más restringido, siendo el más permisivo el de la esfera privada y el más restringido el de la esfera secreta y en el medio la esfera confidencial.

En el ámbito de la esfera privada se encuentra toda aquella información que la persona desea que no lleguen al conocimiento público, entre ella, su imagen física y su comportamiento aun fuera del domicilio, que no deben ser conocidos sino por quienes se encuentran en contacto con él. En este sentido, la esfera privada podría ser objeto de injerencia por las actividades del agente encubierto que al infiltrarse llegaría hasta el límite de actuación que le permitiera el titular del derecho⁴⁹.

Por su parte, la esfera confidencial abarca lo que el sujeto cuenta o comparte a otra persona de confianza, excluyendo al público en general e inclusive a las personas que operan en la vida privada y familiar⁵⁰, contexto en el cual, el agente encubierto podría llegar, dependiendo de su grado de infiltración, y la confianza que logre del sujeto indiciado o investigado, pues si logra ser su confidente entraría en el ámbito de la esfera confidencial. En la esfera secreta, se encuentran los datos o la información de noticias y hechos que por su carácter extremadamente reservado han de quedar inaccesibles a todos los demás.

En todos los ámbitos de las esferas de la vida íntima, es el sujeto titular el que dispone libremente de sus componentes y de los límites que ha de tener cada una de ellas, por lo que solo él puede hacer que su información pase de ser privada a secreta, o confidencial, por lo que su análisis se debe hacer en el caso concreto y su valoración depende del ámbito social y de la popularidad o

47 Por todos, HERRERO-TEJEDOR, Fernando, *La intimidad como derecho fundamental*, 1.ª ed., Colex, Madrid, 1998. p. 24. En nuestro medio, Cfr. PERDOMO TORRES, Jorge Fernando, *Estudios penales a partir de libertad y solidaridad*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, p. 217.

48 Entre otras, CORTE CONSTITUCIONAL, *Sentencia C-336 de 2007*, M.P. CÓRDOBA TRIVIÑO, Jaime. Igualmente, *Sentencia C-692 de 2003*, M.P. MONROY CABRA, Marco Gerardo.

49 HERRERO-TEJEDOR, Fernando, *La intimidad como derecho fundamental*, cit., p. 22.

50 Ibídem.

notoriedad de que goza en los ambientes sociales⁵¹. En el caso del agente encubierto, la disposición del titular del derecho estaría viciada por el engaño al que es sometido por el funcionario de policía judicial, pues aunque él tome la determinación de mantener cierta información en una de las esferas, el error le hace disponer equivocadamente de la información, la que sería usada en su contra por el agente encubierto y por la Fiscalía en la investigación penal.

Ahora bien, La Corte lo ha definido como aquella “[...] esfera o espacio de vida privada no susceptible de la interferencia arbitraria de las demás personas, que al ser considerado un elemento esencial del ser, se concreta en el derecho a poder actuar libremente en la mencionada esfera o núcleo, en ejercicio de la libertad personal y familiar, sin más limitaciones que los derechos de los demás y el ordenamiento jurídico”.⁵² Igualmente la CC tiene establecido que este derecho no es absoluto y por tanto es susceptible de limitaciones, sin que se pueda desconocer su núcleo esencial y solo si dicha injerencia está constitucionalmente justificada.

Ahora bien, si el agente encubierto es el que administra la información que obtiene y toma decisiones de la forma como la obtiene, el CPP le está dando facultades de indagación que le permiten acceder, dependiendo del caso concreto, a cualquiera de las esferas de la intimidad anotadas, esto es, a información privada, confidencial o secreta, todo ello sin que medie autorización judicial previa y solo con la autorización del F.D que, para el caso, se convierte en un observador expectante y con interés de recibir la información por parte del agente encubierto.

Por lo anteriormente expuesto consideramos que al no existir un control judicial previo, y tampoco una reglamentación adecuada del manejo de la información que obtiene el agente encubierto, se está estableciendo de manera genérica y abstracta una autorización o injerencia indebida en el ejercicio del derecho fundamental a la intimidad. Si observamos la C.P.C, en su artículo 250.3, encontramos que entre los presupuestos bajo los cuales el Estado, en legítimo ejercicio de su potestad investigativa, puede realizar intervenciones en los derechos fundamentales, no se encuentra la infiltración a organización criminal, ni el uso del agente encubierto.

51 La doctrina italiana diferencia las esferas de intimidad de manera simplificada, “[...] en la zona privada se encuentra el derecho a la reserva (*riservatezza*) y el derecho al respeto de la vida privada. El primero defiende la esfera privada de la divulgación de noticias legítimamente adquiridas por el sujeto; mediante el segundo se protege al sujeto de interferencias externas en esta esfera.” Cfr. BRICOLA, Franco, “Prospettive e limiti della tutela penale della riservatezza”, en *Diritto alla riservatezza e la sua tutela penale*, Milano, 1970, p. 69, citado en HERRERO-TEJEDOR, Fernando, *La intimidad como derecho fundamental*, Colex, Madrid, 1998. p. 24.

52 De acuerdo con la CORTE CONSTITUCIONAL, este concepto fue reiterado en las siguientes sentencias: “Sentencia C-517 de 1998 M.P. Alejandro Martínez Caballero, concepto reiterado en la sentencia C-692 de 2003. Marco Gerardo Monroy Cabra.”

En efecto, la norma citada plantea que la F.G.N. está obligada a realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por los medios allí establecidos, y en ejercicio de sus funciones le permite adelantar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones, sin que se indique expresamente la infiltración en organización criminal y la actividad del agente encubierto, más adelante indica que en los casos de requerirse medidas adicionales que impliquen afectación de derechos fundamentales, el F.D debe solicitar autorización al J. C de G.

En este sentido y con base en el precedente más inmediato⁵³, a pesar de que el C.P.P no establece un control judicial previo, en el caso del agente encubierto consideramos que dada su afectación al derecho a la intimidad, en la medida que no es un evento cierto e indiscutible cuál es el grado de afectación en el que actuará el agente encubierto, la autorización del J. C de G es una necesidad indispensable, si se trata de legitimar la actuación del agente encubierto, dado que a través del engaño y la inducción al error del sujeto indagado o investigado se está alterando la libertad que este tiene de ejercer libremente el derecho a la autodeterminación de su propia información.

Por consiguiente, no compartimos los planteamientos de Perdomo⁵⁴ al indicar que cuando la injerencia del agente encubierto se hace en la esfera privada o en la pública no hay vulneración del derecho y cuando se ha tenido en cuenta el principio de proporcionalidad y su ejecución se ha dado con un interés general válido. El desacuerdo radica en que, en la actuación del infiltrado no se puede definir previamente en cuál de las esferas actuará, aunado al hecho, según el cual, quedaría en manos del funcionario de policía judicial la ponderación de un derecho frente a un interés amplio y general, lo que podría desembocar en el uso abusivo del principio de proporcionalidad, poniendo en el mismo nivel de ponderación derechos fundamentales e intereses generales como el de la seguridad o la lucha eficaz contra la criminalidad. Como vimos en el primer capítulo, en términos generales, las anteriores políticas obedecen a un discurso ideológico legitimador de la disminución de garantías y de la expansión y maximización del sistema penal.

En este orden de ideas, la diferenciación de la teoría de las esferas es demasiado general y ambigua como para que las pueda distinguir el agente encubierto, en el ámbito de su actividad. De ahí que en la práctica no sea definible de manera clara y concreta el núcleo privado, el confidencial y el

53 Hacemos referencia a la constitucionalidad condicionada de la búsqueda selectiva en bases de datos, en el que la C.C la declaró constitucional solo bajo el supuesto de la autorización previa del J. C de G. Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL, *Sentencia C-336 de 2007*, M.P. CÓRDOBA TRIVIÑO, Jaime.

54 Cfr. PERDOMO TORRES, Jorge Fernando, *Estudios penales a partir de libertad y solidaridad*, cit., p. 213.

secreto, pues los datos obtenidos por el agente encubierto, dependerían del titular del derecho, su afectación a una u otra esfera y con ello, su exclusión de valoración en el proceso por falta de autorización judicial previa y concreta sobre lo que se busca en la investigación.

Ahora bien, son tres los requisitos que se plantean para aquellos datos o informaciones que no pueden ser vulnerados por pertenecer al núcleo esencial o esfera nuclear: **1.** El carácter personalísimo de la información, **2.** la voluntad de mantenerla en secreto y **3.** Su falta de incidencia social. Cualquiera de ellas, dependiendo del grado de infiltración, podría conocer el agente encubierto, discrecionalmente, en virtud de las autorizaciones legales del CPP, especialmente al entrar en el domicilio, al lugar de trabajo, etc., actos en los que conocería de informaciones personalísimas, como, por ejemplo, sus sentimientos, pensamientos, estados de ánimo, objetivos, faltas, debilidades, miedos, instintos, espacios de relación con su familia, sus amistades, sus relaciones amorosas, situaciones de enfermedad, sexualidad, entre otros muchos estados personalísimos, que no son de interés en el proceso y que por la vía de la infiltración se llegarían a conocer⁵⁵.

Por el contrario, además de la autorización previa que decimos es de la naturaleza de la actuación encubierta; en la actuación específica y frente a esta problemática, el agente encubierto debe solicitar autorización al J. C de G a través del F.D; y si son actos de urgencia que no podía predecir, informar de inmediato al F.D director de la investigación para que este a su vez los legalice ante el J. C de G, de manera debidamente fundamentada, y con elementos materiales de prueba que demuestren la urgencia de su actuación, so pena de rechazo y exclusión por ilicitud de las actuaciones.

5.2. Derecho a la no autoincriminación

En el sistema normativo, el derecho de defensa⁵⁶ implica textualmente que el indiciado no puede ser obligado a declarar en contra de sí mismo⁵⁷ ni en contra de su cónyuge, compañero permanente, sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, civil o segundo de afinidad; con la misma

55 En sentido contrario, Cfr. PERDOMO TORRES, Jorge Fernando, *Estudios penales a partir de libertad y solidaridad*, cit., p. 218.

56 CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, *ley 906 de 2004*, cit., art. 8.

57 La doctrina hace referencia constante al principio de *nemo tenetur se ipsum accusare*, en KIRSCH, Stefan, "¿Derecho a no autoincrimarse?", en *La insostenible situación del derecho penal*, cit., pp. 247 y ss. PERDOMO TORRES, Jorge Fernando, *Estudios penales a partir de libertad y solidaridad*, define el principio de la siguiente manera: "[...] es la libertad de declaración, se traduce en que nadie está obligado a contribuir a su propia persecución penal, nadie está obligado a declarar contra sí mismo, a auto incriminarse o a ser testigo de su propio encauzamiento, así mismo, como el derecho a callar y que su silencio no sea interpretado en su contra, de lo contrario, se le degradaría como simple instrumento u objeto para el conocimiento de la verdad", cit., p. 219.

protección cuenta en su derecho a no autoincriminarse. También establece el sistema de garantías que en la indagación, la investigación y el proceso, no se su silencio en contra, ni el contenido de las conversaciones tendientes que haya realizado para lograr acuerdos; igualmente se establece su derecho a ser oído, asistido y representado por un abogado de confianza o nombrado por el Estado.

Igualmente se protege el derecho a la intimidad, según el cual, “[...] toda persona tiene derecho al respeto de su intimidad. Nadie podrá ser molestado en su vida privada”. Es también principio del proceso penal colombiano la lealtad, según la cual, “[...] todos los que intervienen en la actuación, sin excepción alguna, están en el deber de obrar con absoluta lealtad y buena fe”. En concordancia con ello, se establece como garantía de respeto a dichos principios la cláusula de exclusión, según la cual, “[...] toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales es nula de pleno derecho, por lo que debe excluirse de la actuación procesal, al igual que las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que solo puedan explicarse en razón de su existencia”. Finalmente, el principio de prevalencia establece que “[...] las normas rectoras son obligatorias y prevalecen sobre cualquier otra disposición y deben ser usadas como fundamento de interpretación”.

Así mismo y como desarrollo del derecho de defensa, establece el CPP⁵⁸ que el servidor de policía judicial que con motivos fundados infiera que una persona es autora o partícipe de la conducta que investiga, la puede interrogar y sin hacerle imputación alguna, le debe dar a conocer de manera previa que tiene derecho a guardar silencio. Las advertencias legales en consecuencia con los principios enunciados, le imponen informar sobre la no obligación de declarar contra sí mismo, ni sus allegados, imposiciones que el mismo CPP desarrolla al funcionario de policía judicial que tiene contacto con el indiciado, tanto así que la norma indica que si el indiciado no hace uso de sus derechos y manifiesta su deseo de declarar, se podrá interrogar en presencia de un abogado.

En contraposición a ello, se plantea la figura del agente encubierto que justificado en el contexto social y político criminal indicado en el primer capítulo, se infiltra en la organización, en el marco de una indagación o investigación contra indiciado específico y con base en estudios de la organización criminal a la cual pertenece. Cuando el agente encubierto se infiltra en ella y reconoce a sus interlocutores, los cuales en la práctica pueden ser o no indiciados, es obvio que en virtud de la naturaleza secreta de sus actuaciones no les manifiesta su condición de funcionario de policía judicial, sin embargo accede a ellos, se comunica con ellos, planifica actuaciones, participa en conversa-

58 CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, *Ley 906 de 2004*, cit., art. 282, sobre el Interrogatorio a Indiciado.

ciones y a través de ellas conoce información privada y también delictiva en cumplimiento de sus funciones, las cuales debe informar con fines de investigación judicial al F.D que solicitó su infiltración.

Sin embargo, a pesar de tratarse de indiciados o partícipes de una organización criminal como objeto de investigación penal, por la naturaleza reservada de la actuación encubierta nunca son advertidos de sus derechos, por lo que los mismos quedan vaciados de contenido, en la medida que manifiestan situaciones auto incriminatorias, de sus familiares o simplemente informar al Estado, sin saberlo, de la existencia de elementos materiales de prueba, evidencia física y hasta de la comisión de conductas punibles que los compromete, o dan a conocer situaciones netamente privadas suyas y de sus familiares, sin que sepan que lo hacen frente a un agente del estado que va a usar esa información en un proceso penal en su contra, en franca contradicción con los principios descritos anteriormente.

Son diversas las prácticas en las que la actuación de un agente de la policía directamente o a través de un particular, obtiene información autoincriminatoria del indagado ocultando su verdadera identidad, casos que, como lo planteamos, no corresponden a la hipótesis de una organización criminal y sin embargo, se usan agentes encubiertos sin las previsiones legales y constitucionales indicadas, obteniendo información que no debería ser usada, ni valorada en el proceso de demostración de la responsabilidad penal, ni en el proceso de indagación e investigación.

Un ejemplo de tal ilegalidad es la prohibición, establecida por el Tribunal supremo federal alemán de valorar las manifestaciones que hubieran sido realizadas ante la Policía sin la debida instrucción sobre sus derechos⁵⁹, esto es, sin informar a la persona que tiene derecho a no declarar en su contra. Este principio fue incorporado por ese tribunal como principio fundamental del Derecho Procesal Penal, con base en instrumentos internacionales como el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966⁶⁰; y principios constitucionales como la dignidad humana, los derechos individuales del procesado y en el principio de un proceso limpio. En este sentido, indica Roxin que la importancia de dicha decisión judicial, es que por primera vez, el Tribunal Supremo Federal incorporó a su jurisprudencia el Derecho comparado y con ella ha obligado a todas las autoridades a respetar la garantía integral del principio *nemo tenetur* conforme a los instrumentos internacionales⁶¹.

59 Cfr. ROXIN, Claus, "La protección de la persona en el derecho procesal penal Alemán", en *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*, cit., p. 127.

60 Art. 14, párrafo 3 "g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable". Resolución 2200, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, aprobada el 16 de diciembre de 1966.

61 *Ibíd*em, El autor plantea como el caso más importante, aquel, según el cual, se daba una práctica policial en la que un agente de la Policía encubierto o de incógnito, es introducido clandes-

Sin embargo, la alternativa del Fiscal ha sido la utilización de la prueba indirecta, usando las declaraciones auto-inculpatorias para encontrar otros testigos, logrando usar así este tipo de pruebas con base en el discurso de la *necesaria lucha eficaz contra la delincuencia*⁶², todo lo cual, permite vulnerar el principio *nemo-tenetur*, en la hipótesis de la confesión obtenida mediante engaño, la cual no se usa en el proceso, sino que se usa al cómplice descubierto a través de ella para declarar su culpabilidad. De la situación fáctica planteada se deriva que los interrogatorios encubiertos al indagado, investigado y a los testigos representan una negación del derecho a la autodeterminación de la información y a la no autoincriminación⁶³.

La negación del principio *nemo-tenetur* a través de las actividades del agente encubierto, ha sido legitimada a través de la tesis de la auto responsabilidad de la información del indiciado. Según esta tesis, el indagado o indiciado es responsable por el manejo de su propia información, si en virtud de esa capacidad de disposición decide manifestar sus actos delictivos ante terceros él se está autoincriminando, el hecho de que la manifestación sea ante un tercero o un agente encubierto es irrelevante, pues su voluntad es la de exteriorizar y hacer pública la información actuando autoresponsablemente⁶⁴.

A esta tesis se oponen diversos puntos de vista diferentes de acuerdo al desarrollo que de la doctrina alemana hace PERDOMO⁶⁵: i) el indiciado no es obligado a autoincriminarse, pero si debe soportar medidas estatales para el conocimiento de los hechos, ii) la defensa del principio recae sobre la sanción a las coacciones físicas o psíquicas que buscan que el sujeto exprese su conocimiento, iii) el principio protege al ciudadano de las autoincriminaciones hechas en situación de error, pues la expresión de su voluntad estaría mediada por el engaño del Estado y su voluntad de dar a conocer la información no sería informada, autónoma y libre, finalmente, iv) la prohibición del engaño, según la cual, nadie debe perjudicarse en el proceso sin saberlo, pues no es digno del Estado el engaño como instrumento.

Frente a estas posiciones, la doctrina colombiana se inclina por concluir que las manifestaciones del indiciado frente al agente encubierto no son vio-

tinamente en la celda de un detenido, trabaja para obtener su confianza, luego de lo cual, le descubre información sobre el delito, la que luego es transmitida a la Policía con fines judiciales, lo que con base en dicha sentencia, se ha considerado ilícito y la información así obtenida ha sido declarada no valorable procesalmente, cit., p. 133.

62 Ibidem, p. 134.

63 En este sentido, Cfr. PERDOMO TORRES, Jorge Fernando, *Estudios penales a partir de libertad y solidaridad*, cit., p. 220.

64 Ibidem.

65 Ibidem, pp. 221-225.

latorias del principio, si se analizan desde un criterio de autoresponsabilidad⁶⁶. En efecto, si las manifestaciones ante el agente encubierto se dan de manera libre, voluntaria, determinada por él mismo y libres de coacción o violencia, son válidas en cuanto el sujeto ha decidido autónomamente revelar la información. Para Farfán la legitimidad está dada por el riesgo propio que asume el sujeto al otorgar la información y estar latente la posibilidad de que se produzca una traición de la confianza depositada en su interlocutor.

En estos puntos de vista, subyace la superación del error en el que se encuentra el indiciado respecto de su interlocutor, en este caso, el error es indiferente por tratarse de la manifestación libre y autoresponsable del sujeto respecto de la información que aporta, en otras palabras, al exteriorizar la información que lo autoincrimina asume un riesgo de manera libre y voluntaria, por lo que no se puede refutar de ilegítima. El argumento contrario indicaría que toda manifestación de información autoincriminatoria que haga el indiciado coaccionado física o psicológicamente es violatoria del principio y por tanto no podrían ser legítimas en el proceso.

6. EL PARTICULAR COMO AGENTE ENCUBIERTO: DE NUEVO LA CONFUSIÓN

Como vimos, el agente encubierto como T.E.I ha sido desarrollado por la doctrina en torno al reconocimiento de las actividades que en un proceso de indagación e investigación penal cumple la policía judicial, estas posturas teóricas o doctrinarias han aceptado y planteado la necesidad de que quien se desempeña como agente encubierto sea un funcionario de policía judicial y no otra persona que no cumpla con estas características, a pesar de ello, nuestro ordenamiento plantea la posibilidad de que el agente encubierto sea un particular.

En efecto, el CPP plantea que en la indagación e investigación, puede ordenarse que actúe como agente encubierto un particular que, sin modificar su identidad, sea de confianza del indiciado o imputado, o la adquiera con posterioridad, esto es, que busque la manera de infiltrarse ganándose la confianza del indagado con la finalidad de buscar y obtener información relevante y elementos materiales probatorios y evidencia física en su contra⁶⁷.

Según ESPINOSA la mayoría de los ordenamientos jurídicos que han adoptado las operaciones infiltradas han proscrito la actividad del particular como agente encubierto⁶⁸, procurando en consecuencia, que dichas actuaciones sean ejecutadas por una persona que pertenezca a la policía judicial,

66 Ibidem, p. 230. Igualmente, FARFÁN MOLINA, Francisco, *El agente encubierto en el proceso penal*, Instituto de Estudios del Ministerio Público- IEMP, 2008, p. 59.

67 CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, *ley 906 de 2004*, cit., art. 242.

68 ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Rocío Zafra, *El policía infiltrado, los presupuestos jurídicos en el proceso penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 79.

para ello explica que a excepción del Estado danés y el colombiano, los ordenamientos jurídicos como Alemania, España, Bélgica, Suiza, Francia, Italia, Chile, Argentina, limitan la infiltración a través de agentes del Estado⁶⁹.

Son elementos importantes para considerar que la actuación del agente encubierto la ejecute la policía judicial y no el particular, entre otros, los riesgos que debe asumir el agente encubierto en una infiltración y el entrenamiento previo que para ello debe tener. Entre otras cuestiones, se presume un trabajo diario y permanente del agente encubierto, coordinación con el F.D y constante flujo de información, así mismo se requiere de una especial formación y comprensión de las reglas del proceso, sus límites de actuación cuando de restringir los derechos fundamentales se trate y la consecuencia procesal en la extralimitación de los mismos. En oposición a estas cualidades del funcionario de policía judicial, a un particular no le son exigibles en todos los casos, por ejemplo, la responsabilidad disciplinaria que implica la extralimitación en las funciones solo le son exigibles al policía judicial.

No existe previsión normativa en la CPC que autorice a la F.G.N delegar en los particulares la función del agente encubierto en la infiltración de organizaciones criminales. Si como vimos, las actuaciones del agente encubierto implican una amplia restricción o injerencia en los derechos del indagado por parte del Estado, cuando es un particular el que actúa como tal, se hace necesario analizar la variable del particular como el sujeto autorizado en una indagación o investigación para entrar en contacto con el indagado o investigado y obtener la información con fines de investigación penal.

Uno de los eventos paradigmáticos de este tipo de agente encubierto particular, es aquel en el que el sujeto es puesto en el contexto criminal por parte de la Policía y a su servicio, en la mayoría de los casos se trata de personas conocidas del indiciado, los cuales son usados para descubrir conductas criminales o las actividades del indiciado o investigado⁷⁰. Se usa un sujeto conocido por el investigado bajo el supuesto que este tendrá conversaciones privadas con la persona contactada por la Policía, logrando posiblemente su confesión y el uso del testimonio del tercero en juicio, testimonio que debió ser previamente preparado para conocer o tomar la confesión de su interlocutor, superando en su consecución la obligación de instrucción al procesado de su derecho a negarse a declarar y de su derecho a consultar con un abogado⁷¹.

69 Ibídem.

70 Cfr. ROXIN, Claus, "La protección de la persona en el derecho procesal penal Alemán", en *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*, cit.,

71 En nuestro medio, una tesis que plantea la inconstitucionalidad del AGENTE ENCUBIERTO particular, el cual es evaluado desde el punto de vista de las actividades de la policía judicial y se cuestiona que se le permita a un particular realizar en nombre del Estado tales funciones, en SAAVEDRA ROJAS, Edgar, PAVA LUGO, Mauricio, *Agentes encubiertos, ¿El ocaso del derecho penal demoliberal?*, Ed. Universidad Santiago de Cali, 2007.

En las discusiones parlamentarias para la aprobación del proyecto de ley que creaba el código de procedimiento penal también se planteó la tensión entre las garantías y las injerencias que contenía el proyecto de CPP. El senador Gaviria al resaltar la importancia de las normas rectoras del título preliminar, aclaró y dejó constancia de la existencia en el proyecto de un eficientismo extremo que sacrifica las garantías individuales inicialmente consagradas, a fin de agilizar el proceso penal, y que es indiferente a la desigualdad material entre las partes intervinientes, en particular, en lo que a la recolección de pruebas se refiere⁷².

En este último sentido, se criticó en el debate del Senado, con fundamentos constitucionales, las disposiciones que avalaban la adopción de las estrategias investigativas y operativas que se usaban y que correspondían a mecanismos subrepticios también usados por las organizaciones criminales para cumplir su cometido, como en el caso de informantes por parte de la policía judicial para recoger material probatorio y hacerlo valer dentro del proceso. Gaviria resaltó la inadmisibilidad en el Estado Constitucional de que al igual que las organizaciones delictivas, el Estado autorice a sus agentes para transar y comerciar información privilegiada con particulares, criticando con mayor fuerza el hecho de que el mismo Estado conceda en esos casos reserva de identidad y demás datos del informante, en abierta contraposición de principios como los de contradicción e inmediación, al considerar que la reserva del informante por parte de la policía judicial y del fiscal director de la investigación, dificulta en el juicio oral la contradicción del testimonio, la inmediación.

Todo lo cual, tampoco permitiría aportar pruebas de oposición a otras cuyo origen se desconoce, a juicio del senador, reforzaría la desigualdad entre el imputado y el órgano investigador, agregando que de nuevo, razones de eficiencia estaban justificando la reducción al mínimo de los derechos sustanciales para recoger material probatorio en oposición a las normas rectoras que se entiende, por mandato de la misma ley, que informan todo el contenido normativo del CPP⁷³.

La posición planteada por el señor en el debate parlamentario, estaba haciendo referencia al uso de la información aportada por particulares a la policía. En este sentido, si el particular actúa en el contexto que conoce, o por los vínculos que establece o adquiere con el indagado, bajo la supervisión de la policía o coordinado con esta, el sujeto encubierto particular se asemeja entonces a las figuras del confidente, el arrepentido, figuras que en estricto sentido se diferencian del agente encubierto y que nuestra ley procesal pare-

72 Intervención del senador GAVIRIA DÍAZ, Carlos, constancia sobre el proyecto de ley N.º 001 de 2003 Cámara y 229 de 2004 Senado por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, *Ley N.º 906 de 2004*, diario oficial 45658, del 31 de agosto de 2004.

73 Ibídem.

ciera darles la misma categoría, lo cierto es que por la vía del confidente, el arrepentido, entre otras, los particulares pueden desarrollar actividades que permitan obtener información para ser usada por la policía judicial en el proceso de investigación.

El CPP establece la figura del agente encubierto por particular y no hace una diferenciación normativa con otras técnicas de indagación, tampoco plantea requisitos específicos que establezcan las circunstancias en las que el mismo se pueda autorizar, las calidades o características de la persona que puede actuar como tal y su conocimiento previo de la organización y de las técnicas de infiltración, tampoco establece un régimen de protección de su integridad y por el contrario, la ley le deja expuesto al indicar que el mismo no puede modificar su identidad.

También está ausente en el desarrollo normativo las reglas que permitan identificar los roles del particular frente a la información, las evidencias y elementos materiales de prueba que recupere en su actuación, ni que decir de la ausencia de normas que establezcan los límites de su actuación y la responsabilidad derivada de su actuación. Todo lo cual, requeriría una propuesta de formulación normativa que delimite el ámbito de su actuación, los medios y las formas a utilizar y su responsabilidad en las actividades que realice como encubierto en la organización criminal.

7. EL POLICÍA JUDICIAL Y EL PARTICULAR COMO AGENTE ENCUBIERTO: DE SUS DERECHOS, RESPONSABILIDAD Y CONSECUENCIAS

En el desarrollo de sus actividades de indagación e investigación el agente encubierto está relacionado y actuando dentro de una organización criminal, esto es, actúa como tal de manera simulada, contexto en el que puede cometer conductas relevantes desde el punto de vista penal, sin embargo, de ello no dice nada la ley procesal penal. Si bien en nuestro medio no se establece de manera concreta el régimen de responsabilidad penal de las actuaciones del agente encubierto, en otros sistemas jurídicos tal previsión sí ha sido tomada en cuenta dadas las posibles acciones del funcionario de policía judicial y en el caso colombiano del particular cuando está habilitado para ello.

ARMENTA DEU plantea que la única forma de hacer posible la ejecución de las labores del agente encubierto es a través del diseño de un régimen de exención de responsabilidad penal por las conductas que pudiera el agente encubierto realizar en ejercicio y con relación a sus actuaciones y en virtud de ellas⁷⁴.

74 ARMENTA DEU, Teresa, *Lecciones de derecho procesal penal*, 2.^a ed., Marcial Pons, Barcelona, 2004, p. 170.

8. LA TESIS DE CONTROL FUERTE DE CONSTITUCIONALIDAD DEL AGENTE ENCUBIERTO EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO EN SENTIDO MATERIAL

La regla general establecida en la CPC y en el CPP es que toda injerencia o afectación de un derecho fundamental en la etapa de indagación e investigación, requiere un control material previo por parte del J. C de G, como lo analizamos en el capítulo precedente y en virtud de la reserva judicial en la afectación de derechos fundamentales. Ahora bien, la infiltración de organización criminal, la actuación de agente encubierto y la entrega vigilada, se encuentran reguladas entre aquellas que no requieren control judicial previo por parte de un J. C de G.

No obstante dicha regulación, con base en los fundamentos constitucionales planteados, la naturaleza de las T.E.I en las actividades de indagación e investigación y la función del J. C de G, planteamos una segunda hipótesis de rango constitucional, esto es, que las T.E.I de infiltración en organización en criminal y la actuación del agente encubierto son de aquellas actividades que deben ser controladas previamente por el funcionario judicial en audiencia reservada.

Los argumentos que permiten sostener este planteamiento son: i) las actuaciones del agente encubierto son altamente invasivas y significan una injerencia significativa en derechos fundamentales del indagado; ii) las actuaciones del agente encubierto tienen íntima relación con los principios del proceso penal y su limitación, iii) las actuaciones del agente encubierto son de tracto sucesivo, en virtud de las cuales su control debe ser periódico y material, iv) la infiltración de organización criminal y la actuación del agente encubierto tienen requisitos especiales que debe cumplir estrictamente el F.D como director de la investigación y finalmente, v) las actividades de infiltración criminal y actuaciones del agente encubierto no se encuentran desarrolladas en la CPC como aquellas que puede ordenar el F.D sin control previo.

Las hipótesis planteadas requieren del cumplimiento de los mismos requisitos materiales y formales, el J C de G controla su cumplimiento en cualquiera de las dos hipótesis: si el control es previo, el funcionario judicial impartirá autorización previa si se cumplen de manera completa y sustancial, si el control es posterior, el funcionario judicial verificará que antes de ejecutada la orden el F.D, se cumplía con todos los requisitos y la orden se originó con base en el cumplimiento de los mismos.

La diferencia entre las hipótesis planteadas es que en el control judicial posterior, si el J C de G encuentra que el F.D ordenó la T.E.I sin cumplir con los requisitos exigidos, la declarará ilegal. Sin embargo, la vulneración de los derechos constitucionales ya se ha causado y con ello se ha vaciado de contenido su núcleo esencial.

8.1. Los requisitos constitucionales y legales de la actuación del agente encubierto: Una propuesta de integración material

El desarrollo de una indagación en la que se plantee la necesidad de infiltrar una organización criminal deberá cumplir con cada uno de los requisitos que se plantean a continuación, los cuales, serán objeto de control por parte del J C de G desde un punto de vista sustancial, Veamos:

El primer presupuesto para la actuación del agente encubierto es la existencia del análisis de la organización criminal por parte de la policía judicial, en el que se dé cuenta de su estructura organizativa, la agresividad de sus integrantes y los puntos débiles de la misma⁷⁵. Este requisito es importante como presupuesto de la protección de la persona que como policía judicial va a infiltrar la organización, así mismo, el requisito lleva implícita la condición de que la actuación del agente encubierto se realiza con base exclusiva en una organización criminal y no en conductas de simple coparticipación criminal, lo que además pone en duda dicha intervención en las conductas de corrupción en las que la participación sea de un funcionario individualmente considerado o en concierto, sin que exista organización en estricto sentido⁷⁶.

Luego de lo cual, como medida preparatoria debe ordenar la planificación, preparación y manejo de una operación encubierta para que el o los agentes encubiertos la infiltren con el fin de obtener información útil a la investigación que se adelanta. Información con base en la cual, procederá a solicitar la previa autorización del Director Nacional o Seccional de Fiscalías⁷⁷.

La infiltración de organización criminal debe ordenarse en el marco de una investigación penal. En efecto, toda medida restrictiva de derechos fundamentales en los actos de indagación o investigación penal debe ser ordenada en desarrollo de una indagación o investigación penal en un caso concreto y con fines concretos. Constitucional y legalmente está prohibida toda injerencia, por parte de la F.G.N, en los derechos fundamentales de manera general,

75 CONGRESO DE LA REPÚBLICA, *Ley N.º 906 de 2004*, cit., art. 241.

76 Al respecto, debe mirarse con prevención el proyecto de ley que busca atacar la corrupción con medidas restrictivas de derechos con base en sospechas de actos de corrupción y maximiza las medidas de indagación e investigación penal al respecto. La exposición de motivos plantea estas T.E.I para verificar la existencia de hechos de corrupción en entidades del Estado, en el proyecto, se indica que la corrupción se desarrolla generalmente a través de la criminalidad organizada, por lo que se hace necesario contar con los mecanismos ideados en el derecho procesal penal para luchar contra la misma. A nuestro juicio es un argumento equivocado, en la medida que si bien se puede hacer a través de una organización criminal, ese hecho por sí mismo no autoriza a infiltrar un agente encubierto en la administración pública y menos para actuar en coparticipación del delito, lo que puede llevar a la constitución de la provocación del delito por parte de este, máxime cuando es exonerado de toda responsabilidad penal en el proyecto de ley. Cfr. CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, proyecto de ley 142 de 2010 *senado*, Gaceta 607 de 2010.

77 CONGRESO DE LA REPÚBLICA, *Ley N.º 906 de 2004*, cit., art. 242.

abstracta, preventiva o para descubrir delitos por simples sospechas o sin que exista una indagación formal como presupuesto para solicitar la injerencia, por ello, la ley ordena que se puede dictar la medida, siempre y cuando existan motivos razonablemente fundados.

Este requisito está íntimamente relacionado con la regla que prescribe la necesaria motivación de la orden de infiltración y actuación del agente encubierto. En efecto, la orden de infiltración debe justificar la existencia de presupuestos materiales habilitantes de la operación encubierta. Esto es, que demuestre la existencia de, al menos, informe de policía judicial, declaración jurada de testigo o informante, o elementos materiales de prueba y evidencia física, sobre la participación del indiciado en la organización criminal y el delito o los delitos que se investigan⁷⁸. Se trata entonces de datos objetivos que puedan considerarse como motivos razonables de la comisión del delito que se indaga o investiga, de la conexión del sujeto afectado por la intervención con los hechos investigados. En este sentido, se impone un deber de demostración y argumentación fáctica y jurídica a la policía judicial y al F.D. como director de la investigación.

Los motivos fundados no pueden ser cualquier tipo de inferencia lógica o razonamiento subjetivo, pues ellos deben ser más que simples sospechas, pero también algo menos que los indicios racionales que se exigen para declarar la responsabilidad penal. En este sentido, los motivos razonablemente fundados no pueden ser circunstancias meramente anímicas, sino que, para que sean tenidas como fundadas, deben apoyarse en datos objetivos, que por lo menos deben serlo en un doble sentido: i) deben ser datos accesibles a terceros, sin lo que no serían susceptibles de control y ii) deben proporcionar una base real que permita inferir que se ha cometido o que se está cometiendo el delito por el que se indaga, sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona, en cuanto nuestro derecho penal es un derecho penal de acto y no de autor.

Todo lo cual, se constituye como exigencias mínimas que permiten, desde la perspectiva del contenido material de los derechos fundamentales, interferir en el uso libre de los derechos, pues si la intimidad y demás principios procesales se pudieran alzar sobre la base de meras hipótesis subjetivas, dichas prerrogativas *iusfundamentales* quedarían materialmente vacías de contenido material.

En este sentido, la infiltración de organización criminal y la actuación del agente encubierto, no pueden estar encaminadas a satisfacer los intereses de una investigación prospectiva, en cuanto que, si la injerencia en el derecho a la intimidad, la autodeterminación de la información y demás principios procesales, son limitados para satisfacer necesidades genéricas de prevenir o descubrir delitos o para despejar sospechas sin base objetiva que tengan los

78 CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley N.º 906 de 2004, cit., art. 221.

investigadores, dicha injerencia es violatoria de la Constitución, así sea con el objetivo de eficiencia punitiva, pues por más legítima que sea esta aspiración, no pueden vaciarse de contenido si de respetar los derechos fundamentales y los postulados del Estado Social de Derecho.

Las órdenes de la F.G.N que autoricen una infiltración a organización criminal y la actuación del agente encubierto deben ser debidamente motivadas de manera clara, concreta y completa⁷⁹. Dichas actuaciones deben ser controladas de manera sustancial por parte del J C de G.

El elemento claridad hace referencia a que la resolución debe explicitar, en el momento de la adopción de la medida, todos los elementos indispensables para realizar el juicio de proporcionalidad y para hacer posible su control por parte del funcionario judicial. La completitud hace referencia a que en la orden deben constar de manera clara y completa los motivos fundados de la comisión del delito que se indaga o investiga, que ste sea deducido de las indagaciones policiales previas, así como la posible participación del investigado, y se deben dejar consignadas las indagaciones que hasta ese momento permitan identificar al sujeto, el delito y los motivos razonables debidamente argumentados.

A manera de ejemplo, los informes de la policía judicial sobre las actuaciones de indagación previa no pueden ser genéricos, *como que se trata de una organización criminal peligrosa*, sino que se debe indicar en qué han consistido las actividades de la policía judicial hasta ese momento realizadas, con base en qué presupuestos se requiere intervenir la organización criminal, cuál es el nexo causal entre el sujeto que se indaga y la conducta u organización criminal, a partir de qué medios se infiere de que se trata de la existencia de un grupo organizado o de organización criminal y especialmente, indicando cuales son las actuaciones previstas por el agente encubierto en el desarrollo de la operación.

Finalmente, debe el F.D exteriorizar en el documento, bien sea la solicitud al J C de G o en su orden según la hipótesis que se acepte, el juicio de proporcionalidad exigido constitucionalmente para adoptar la medida, aludiendo a la gravedad del delito investigado, así como a la idoneidad y necesidad de la medida, la imposibilidad de seguir obteniendo datos por otras vías y la estricta proporcionalidad.

79 Precedentes importantes para tener en cuenta en nuestro medio, de la forma como se deben motivar los actos de indagación e investigación para el levantamiento del derecho al secreto de las comunicaciones, y con base en las exigencias del T.E.D.H se puede ver entre otros, en las sentencias sobre la interceptación telefónica en España, en las sentencias: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL, *Sentencia 49 de 1996*, de 26 de marzo, *Sentencia 49 de 1999*, *Sentencia 167 de 2002*, *Sentencia 184 de 2003*, *Sentencia 259 de 2005*, entre otras.

Como quiera que la solicitud del F.D debe estar respaldada por actividades de indagación de la policía judicial, el F.D puede integrar a su orden o solicitud la el informe de la policía, esto es la denominada *motivación por remisión*, en la medida que se cumple el requisito si a la solicitud del F.D se le integrada y remite la solicitud policial que los contenga los requisitos mencionados y con los cuales se pueda llevar a cabo el juicio de proporcionalidad.

Para que sea concreta, la solicitud del F.D debe determinar el sujeto o sujetos contra los que se ordena la medida, requisito que se cumple con el estudio previo de la organización criminal. Aunado a lo anterior, se deberá indicar quién ha de llevar a cabo la infiltración y los períodos en los que deba darse cuenta al J C de G de sus resultados a los efectos de que este controle su ejecución en audiencia reservada.

Como quiera que el CPP autoriza la prórroga de la operación encubierta, la misma debe ser motivada con base en motivos fundados expresos que indiquen de manera clara y suficiente las razones que hacen necesario que la medida persista, además deben demostrar su idoneidad y proporcionalidad. La motivación debe ser desarrollada a partir de los datos obtenidos en la primera infiltración, debiendo ser informado el F.D de los resultados de la infiltración con carácter previo a solicitar su prórroga al J C de G. solicitud en la cual deberá hacer explícitas las razones que legitiman la continuidad de la infiltración, bien justificando la persistencia de las razones que motivaron la primera medida, o bien por la existencia de nuevos datos que justifiquen prorrogar la orden, sin que sea suficiente una remisión tácita o presunta a la inicialmente ofrecida.

LINEAMIENTOS DE ACTUACIÓN DEL AGENTE ENCUBIERTO COMO INSTRUMENTO DE INVESTIGACIÓN CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO

Miguel Rafael Pérez Arroyo*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Aspectos generales de la regulación del agente encubierto. 2.1. Evolución legislativa del agente encubierto. 2.2. El agente encubierto como técnica especial de investigación contra el crimen organizado: Necesarias diferencias conceptuales. 2.3. La utilización de las fuentes probatorias obtenidas en las operaciones encubiertas. 3. La actuación eficaz y eficiente del agente encubierto: propuesta de elaboración de un Protocolo de actuación

1. INTRODUCCIÓN

La Criminalidad Organizada es un fenómeno social que ha alcanzado mayor expresión durante el Siglo XXI, en el cual la denominada aldea global, que configura a las sociedades contemporáneas (postmoderna, postindustrial) ha generado que la comisión delictiva trascienda las fronteras de los países adecuando su accionar para generar un campo de incidencia delictiva que en muchos casos supera las posibilidades de reacción de los Estados particulares, así lo advierte López Sánchez, para quien la globalización aparece como el punto de inflexión que marca la redefinición del escenario estratégico, entendido este como el conjunto de intereses, riesgos y amenazas que afectan a la seguridad y a la defensa de los Estados y de las Organizaciones Internacionales¹.

* Doctor en Derecho por la Universidad de Alicante. Máster en Criminología por la Universidad de Castilla La Mancha. Licenciado en Derecho por las Universidades de Castilla La Mancha y Universidad Complutense de Madrid. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de los ilustres Colegios de Abogados de Lima, Perú y Madrid, España. Profesor Universitario. Director General del Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales - INPECCP.

¹ LÓPEZ SÁNCHEZ, José, "La delincuencia organizada como amenaza estratégica", en GONZÁLEZ RUS, Juan José, *La criminalidad organizada*, Tirant lo blanch, México, 2013, p. 336.

Este escenario de acción de las organizaciones criminales se debe tanto por los aparatos de poder que controlan gracias a las ingentes cantidades de recursos (bienes y dinero, principalmente), que manejan producto de actividades delictivas diversas relacionadas en su mayoría de veces con lo que se conoce como “narcocriminalidad” y de “redes organizadas del delito”. Frente a ello, los Estados recurren al funcionamiento eficaz y eficiente del sistema penal, con la dación de normas penales y procesales, influidas por el consenso internacional de la conocida Convención de Palermo del año 2000, que en razón al entendimiento que las estrategias de investigación clásicas no son suficientes ni cualificadas para poder investigar la ejecución de programas delictivos, asumen la necesidad de modernización e implementación de actos especiales de investigación, por lo que el plan de acción frente a este fenómeno se elabora con una sistematización de la normativa dividida entre medidas punitivas e investigadoras².

Es en las medidas investigadoras contra el crimen organizado que se ubica la figura del agente encubierto, junto a la entrega vigilada y la vigilancia electrónica, que de acuerdo a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, serían adoptadas por cada Estado Parte siempre que los principios fundamentales de sus respectivos ordenamientos jurídicos internos lo permita (art. 20.1 de la Convención), así la figura del agente encubierto ha sido incorporada en las regulaciones procesales de Europacontinental y en nuestro país, sin que se haya podido evitar diversas situaciones conflictivas, desde su concepción y diferenciación con la figura del agente provocador y agente especial, así como a nivel probatorio respecto la utilización de las fuentes y elementos de pruebas obtenidos de las operaciones encubiertas.

El presente artículo, se centrará en el análisis del agente provocador, que como se verá implica solo la actuación policial, realizándose las distinciones conceptuales necesarias de figuras que si bien afines en el plano operativo, no se pueden equipar por las consecuencias probatorias que generan. Todo esto con la finalidad de esbozar un Protocolo de actuación necesario para garantizar que las operaciones encubiertas logren sus finalidades sin violentar las garantías reconocidas en nuestro ordenamiento jurídico.

2 GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, Marta, *Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación*, Colex, Madrid, 2004, p. 40.

2. ASPECTOS GENERALES DE LA REGULACIÓN DEL AGENTE ENCUBIERTO

2.1. Evolución legislativa del agente encubierto

Como se ha expresado la necesidad de regulación de la figura del agente encubierto si bien tuvo sus primeras manifestaciones en el Convenio de Viena de las Naciones Unidas de 1988, fue propuesta directamente como instrumento de investigación en el Convenio de Palermo de 2000, como expresión del consenso de la comunidad internacional de aceptación que la Criminalidad transnacional se había convertido en un problema Político Criminal de trascendencia mundial y que se requería reformar los cuerpos normativos procesales a fin de incorporar las técnicas idóneas para insertarse en las organizaciones criminales y poder obtener información de sus miembros, estructura y programa criminal.

Así, por ejemplo en el caso español, a través de la LO 5/1999, de fecha 13 de enero de 1999, se regula por primera vez la actuación del “agente encubierto”, para lo cual se modificó el artículo 263 bis) de la LECrim sobre la “entrega vigilada”, ampliando los supuestos de “circulación y/o “entregas vigiladas”, introducidas con la LO 8/1992. De este modo, se incorpora también el artículo 282 bis) LECrim (regulación de la actuación del agente encubierto en el proceso penal) y, como ya quedó dicho, se modifica el ya existente artículo 263 bis) LECrim. Pero, la misma evolución de las organizaciones criminales ha impulsado que el legislador español recientemente realice nuevas modificaciones a la decimonónica Ley de Enjuiciamiento Criminal, es así que con la LO 12/2015, de fecha 05 de octubre de 2015, se regulan las denominadas medidas de investigación tecnológicas, a través de la incorporación de los numerales 6 y 7 en el artículo 282 bis, implementando el denominado agente encubierto informático.

En el Perú, la regulación de la figura del agente encubierto ha sido implementado vía legislaciones procesales especiales, situación que se debió al mismo contexto normativo nacional, puesto que hasta el año 2004, se encontraban vigente a nivel nacional diversos cuerpos normativos procesales, como es el caso del Código de Procedimientos Penales de 1940, Decreto Legislativo 124 y Código Procesal Penal de 1991. Así, el primer antecedente nacional en la materia, influenciado por el citado Convenio de Viena, lo encontramos en el Decreto Legislativo N.º 824, de fecha 24 de abril de 1996, que en su artículo 29 literal b señalaba lo siguiente:

“Es el procedimiento especial, debidamente planificado por la autoridad policial y autorizado con la reserva del caso por el Ministerio Público o el órgano jurisdiccional, mediante el cual, un agente especializado, ocultando su identidad se infiltra en una organización dedicada al tráfico ilícito de dro-

gas, con el propósito de identificar su estructura, dirigentes e integrantes, recurso modus operandi y conexiones con asociaciones ilícitas”.

Esta norma tenía las siguientes características:

- Circunscribió única y expresamente el ámbito objetivo de utilidad de la norma a los delitos de tráfico de drogas, aun cuando a partir de ella se deriven delitos conexos a tal delito; delitos cuya denominación en doctrina se identifican con el de los de la “narcocriminalidad” y que perfectamente alcanzarían fórmulas típicas como las de lavado de activos, receptación y asociaciones ilícitas, principalmente.
- No estableció ningún criterio delimitativo para la ejecución, en términos de garantía y obvio respeto a los derechos fundamentales (necesario por el plus de lesión y restricción a diversos derechos fundamentales que encierra su práctica y ejecución) de esta forma especial de investigación o “acto especial de investigación”, dada su naturaleza encubierta.
- Procesalmente y en razón de la dinámica dialéctica que se deriva de la lógica procesal, necesaria por cierto, esta norma implicó una lesión importante al derecho de defensa y al debido proceso, consagrado de modo fundamental en la Constitución Política del Estado (artículo 129, inciso 14 y 3 respectivamente). Ello en razón de la prohibición expresa -por estimarse improcedente un pedido en tal sentido- de la comparecencia al proceso en calidad de testigos de aquellos miembros de la Policía Nacional que hubieran participado de las acciones propias derivadas de la actuación policial (intervención, investigación y formulación del documento policial -atestado policial-), privando con ello al procesado por delito de tráfico ilícito de drogas y conexos de la posibilidad de defenderse de quien le ha investigado e imputado de modo directo la comisión de un hecho delictivo, imputación que es hecha suya por el fiscal en su denuncia previa a la apertura de instrucción formal en el proceso penal.
- En orden al estatus probatorio del documento policial, resultado de la investigación encubierta llevada adelante por el agente encubierto, lejos de reconocer el carácter meramente indiciario que constituye un acto de investigación cualquiera, en tanto se trata de una “forma especial de investigación” así proclamado por la propia norma, sorprende el reconocimiento de “prueba” de dicho documento; estableciéndose, conforme lo señalaba el artículo 30 de la referida Ley, dicho carácter, y haciendo patente la opción duramente inquisitiva del sistema procesal penal peruano de aquellos años -1996-, en razón de hacer viable por “decreto” el carácter de prueba sumarial la que se desprende de la actuación del agente encubierto. Ello muy a pesar de la consideración dogmático-procesal, unánimemente acepta-

da, de rechazar la calificación de “prueba” a los elementos de prueba que puedan verificarse en vía sumaria, y de reservar tal estatus para aquellas que se producen en juicio oral, llamadas también “pruebas plenarias”.

A nivel normativo, el legislador del 2004, en el marco de la Reforma Procesal Penal, no fue ajeno a la normativa internacional y nacional, integrando de manera orgánica la figura del agente encubierto, en el apartado de actos especiales de investigación, así se tiene el artículo 341 CPP, que entró en vigencia en el 2006 para el Distrito Judicial de Huaura y que fue modificado de manera inmediata al siguiente año, puesto que mediante la Ley N.º 28950, del 12 de enero de 2007, destinada a la lucha contra la Trata de Personas y el Tráfico de Migrantes, quedando redactado de la siguiente forma:

“1. El Fiscal, cuando se trate de Diligencias Preliminares que afecten actividades propias de la delincuencia organizada, y en tanto existan indicios de su comisión, podrá autorizar a miembros especializados de la Policía Nacional del Perú, mediante una Disposición y teniendo en cuenta su necesidad a los fines de la investigación, a actuar bajo identidad supuesta y a adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos. La identidad supuesta será otorgada por la Dirección General de la Policía Nacional del Perú por el plazo de seis (6) meses, prorrogables por el Fiscal por períodos de igual duración mientras perduren las condiciones para su empleo, quedando legítimamente habilitados para actuar en todo lo relacionado con la investigación concreta y a participar en el tráfico jurídico y social bajo tal identidad. En tanto sea indispensable para la realización de la investigación, se pueden crear, cambiar y utilizar los correspondientes documentos de identidad.

El Fiscal, cuando las circunstancias así lo requieran, podrá disponer la utilización de un agente especial, entendiéndose como tal al ciudadano que, por el rol o situación en que está inmerso dentro de una organización criminal, opera para proporcionar las evidencias inculpativas del ilícito penal.

2. La Disposición que apruebe la designación de agentes encubiertos, deberá consignar el nombre verdadero y la identidad supuesta con la que actuarán en el caso concreto. Esta decisión será reservada y deberá conservarse fuera de las actuaciones con la debida seguridad. Una copia de la misma se remite a la Fiscalía de la Nación, que bajo las mismas condiciones de seguridad, abrirá un registro reservado de aquellas.
3. La información que vaya obteniendo el agente encubierto deberá ser puesta a la mayor brevedad posible en conocimiento del Fiscal y de sus superiores. Dicha información deberá aportarse al proceso en su integridad y se valorará como corresponde por el órgano jurisdiccional competente. De igual manera, esta información sólo puede ser utilizada en otros procesos, en la medida en que se desprendan de su utilización conocimientos necesarios para el esclarecimiento de un delito.

4. La identidad del agente encubierto se puede ocultar al culminar la investigación en la que intervino. Asimismo, es posible la ocultación de la identidad en un proceso, siempre que se acuerde mediante resolución judicial motivada y que exista un motivo razonable que haga temer que la revelación pondrá en peligro la vida, la integridad o la libertad del agente encubierto o agente especial, o que justifique la posibilidad de continuar utilizando la participación de éstos últimos.
5. Cuando en estos casos las actuaciones de investigación puedan afectar los derechos fundamentales, se deberá solicitar al Juez de la Investigación Preparatoria las autorizaciones que, al respecto, establezca la Constitución y la Ley, así como cumplir las demás previsiones legales aplicables. El procedimiento será especialmente reservado.
6. El agente encubierto estará exento de responsabilidad penal por aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, siempre que guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma y no constituyan una manifiesta provocación al delito”.

De manera general se pueden indicar las siguientes características:

- La habilitación expresa de esta forma especial de investigación a modo de “acto especial de investigación”, para aquellos supuestos de criminalidad organizada, en donde no sólo se admitan investigaciones a supuestos delictivos concretos –como en la anterior norma en donde necesariamente debía partirse de una investigación por delito de tráfico ilícito de drogas-, sino que se amplíe a toda forma de criminalidad cuya comisión encierre una forma de estructuración y ejecución organizada del delito, cualquiera fuere el mismo. Es decir, la habilitación fáctica concreta no depende ya de un delito en particular sino de la forma como se ejecuta –y ciertamente se estructura el mismo- bajo formas organizadas del delito –supuestos diversos de criminalidad organizada-, lo cual se condice con una obvia referencia a lo que se conoce en política criminal de expansión a una respuesta del Estado, en dichos términos, frente a una de las características propias de una sociedad postindustrial, entre otras, de “criminalidad organizada”³.
- El reconocimiento de la especialidad que supone la calificación del Agente Encubierto como, necesariamente, un agente activo de la Policía especializada.

3 Véase en sentido amplio, el contenido –in extenso- del apartado segundo de esta trabajo, referido a “La Funcionalización del Derecho Penal, Políticas Criminales de flexibilización y relativización de garantías dogmático penales: vistazo a la Catedral desde un margen”, publicado en, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (T. LII- MCMXCIX), Madrid: BOE, 1999, pp. 497-526. Así también, PÉREZ ARROYO, Miguel, *Derecho Penal y Derecho Procesal Penal Contemporáneo. Cuestiones Fundamentales*, Fondo Editorial INPECCP, Lima, 2010.

- El reconocimiento y apertura a que no sólo los Policías sirvan al Fiscal, sino también respecto de los ciudadanos comunes a modo de “agente especial”; lo que en términos prácticos y conforme se puede apreciar en el texto principal de este trabajo, suponía la calificación de “agente especial” al “confidente”.

Mediante el Decreto Legislativo N.º 989, que modificó la Ley N.º 27934, que regula la intervención de la Policía Nacional y el Ministerio Público en la investigación preliminar del delito, se posibilitó la utilización de la figura del agente encubierto y del agente especial (art. 2-h) para la lucha contra el crimen organizado. Finalmente, la última reforma legislativa en la materia, se ha dado con la Ley N.º 30077, Ley contra el Crimen Organizado, de fecha 19 de agosto de 2013, que ha modificado el numeral 1 del artículo 341, en lo que respecta a la autoridad que otorga la identidad supuesta al agente encubierto, delegando tal función al Fiscal y ya no a la Dirección General de la Policía Nacional del Perú, como estableció la reforma del 2007.

2.2. El agente encubierto como técnica especial de investigación contra el crimen organizado: *necesarias diferencias conceptuales*

El agente encubierto es conforme la norma, necesariamente un funcionario de Policía en funciones y que se introduce en la organización criminal a fin de procurar el *develamiento* de la misma en términos de: primero; la conformación de la organización criminal y sus grados o ámbitos de dominio funcional al hecho criminal que se practica y que forma parte del conjunto de actividades que justifican la incoación de un procedimiento especial de investigación. Segundo, el *modus operandi* de la organización criminal en términos tanto de *hechos* como de *elementos de prueba* que vinculen a los partícipes de la misma con los hechos penales que se les imputa.

En el marco del uso de la figura del agente encubierto, se advierte dos puntos importantes que es referido a la exención de responsabilidad penal del agente encubierto en las diversas labores de orden participativo criminal que realiza dentro de la organización; siempre que sea razonable, guarde proporcionalidad y no se incurra en labores de provocación al delito. Esto supone admitir, no lejos de aceptar alguna discrepancia al respecto dos cuestiones:

- a) La exención de responsabilidad penal producto de conductas que pudieran verse sancionadas en razón a la participación activa del agente encubierto en la organización criminal, solo le favorece en cuanto su habilitación ha sido dada conforme las reglas que establece la Ley y las directivas concernientes al tema dadas por la Fiscalía de la Nación en la Resolución número 729-2006-MP-FN de 15 de junio. A su vez, en tanto sean consecuencia directa de la propia investigación (subordinación funcional a los actos de investigación), haya proporcionalidad en la lesión o puesta en peligro de los bienes

jurídicos involucrados en la investigación y; por sobre todo, que no haya una provocación manifiesta del delito.

- b) La imposibilidad de comunicar mecanismos de exención de responsabilidad penal respecto del agente especial (no policía), en cuanto éste realice labores de investigación encubierta y, con tales fines, deba realizar conductas compatibles con la organización criminal. Disposición legal del numeral 6, del artículo 341° del CPP de 2004, que solo menciona dicha exención para el agente encubierto y que, en ausencia de una regulación expresa en tal sentido, convierte al agente especial en solo un operador de información relativa al delito objeto de investigación; y jamás poder operar en la organización criminal realizando conductas delictivas funcionales a dicha organización. Todo lo cual, en verdad, convierte a este agente especial en inoperante estorbo para la investigación por cuanto de ser el caso, la nulidad de actuados procesales haría inútil una evidencia recogida bajo la intervención de este agente especial en cuanto este haya podido realizar conductas punibles, tan igual como si podría hacerlo un agente encubierto.

A nivel jurisprudencial el Tribunal Constitucional en su Sentencia recaída en el Expediente N.º 04750-2007-PHC/TC, caso Thays Penélope Rodríguez, ha señalado que: “el agente encubierto o secreto es aquella persona seleccionada y adiestrada que con identidad supuesta [simulando ser delincuente] se infiltra o penetra por disposición de autoridad competente a una organización criminal, con el propósito de proporcionar [desde adentro de ella] información que permita el enjuiciamiento de los miembros que la componen”. Esta percepción así desarrollada por el Tribunal Constitucional peruano no hace sino ratificar, la enorme confusión que al respecto se da cuenta en este trabajo, que, como se verá más adelante, no es el caso deba ser analizado sólo desde una perspectiva objetiva, sino también subjetiva y definitivamente, a su vez, funcional a los objetivos de la propia investigación. En este sentido, la provocación al delito, es punible solo si con la intervención del agente provocador se determina *ex novo* la aparición de la voluntad de cometer el delito, aunado ello con los cuidados debidos que el agente deba tener respecto de la fuente de riesgo y/o lesión al bien jurídico que se tutela, con la propia investigación.

De las cuestiones planteadas surge la necesidad de diferenciar tanto el agente provocador, como la figura del agente especial, puesto que ambas generan problemas de interpretación y aplicación en cuanto a la validación de la información que se recaba en contra de las organizaciones criminales. En primer orden, el significado jurídico del *agente provocador* va tanto desde el Derecho penal material, a modo de una *figura dogmática vinculada a las reglas de punición de la inducción a cometer el delito* (ámbito de participación en el delito), y *Procesal penal*, a modo de *técnica de investigación encubierta*.

De un lado, se ha discutido y se discute, el problema de la responsabilidad penal del agente provocador, que es el punto álgido de discusión. De otro lado, son los límites que se deben imponer a la actuación del agente provocador en la investigación y descubrimiento del delito, aun cuando quien actúe como tal no sea un mero *confidente* sino un *funcionario de policía* que se introduce en la organización criminal bajo una identidad supuesta con la finalidad no sólo de asechar el *modus operandi* de la organización criminal y de descubrir a sus cabecillas e integrantes (ámbito propio de actuación del “agente encubierto”) sino que también, en la necesidad de su labor, *provocar el delito*; suministrando el escenario propicio para la comisión del delito pero con el fin de develar el entramado criminal puesto bajo su labor encubierta. Límites aquí impuestos sobre la legalidad de dicha actuación en términos de respeto a los derechos fundamentales y de la interdicción del poder punitivo del Estado. De esta manera se desprende un *concepto básico de agente provocador* construido sobre la base de la doctrina: “*aquél que provoca a otro la comisión de un delito con el fin de que el autor provocado sea castigado precisamente a causa de ese hecho, sin que tenga voluntad de consumación del delito y poniendo para ello las medidas necesarias*”.

La Sala de Casación peruana, en la Sentencia Casatoria N.º 13-2011/Arequipa, de fecha 13 de marzo de 2012, se señala:

“El agente provocador es la persona que determina la consumación del ilícito, haciendo que otra persona incurra en un delito que probablemente no se había propuesto realizar con anterioridad, para lo cual mantiene contacto permanente con la persona que va a inducir o bien tener simple contacto de manera ocasional. Existe provocación, entonces, en todos aquellos supuestos en los cuales el agente la provoca la consumación de un ilícito que el inducido no se había planteado consumir con anterioridad. (...) Para que exista el delito provocado es exigible que la provocación –en realidad, una forma de instigación o inducción– nazca del agente provocador, de tal manera que se incite a cometer un delito a quien inicialmente no tenía tal propósito, surgiendo así en el agente todo el ‘*iter criminis*’, desde la fase de ideación o deliberación a la de ejecución del delito, como consecuencia de la iniciativa y comportamiento del provocador, por ello la actividad criminal nace viciada. El agente provocador cuando incita a otro a cometer un delito no lo hace con el fin de lesionar o poner en peligro el bien jurídico tutelado, sino con el propósito de que el provocado se haga merecedor de una sanción. En nuestro ordenamiento no es admisible realizar mecanismos para tentar a las personas o cometer hechos delictivos, y menos provocar su consumación en circunstancias en que la persona inducida no se había planteado esta posibilidad. Las personas no pueden válidamente inducir a otra persona a cometer un determinado delito. ÚNDECIMO: Distinta es la situación cuando se interviene para acreditar que una persona ya se había planeado realizar la conducta ilícita y la intervención se produce en una fase sucesiva, como ocurre por ejemplo en el caso del ‘agente encubierto’, que se infiltra en una organización y tiene contacto con personas dedicadas

a realizar hechos delictivos, con el fin de poner al descubierto a esas personas y someterlas a proceso penal, procurándose dos casos básicos: por un lado obtener la prueba necesaria para acreditar el comportamiento ilícito y, por otro, tomar las precauciones necesarias para evitar que los sujetos alcancen el resultado que se proponía en el caso concreto (...)."

De tal forma que si *lo esencial en tal concepto es el comportamiento provocador con la finalidad de la punición del autor provocado dicha labor puede recaer sobre cualquier tipo de personas*, como de hecho ocurre cuando el agente provocador es un *particular* actuando como mero "confidente". Labor, empero, *que está siempre bajo control del Estado y sus órganos de seguridad, especialmente, de la Policía*. De aquí se coligen dos cosas:

- a) Que, se distingue entre un provocador no policía (mero confidente) y otro -provocador también- que sí es agente de policía (agente encubierto).
- b) Que, es posible uniformizar la *labor provocadora*, tanto dogmático penal como procesalmente; desde la perspectiva del *dominio funcional de la labor provocadora, que en este caso le corresponde al Estado y de modo especial a sus órganos de seguridad pública* (observándose desde este punto de vista la perspectiva del *agente encubierto propiamente* dicho así como la figura confusa y no pacífica del *V.Mann alemán*.

Así, el estatus del agente provocador, se conceptúa como aquella en que el "agente encubierto" no sólo se inserta en la organización criminal a fin de procurar la información necesaria para develar dicha organización (en los términos ya planteados -de participación y *modus operandi*-); sino también procura o instiga la realización de actos delictivos sobre los cuales gira su propia intervención como "agente encubierto" (ejemplo, un agente que en la procura de información y elementos de prueba relevantes a su investigación convence al resto de la organización a perpetrar un conjunto de delitos -o uno de ellos- los cuales forman parte de los que normalmente dicha organización suele cometer).

La discusión que se plantea aquí, en torno al *confidente - ciudadano particular*, es si éste, en la medida que le beneficie la cláusula de la exención de responsabilidad penal, antes vista, puede, en su labor de "confidente", conducirse con las mismas prerrogativas del funcionario de policía que actúa como un "agente encubierto" y por tanto, le beneficia también dicha cláusula, al punto de participar en la comisión de delitos propios de la organización criminal o, incluso, provocarlos, a los fines de la propia investigación.

Dicha discusión surge, porque el confidente puede ser un funcionario de Policía o un ciudadano particular, como indica Delgado, es una persona de confianza de las autoridades estatales que recoge información en el ambiente criminal para la policía, generalmente a cambio de una contraprestación de

tipo material (entrega de dinero, droga, protección) o de tipo procesal (empleo del principio de oportunidad para la no punibilidad o para una disminución de la pena)⁴. Como se aprecia este confidente limita su función a transmitir información a quien está a cargo de la investigación.

Los problemas se acentúan *en relación a la posible participación del "confidente" en labores propias de la organización criminal*, esto es, si colabora con la comisión del delito o delitos (es decir se relaciona con el delito a título de autor o partícipe); o, si a instancia suya se puedan cometer uno o varios delitos, en el seno de la organización criminal (comportándose como un verdadero provocador del delito). Al respecto se en el contexto nacional no se encuentra mayores referencias a la figura del confidente, a diferencia de Europacontinental, sin embargo asumimos que de la lectura del artículo 341 del Código Procesal Penal (D.L. N.º 957), al regular al *agente especial*, está reconociendo en nuestro ordenamiento al confidente especial diferente al mero informante, de este modo agente especial no es sino un ciudadano particular, de a pie, que por razón de su propia identidad y familiarizado este con el quehacer criminal de la organización, sirve de colaborador "calificado" con la investigación; debiéndose limitar, como ya se ha dicho, con solo transferir información que sea útil a los fines de dicha investigación.

En lo que respecta al agente especial y el ámbito de actuación reconocida por la legislación procesal nacional podemos señalar los siguientes puntos:

- a) Puede intervenir en las labores de investigación siempre y cuando fuera habilitado previamente por el Fiscal y se preservaran dos principios, como se desprende del principal de este trabajo:
 - La subordinación del agente especial respecto de quien dirige la investigación. Subordinación formal y material y que implica impedir o prohibir que el agente especial, realice actos voluntarios y espontáneos por su cuenta y que alejen al Fiscal de sus objetivos concretos o que supongan una elusión de sus límites instrumentales en razón a los objetivos de la investigación.
 - El carácter funcional de las labores de investigación del agente especial, en tanto instrumento de investigación del Fiscal, a fin de preservar niveles de garantía al momento de preconstituir los elementos de prueba que sirvan al Fiscal para formalizar una investigación preparatoria, o —dado el caso— acusar con legitimidad en el recogimiento de dichos elementos de prueba conducentes a la prueba en juicio oral de la imputación.
- b) A estos, también es de agregar el nivel de confiabilidad que pesa sobre los actos de colaboración con la investigación por parte del

4 DELGADO, Joaquín, *Criminalidad organizada*, JMB, Barcelona, 2001, p. 45.

agente especial quien no es precisamente una persona formada en tal labor (de investigación y develamiento del delito), sino más bien que es parte de dicho fenómeno; al ser una persona a fin al delito en términos de autoría y participación criminal constante. De hecho, su utilización se hace viable y necesaria toda vez que las investigaciones con agentes encubiertos, por la complejidad de las redes organizadas del delito y por el tiempo que podría durar el previo antes de la entrada de dicho agente a la organización, torna necesaria la utilización de personas vinculadas al delito organizado a fin de develar su estructura, sus confortantes y sus redes así como sus diversas actividades delictivas, admitiendo la posibilidad de “contraprestaciones” a favor del agente especial, que puede ser desde beneficios legales de todo tipo (exenciones de pena, rebajas de pena, etc.), hasta dinero o, incluso, droga. Todo lo cual conlleva a la necesidad de contar con mecanismos alternos de verificación de la certeza en la legitimidad de las evidencias, en términos objetivos y técnicos: audiograbado y videograbado, esencialmente.

- c) Esta necesidad de mecanismos alternos de verificación de la evidencia que recoge el agente especial –y que ciertamente también afecta de modo fundamental a la labor del agente encubierto– viene dado por la prohibición de provocación del delito y de la prueba, cuya consecuencia será; en ambos casos, el de su punición como instigador al delito (conforme las reglas de la autoría y participación del Código Penal –artículo 24° CP-).

2.3. La utilización de las fuentes probatorias obtenidas en las operaciones encubiertas

Nuestra tesis consiste en que en la labor encubierta es posible provocar el delito que se investiga (*sin que se menoscabe la exención de responsabilidad penal criminal del agente (encubierto y del mero confidente – ciudadano particular)*, conforme se establece en el art. 341 CPP) y utilizar la fuente de prueba que se obtiene de dicha labor encubierta de investigación, incorporarla al proceso y someterla a práctica y contradicción necesaria, a efectos de crear convicción en el Juzgador. Con esta tesis, damos solución dos problemas: *el de la provocación lícita del delito que se investiga y la validez de los elementos de prueba que se desprenden de la labor encubierta de investigación y la prueba estricta incorporada y utilizada en el proceso penal con el mérito inculpatario del sujeto provocado que ello significa.*

En este sentido lo primero a dilucidar es *la responsabilidad penal del agente encubierto cuando actúa como provocador del delito* para a partir de aquí establecer *las reglas de exclusión y no utilización, o su contrario, respec-*

to de los elementos de prueba y la prueba estricta (plenaria) en el Proceso penal:

- a) Una *provocación* que puede ser entendida en sentido amplio o lato, y que significa “*toda acción u omisión que directa o indirectamente favorezca la comisión de un delito*”. A los efectos de este trabajo, a los delitos de criminalidad organizada que el legislador peruano a señalado en el artículo 3 de la Ley N.º 30077.
- b) Una *provocación en sentido estricto o jurídico penal* son: “*aquellas acciones u omisiones vinculadas en grado de necesidad y proporcionalidad a los fines de la investigación y descubrimiento del delito*”. Sentido estricto cuya entidad se encuentra delimitada en el artículo 341.6 CPP.

Esta conceptualización, arreglado a los *límites formales y materiales* que se han fijado, se organiza del siguiente modo:

- a) **Presupuestos materiales:** concurren aquí todos los elementos de orden comisivo del delito y que el agente provocador investiga, *sobre los cuales el sujeto provocado tiene total dominio aún sin la intervención del agente provocador*. Contando con lo anterior, *el sujeto provocado debe haberse decidido a la comisión del delito aún sin la intervención del agente provocador*. El papel de este último, entonces, solo debe aportar a la comisión del delito, *medios permisivos en tal comisión*. Jamás *medios determinantes*, como por ejemplo la propia decisión en la comisión del delito que se pretende investigar y probar. Esto produciría no solo ilegalidad de fuente de prueba que se obtenga e incorpore al proceso, sino que dependiendo del delito que se ha provocado, daría lugar a imputar responsabilidad penal al sujeto provocador. Sea que haya actuado como agente encubierto (policía) o como mero confidente-ciudadano particular.
- b) **Presupuestos formales:** devenidos por el concepto mismo del agente provocador en tanto “*aquél que provoca a otro a la comisión de un delito con el fin de que el autor provocado sea castigado precisamente a causa de ese hecho, sin que tenga voluntad de consumación del delito y poniendo para ello las medidas necesarias*”. De esta manera, la construcción de este concepto obliga al Juzgador a un análisis detallado respecto de la presencia de alguno o todos los elementos o presupuestos en cuestión como son:
 - La *existencia del fin en la punición del delito provocado, de cargo del sujeto provocado*. Es decir la motivación final del provocador debe ser la sanción penal del sujeto que provoca, no la comisión del delito en cuestión.

- La *inexistencia de la voluntad en la consumación del delito*. Conforme se ha dicho en el anterior presupuesto formal en que lo único que debe motivar la provocación al delito será la propia punición de las conductas criminales que esconde y practica la organización criminal; y,
- La *antelación de las medidas necesarias a fin de evitar los efectos de la acción provocada*. Esto es se deben tomar todas las medidas necesarias para evitar la consumación por lo menos material del delito que se pretende punir –evitación de lesión efectiva del bien jurídico tutelado-. Entonces, dada la presencia de estos, el Juez podría con total legitimidad, considerar la utilización y valoración de las fuentes prueba, incorporadas, practicadas y actuadas bajo los principios inmanentes de un proceso con garantías, de contradicción, inmediación, oralidad y publicidad. Luego de lo cual la convicción de condena sería inevitable.

Serviría a estos efectos, complementariamente, en aras de no vulnerar derechos fundamentales del sujeto provocado, sometido a investigación, debido a la actuación del agente provocador, los criterios correctores de *proporcionalidad y ponderación de bienes jurídicos* que la doctrina ha elaborado a efectos de determinar el grado de nulidad o anulabilidad de las pruebas así obtenidas. Del mismo modo un criterio adicional que la propia doctrina jurisprudencial europea y española en particular ha elaborado en torno a la *provocación del delito* en aquellos casos en donde la conducta del provocado está inmersa en organizaciones criminales dedicadas a la comisión de delitos de tracto sucesivo, cual es que *el provocado debe haber realizado con anterioridad la conducta punible aún sin la intervención del provocador*, siendo esta conducta *una objetivación de su propia voluntad criminal libre de la provocación del agente*.

Como ya quedó establecido, la *provocación delictiva*, ajustada a ciertos parámetros formales y materiales, legitiman la actuación del agente provocador en la lucha contra la criminalidad organizada (en tanto modalidad de investigación encubierta), haciéndola legal. Esto es, que tal labor encubierta, deviene en provocación del hecho criminal (en necesidad, proporcionalidad a los fines de la investigación), la prohibición que se establece en torno a la provocación del delito por parte del agente encubierto es más bien una prohibición relativa.

Aunque la validez de esta obtención merece una calificación relativa o condicionada, a cómo se han obtenido la prueba o cómo se ha producido con miras a su incorporación dentro del proceso penal para de ese modo crear convicción positiva del juzgador respecto de la responsabilidad penal del sujeto provocado. Esto es que, como hemos visto, si el agente provocador actúa –ya sea como un confidente o como un agente encubierto o un V. Mann–, su

actividad provocadora, en tanto los fines que le mueve a incorporarse en la organización criminal son de orden punitivo en contra del sujeto provocado, siempre se servirá de una evidencia o prueba cuya obtención también será provocada. Es decir, estamos en un supuesto en que *la prueba ha sido obtenida provocándola*; esto es, se trata de una <fuente de> *prueba provocada*.

Con esto, se construye un concepto de “prueba provocada” sobre la base de su verificación en la dinámica de la obtención en la actividad probatoria. Lo que resta analizar es su carácter prohibido toda vez que esta (la prueba provocada), como hemos visto sirve (a los fines de una investigación criminal), y es útil socialmente. Su utilidad se limita sin embargo a supuestos de criminalidad organizada –por su naturaleza difícil de descubrir–, por lo especial de su carácter (de ahí que se vincula a una técnica especial de investigación del delito relativo al agente encubierto). En tanto ello, *los límites que la doctrina ha tratado de esbozar respecto de esta práctica investigadora y de prueba, por ser una potencial fuente de vulneración de derechos fundamentales, han sido distintos*.

De un lado, la doctrina Alemana ha intentado una *reducción en la aceptación de la utilización de este tipo de pruebas* motivadas por una acepción restrictiva y de garantías de los derechos fundamentales según opción jurisprudencial de la BGH (Corte Suprema Alemana). El argumento, sin embargo, no ha sido respecto de la posible ilegalidad en la obtención de la prueba sino más bien como un supuesto de *presupuesto procesal de la acción penal respecto del acusado*. Esta, define que *si el Estado, si actúa como productor del delito y por ende de la prueba, estaría limitado en su actuación procesal de orden persecutorio*. Esto significó como lo mencionáramos en párrafos anteriores, una aplicación doctrinal del principio “*venire contra factum proprium*” (el Estado no puede castigar a quien él mismo ha llevado a cometer del delito)⁵.

Desde otra perspectiva –trabajada por Ruiz Antón–, a propósito de la doctrina del entrapamiento de origen norteamericano (“*entrapment theory*”); el límite para considerar a una prueba provocada (en tanto acción del agente provocador sobre el sujeto provocado), como un supuesto de prueba prohibida, estaría dado por la *verificación objetiva de si el sujeto provocado estaba ineludiblemente decidido a cometer el delito, independientemente de la intervención del agente*. En este caso, el rol del agente provocador estaría dado sólo a *suministrar una ocasión para delinquir*. Caso contrario, *la sanción penal del sujeto provocado sería inviable* por cuanto habría actuado bajo presión del

5 ROXÍN, Claus. *Strafverfahrensrecht*, München: Verlag C. H. Beck, 25. Auflage, 1998, pp. 120-126.

agente provocador, incluso, con total dominio sobre los medios comisivos del delito y el manejo del *iter criminis* por parte de dicho agente⁶.

Una tercera vía de solución, limitada ésta, a una interpretación dogmático penal del agente provocador afectaría con su concepto relativo a la validez misma de la prueba que se obtenga mediante esta modalidad de investigación encubierta. Este concepto está dado por "*aquél que provoca a otro a la comisión de un delito con el fin de que el autor provocado sea castigado precisamente a causa de ese hecho, sin que tenga voluntad de consumación del delito y poniendo para ello las medidas necesarias*"⁷.

De esta manera, si el agente provocador no actúa con todas las consideraciones preceptuadas para que su conducta sea considerada lícita y no punible, es decir:

- a) Que la conducta provocadora tenga como fin inmediato que el autor provocado sea castigado precisamente a causa de ese hecho.
- b) Que el agente provocador no tenga la voluntad de consumación del delito; y,
- c) Que tal ausencia de voluntad se debe manifestar externamente mediante la toma de las medidas necesarias para neutralizar la acción del autor provocado.

Sólo será prohibida, la prueba así obtenida (por provocación del delito), en la medida que cualesquiera de los elementos antes expuestos, sean concurrentes o no se cumplan. Una vez más, se sujeta tal calificación (de prohibida), y su efecto profiláctico a una previa condición. Esto resulta entendible pues una actuación investigadora no puede a la vez, que servir como fundamento para la punición de un procesado, ser ilícita en tanto hace configurar un delito -bajo esquemas de participación criminal-; en orden a una interpretación coherente del sistema penal.

Otra posibilidad, que es la que asumimos en términos de inserción dogmática procesal y penal, a efectos de sustentar un esquema prohibitivo relativo o condicional de las pruebas provocadas en el proceso penal, viene a hacer coincidir las dos últimas posturas antes detalladas. Esto es, a su vez, introducir el criterio corrector esbozado por Nicolás González-Cuellar⁸, respecto de la ponderación de intereses jurídicos. Criterio que por su "maleabilidad" y posibilidad en su arbitraria utilización podría marcar un derrotero peligroso

6 RUIZ ANTÓN, Luis Felipe, *El agente provocador en el Derecho penal*. Madrid: IC/UCM, 1982. pp. 8 y ss.

7 MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan. *La Moderna Problemática jurídico penal del Agente Provocador*, Valencia, 1995, pp. 38-43.

8 Ver, GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1990.

y que es necesario se complemente con otros criterios que se expondrán a continuación. Bajo esta perspectiva de complementación dogmática a la regla establecida, en tanto postulamos respecto de la prueba prohibida una “función profiláctica” y “disciplinante” de las pruebas en el proceso penal (estableciendo sobre esta base, incluso, una función indiciaria respecto del grado de democratización de un Estado y su sociedad y su relación con la persona humana en términos de respeto a sus derechos fundamentales), la institución así decantada –de las pruebas prohibidas– es absolutamente “plurifuncional”. Tal plurifuncionalidad alcanza, como se ha visto, tanto a identificar el grado de compromiso de un Estado con el respeto a los derechos fundamentales de la persona así como también su propia naturaleza: “democrática” o “policial”.

De este modo si acaso no existiera uno o todos estos elementos, la acción misma del agente provocador sería ilícita en orden a calificar el delito que ha procurado provocar, por lo que en aras de la integridad del sistema jurídico se debe deducir que una conducta que resulta prohibida, desde la perspectiva penal-sustantiva, mal puede justificar la imposición de una pena. Debiéndose a tal efecto *excluir los elementos de prueba por vulnerar, si acaso directamente, derechos fundamentales y ante la tal vulneración determinar el grado de lesión para así determinar su exclusión absoluta o su anulabilidad por constituir casi siempre la vulneración de derechos constitucionales del ciudadano*. Ello no perjudicaría ni imposibilitaría un juicio de proporcionalidad respecto de tal lesión, en tanto prueba prohibida de orden relativo o condicional.

3. LA ACTUACIÓN EFICAZ Y EFICIENTE DEL AGENTE ENCUBIERTO: PROPUESTA DE ELABORACIÓN DE UN PROTOCOLO DE ACTUACIÓN

El uso de agentes encubiertos, como técnica especial contemporánea requiere de un Protocolo que regule la actuación de estos bajo el control del Ministerio Público, a fin de otorgarle eficacia y eficiencia a su uso en la investigación, sin embargo a la fecha en el Perú no se ha establecido un instrumento normativo que vincule a las agencias del sistema penal, por lo que a nuestra consideración podemos fijar los siguientes ejes prioritarios:

a) Respetto a la selección

Los agentes encubiertos deberán ser policías en formación, es decir, cadetes que estén cursando el último año en la Escuela de Oficiales, para de este modo garantizar un conocimiento promedio de la realización de acciones de investigación.

b) Respetto a la designación y custodia de identidad

Para la designación, si bien ello recae a cargo del Fiscal, conforme al artículo 341.1 CPP, es necesario que intervengan en esta fase previa el juez, el Director General de la Policía Nacional del Perú y

un Representante del Registro Nacional de Identidad y Estado Civil (RENIEC).

Esta intervención interinstitucional, garantiza plenamente la inserción de una identidad supuesta, dado que toda información personal previa del agente deberá ser confinada en un archivo secreto al cual solo podrán tener acceso el Fiscal de la Nación y el Ministro del Interior, así se posibilita que el agente sea utilizado en diversas operaciones encubiertas.

c) Respetto a la ejecución

En lo que respecta a la actuación en concreto del agente encubierto, el artículo 341-A CPP, regula las denominadas *operaciones encubiertas* permitiendo la creación de personas jurídicas ficticias o modificar otras ya existentes. Esto deberá ser ampliado, puesto que en el plano fáctico el agente encubierto se entrelaza con la circulación de bienes delictivos, para lo cual deberá agenciarse, previo control, a los agentes encubiertos de cuentas bancarias que faciliten el giro financiero.

d) Respetto a la protección

En razón que los agentes encubiertos actuarán bajo el control del fiscal, se deberá brindar las medidas de protección para su integridad, esto es, en caso de ser develada su identidad real deberán ser reasignados a otros Departamentos. Este último supuesto implica también en caso que sea necesario la presencia del agente en juicio oral, durante el mismo mantenga la identidad supuesta.

TERCERA PARTE

LA ENTREGA VIGILADA

LA CIRCULACIÓN O ENTREGA VIGILADA DE BIENES DELICTIVOS EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL PERUANO DE 2004, COMO INSTRUMENTO AL SERVICIO DE LA LUCHA FRENTE AL CRIMEN ORGANIZADO*

Verónica López Yagües

Profesora Titular de Derecho Procesal de la Universidad de Alicante (España)

SUMARIO: 1. Ideas previas. 2. La diligencia de investigación consistente en la circulación o entrega controlada de bienes delictivos. Su carácter extraordinario. 3. Presupuestos para el acuerdo y práctica de la diligencia. 4. Sobre la eficacia o eventual ineficacia probatoria de los resultados derivados de su práctica.

1. IDEAS PREVIAS

En la nunca sencilla lucha frente a la criminalidad, uno de los principales problemas a afrontar —especialmente a lo largo del pasado siglo pasado y en los años transcurridos del presente— es el relativo al surgimiento de nuevas o renovadas formas de criminalidad, siempre cambiantes, ante el cual, no sólo el Estado peruano, sino la Comunidad Internacional en bloque¹, se han visto obligado a reaccionar sirviéndose de nuevos instrumentos, también desde el plano procesal. En particular, y por lo que atañe al marco de la investigación delictiva, ha resultado preciso actualizar o, mejor, arbitrar nuevas y específicas técnicas con las que lograr niveles de eficacia en la persecución y castigo

* El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación *Derechos Fundamentales vs. Seguridad en un nuevo modelo de Justicia (DER 2013-47584-R)*, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad español, y concedido al grupo de investigación del Área de Derecho Procesal de la Universidad de Alicante.

1 ANARTE BORRALLA, "Conjeturas sobre la criminalidad organizada", en *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Huelva, 1999, p. 17. En el mismo sentido, ESPINA RAMOS, J. A., y ARIAS SENSO, M. A., "Corrupción y crimen organizado vs. Estado de Derecho en los países de la Europa Central y del Este", en *Revista Derecho y Proceso Penal*, 2004-1, N.º 11, p. 285.

del delito imposibles de alcanzar con los métodos de investigación tradicionales o clásicos.

En efecto, ya en el año 1998 el propio Consejo de Europa² advertía de la creciente tendencia de la delincuencia a organizarse, superando las fronteras nacionales y aprovechando la mayor libertad en la circulación de personas, capitales, bienes y servicios reinante; una delincuencia que actúa bajo estructuras o esquemas que, lejos de mantenerse invariables, se han ido transformando para adaptarse al contexto de una Sociedad Globalizada como la actual, en continua evolución, con los que ha logrado hacerse del delito un instrumento capaz de provocar incalculables daños, no sólo a bienes e intereses individuales, sino al sistema social, político y económico de cada Estado³ y de la Sociedad Internacional en su conjunto.

La transformación que ha experimentado la Economía a escala mundial y el trepidante ritmo que ha marcado el avance tecnológico son, no los únicos, pero sí importantes factores que han abocado a una extraordinaria “concentración de poder criminal en manos de grandes grupos”⁴, verdaderas “multinacionales del delito”⁵ dotadas de un gran capacidad operativa, que ha hecho crecer el número y variedad de los delitos cometidos y, lo que es más preocupante, la magnitud de los efectos generados por su comisión, que alcanzan a los principales pilares de la Sociedad.

Que la liberación del comercio internacional, con la ayuda o el favor que representa el sorprendente desarrollo de las comunicaciones, ha provocado un aumento de la demanda de bienes ilícitos y, en consecuencia, la proliferación de mercados para su suministro, es un fenómeno sociológico que poca discusión admite, mercados actualmente en manos de las grandes organizaciones del crimen, a las que reporta enormes beneficios económicos.

La obtención de riqueza es el principal, si no único motor u objeto de la actividad delictiva desarrollada por la organización, que opera en el tráfico como una auténtica empresa⁶; una empresa que, lejos de limitarse a intervenir en el mercado ilícito que constituye su primera fuente de financiación, preten-

2 Vid. Instrumento elaborado en el marco del llamado “Plan de Acción para combatir la delincuencia organizada” adoptado por el Consejo de Europa el 28 de abril de 1998 (DOCE, N.º C, de 15 de agosto de 1997).

3 MILITELLO, V., “Lucha contra la criminalidad organizada de tipo mafioso y el sistema penal italiano”, en *Problemas actuales de la justicia penal*, Madrid, 2013, p. 120.

4 SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, 1999, pp. 69 y ss.

5 Son palabras del entonces Secretario General de la ONU, Butros Ghali, empleada en la Conferencia inaugural de la *Conferencia Ministerial Mundial sobre delincuencia transnacional organizada*, celebrada en Nápoles, el 21 de noviembre de 1994.

6 BOTTKE, W., “Mercado, criminalidad organizada y blanqueo de dinero en Alemania”, en *Revista Penal*, 1998, N.º 2, p. 2. Véase, asimismo, la STS de 15 de enero de 1995.

de su control⁷, lo que generalmente consigue ampliando su programa delictivo e incluyendo en él toda actividad ilícita que le permita, de un lado, obtener ventajas económicas o el refuerzo de su posición de poder y, de otro, transferir el producto ilícito obtenido.

Esto último, qué duda cabe, alimenta a su vez la comisión de nuevos delitos, principalmente económicos, de cuyos resultados se sirve la organización para, nuevamente, financiar la acción criminal en una suerte de peligroso círculo.⁸

Que, en el desarrollo de su actividad, la delincuencia a gran escala o “macrodelincuencia” penetra en los diferentes ámbitos de la economía⁹, es una realidad, pero lo es también que, en buena medida, su actividad viene asociada a la producción y distribución de drogas o sustancias estupefacientes, una actividad ilícita esta, el narcotráfico, que genera extraordinarios ingresos directos para la organización, por lo general complementados con el producto de esa otra “criminalidad acompañante” que garantiza la continuidad de la actividad delictiva principal.

Sabido es, también, que la delincuencia organizada posee una tendencia natural a expandirse, no solo en lo referente a los sectores de la actividad económica en los que se inmiscuye, o la diversidad de delitos que encierra el proyecto criminal, sino en lo relativo al espacio geográfico en el que se desenvuelve. Las organizaciones criminales de cierto peso o entidad, operan a nivel internacional y gozan de extraordinaria movilidad, puesto que disponen de modernos medios de transporte y comunicaciones a los que les da acceso el alto nivel de recursos que manejan, y la preparación o muy alta capacitación para su manejo de parte de los sujetos que las integran.

En verdad, la experiencia en la lucha frente a la delincuencia de carácter asociativo y, como paradigma, la dedicada al “narcotráfico”, ha revelado que las consabidas organizaciones criminales gozan de enorme capacidad para aprovechar y beneficiarse de la agilidad y el anonimato que ofrecen algunas

7 Esto último, como bien sostiene CABALLERO BRUN, para contrarrestar o superar las disfunciones de un mercado ilegal y, por tanto, no reglado como el que manejan. Vid. “Criminalidad organizada, (Crónica Argentina)”, en *Revista Penal*, 1998, N.º 2, p. 85, citado por DELGADO MARTÍN, J., *Criminalidad organizada*, Barcelona, 2001, p. 26. De la misma opinión, ARLACCHI, P., “Tendencias de la criminalidad y de los mercados ilegales en el mundo actual”, en *Revista Poder Judicial*, 1995, N.º 16, p. 86.

8 Se trata de la comisión continuada de infracciones criminales diversas y, por lo general, enormemente cruentas; y es que, como bien señala DELGADO MARTÍN, la amenaza y el uso efectivo de la violencia constituye uno, si no el principal de los recursos empleados por la organización para fortalecer la posición de poder que ostenta y, de ese modo, garantizar su pervivencia. Vid. “Criminalidad organizada”, cit., p. 26.

9 La criminalidad organizada —señala BOTTKE— está presente “allí donde la demanda reclama a la oferta con dinero”. Vid. “Mercado, criminalidad organizada y blanqueo de dinero en Alemania”, cit., p. 2.

de las tradicionales, y casi la totalidad de las modernas formas de comunicación, amparándose —claro es que de forma fraudulenta— en la protección que el propio Estado confiere a los derechos y libertades básicas de sus ciudadanos y, en particular, el derecho a la libertad y secreto de las comunicaciones privadas.

No sorprende ya la naturalidad o frecuencia con la que, especialmente los “narcotraficantes” utilizan los servicios postales o de mensajería, además del transporte ordinario de mercancías por tierra, mar y aire, para hacer llegar su producto al gran mercado ilícito en el que se mueven y que controlan, y conocidos son también los métodos que acostumbran a emplear y con los que pretenden no dejar rastro de la autoría y lograr así la impunidad de sus acciones. La determinación de remitentes y/o destinatarios inexistentes, la invitación a sujetos terceros (ajenos a la organización) para que, a cambio de precio, actúen como destinatarios de un envío o remesa con el fin de ocultar la identidad de su receptor último, es una pequeña muestra pero suficiente para evidenciar las dificultades con las que se tropiezan los órganos de investigación del Estado para formular la imputación del sujeto o sujetos responsables del delito y, por ende, para el éxito de la prueba en juicio.

A todo ello se añade —como rasgo característico de la organización criminal— la opacidad de su estructura interna o, si se prefiere, la existencia en ella de un centro de poder o decisiones integrado por personas distintas, a veces desconocidas y que actúan guardando considerable distancia con el ejecutor material o directo del acto de tráfico ilícito o del delito en cuestión, haciendo especialmente compleja a los órganos encargados de la persecución penal, la determinación del responsable o responsables últimos de la acción criminal y, de este modo, la obtención de fuentes y elementos probatorios bastantes sobre las que fundamentar, en su caso, una sentencia de condena.

La singularidad de sus caracteres y del *modus operandi* del que se sirve, qué duda cabe, permiten a la organización criminal maximizar los resultados de su actividad, al tiempo que minimizar los riesgos de ser descubierta y, en consecuencia, castigada penalmente, lo que obliga a los Estados a dotarse de nuevos medios con los que contrarrestar esa eficacia o mejor, invertirla a su favor y conseguir, en primer término, la determinación del delito y su autoría y, como fin último, el desmantelamiento del grupo criminal y la erradicación de sus múltiples acciones.

En lo que atañe al marco de la instrucción del delito, el legislador de 2004 ha sido consciente de la insuficiencia o inadecuación y, por ende, ineficacia de las técnicas o diligencias de investigación clásicas, concebidas para dar solución a problemas criminológicos que difieren de los actuales, y no ha dudado en arbitrar, en capítulo independiente y bajo el título de “actos de investigación extraordinarios”, junto a la intervención del agente encubierto, el denominado

“circulación o entrega vigilada de bienes delictivos” a cuya regulación dedica el art. 340 del CPP a cuyo análisis se dedica este estudio.

2. LA DILIGENCIA DE INVESTIGACIÓN CONSISTENTE EN LA CIRCULACIÓN O ENTREGA CONTROLADA DE BIENES DELICTIVOS. SU CARÁCTER EXTRAORDINARIO

2.1. Concepto y fundamento. Finalidad de la medida

La respuesta del Estado Peruano a las necesidades y especiales condiciones en que ha de desarrollarse la investigación de la delincuencia organizada vinculada al tráfico, bien de drogas u otras sustancias, bien de otros objetos ilícitos, ha cristalizado en la articulación del singular instrumento que representa la circulación o entrega vigilada de bienes delictivos; una singular medida que en el contexto internacional se ha revelado enormemente eficaz, y a la que el Código Procesal Penal de 2004 dedica un extenso art. 340 CPP que, junto a la infiltración del “agente encubierto” regulada en el subsiguiente art. 341 CPP, integra el capítulo intitulado “actos especiales de investigación”.

Constituye la circulación o entrega vigilada una técnica o diligencia de investigación consistente en posibilitar que determinadas sustancias o bienes objeto de comercio ilícito circulen o sean entregados, de forma controlada y sin actitud obstativa por parte de los órganos encargados de la persecución penal, a su destinatario tanto directo como, en su caso, indirecto o mediato.

Que resulta una diligencia de investigación especial o extraordinaria es afirmación que no precisa especial justificación. Un rápido vistazo a la actividad en la que se resuelve, esto es, el retraso de la ocupación del bien o sustancia ilícita de que se trate y la detención de los presuntos partícipes en la comisión del delito relacionado con su tráfico, basta para evidenciar su excepcionalidad; no en vano, constituye una suerte de exención de la obligación que corresponde al Estado de denunciar y perseguir delitos de los que tengan conocimiento¹⁰.

Es obvio, pues, que de no haberse dado entrada en el nuevo Código Procesal Penal a una previsión como la que representa el citado art. 340 CPP, la diligencia de circulación o entrega vigilada de bienes delictivos no encontraría hueco entre los medios lícitos de investigación de los delitos ni, en consecuencia, sus resultados podrían alcanzar eficacia probatoria plena. De ahí la importancia de una clara y completa regulación de la medida, cuyo coste —en

10 Según señala QUERALT, la entrega y/o circulación controlada “supone una excepción al “principio de no impunidad del delito provocado”, de lo contrario —según sostiene el autor— esta modalidad de investigación carecería de sentido. Vid. “Recientes novedades legislativas...”, cit., p. 134.

lo que afección a ciertos bienes o derechos esenciales se refiere— es también indiscutible; no en vano, su desarrollo entraña serios riesgos de lesión a otros bienes igualmente dignos de protección; la entrada y tránsito por el territorio del país de importantes cantidades de droga, aun con el pretendido control policial, ante el siempre presente peligro de su pérdida —obviamente, de no resultar exitosa la labor de control que procede— es sobrado ejemplo del riesgo y complejidad de la medida que se analiza.

2.2. **Ámbito de aplicación y posible objeto de la operación de circulación o entrega bajo control**

Como se adelantaba, el alto valor de los derechos e intereses que su desarrollo pone en liza evidencia que el carácter “extraordinario” de esta diligencia, en el sentido de su reserva para la averiguación de conductas de gran capacidad lesiva; el propio art. 340 CPP incorpora como exigencia la observancia del principio de proporcionalidad en su acuerdo o, si se prefiere, el requisito de su “necesidad a los fines de la investigación, en relación con la importancia del delito y con las posibilidades de vigilancia”.

A la vista de lo anterior, parece claro que la aplicación de esta técnica ha de limitarse a la averiguación de delitos de carácter “grave”, en el bien entendido de que, como claramente ha declarado el TEDH, en su resolución del Caso Malone de 2 de agosto de 1984, “la gravedad del ilícito penal no sólo viene determinada por el *quantum* de pena que le corresponde, sino en virtud de otros factores en los que se halla, precisamente, el desvalor del injusto” como, en el marco que nos ocupa, sería el que representa el tipo o cantidad de la droga o sustancia estupefaciente que transita, o la entidad del bien ilícito objeto de tráfico.

Consciente de lo anterior, el legislador procesal peruano determina en este art. 340 CPP el ámbito de aplicación de esta singular diligencia de investigación, que queda circunscrito al cuadro de delitos que, con mayor o menor precisión, dibuja a partir de una relación de posibles objetos del tráfico ilícito que pretende castigarse y, en la medida de lo posible, atajar.¹¹

11 La falta de determinación del ámbito de operatividad de la medida es, en cambio, un aspecto negativo de la regulación dada a esta diligencia de investigación en la Ley de Enjuiciamiento Criminal española. Sin embargo, a poco que se conozca el origen legal de la misma, es fácil integrar el silencio legal con la consideración de que se trata de una medida tendente a la investigación de “actividades propias de la criminalidad organizada” y que, en consecuencia, queda circunscrita a este mismo marco delincencial o, cuando menos, al de la gran criminalidad. De esta opinión, entre otros, GIMENO SENDRA, V., “Aspectos procesales...”, cit., p. 179 y GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA, M., “Criminalidad organizada”, cit., p. 282; LÓPEZ YAGÜES, V., “Circulación o entrega vigilada de drogas u otros efectos”, en *Investigación y prueba en el proceso penal*, Madrid, 2006, pp. 233 y 234.

Así, y de acuerdo con lo dispone el apartado 4 del citado precepto, la circulación y/o entrega vigilada de bienes ilícitos viene configurada como diligencia al servicio de la investigación de ciertas conductas delictivas que, en grueso, se resumen en el tráfico de drogas o sustancias estupefacientes, el lavado de capitales, el tráfico de especies protegidas de flora y fauna, o de bienes culturales o arqueológicos, la falsificación, introducción o expedición de moneda falsa, tráfico y depósito de armas —orgánicas o químicas— explosivos o armamento y material de guerra.

Que se trata de una medida al servicio de la lucha contra el llamado “tráfico de drogas u otras sustancias” en manos de grandes empresas del crimen, es algo que no admite dudas. Según expresamente dispone el art. 340.4 CPP, “los bienes delictivos objeto de esta técnica son las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, así como otras sustancias prohibidas”, así como las materias primas o insumos destinados a la elaboración de aquellas —las llamadas sustancias “reactivas” o “precursoras”— que sirven para su preparación o fabricación de las llamadas “drogas de diseño”.

A nadie se le escapa, sin embargo, que a nivel internacional operan grandes organizaciones criminales que, con “escarceos” o, las más de las veces, una estrecha vinculación con el narcotráfico —que tiene en este su principal fuente de financiación— participan en el mercado ilícito de otras mercancías que le reportan ingresos equiparables, si no superiores a los que se obtienen con la producción y tráfico de estupefacientes. La tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones y explosivos¹², armas químicas o desechos nucleares son un fenómeno creciente ante el que el legislador peruano no ha quedado impasible; no en vano, incluye entre los posibles objetos de la diligencia, los referidos en los arts. 279 y 279-A del Código Penal —CP, en adelante— que tipifica la fabricación, almacenamiento, suministro o posesión de bombas, armas, munición o material explosivo, de materiales peligrosos, de armas químicas y, en general, armamento o material de guerra.

Y, qué duda cabe, existente e igualmente dañino es el mercado de otras materias o productos *extra commercium* igualmente referidos en el citado art. 340 CPP, que pueden ser objeto de la diligencia de investigación que os ocupa, esto es, los bienes, materiales, objetos y especies a los que se refieren los arts. 228 y 229 CP, esto es, el objeto de delitos contra el patrimonio cultural prehispánicos, o los declarados bienes culturales, distintos a los anteriores, y aquellos a los que se refieren los arts. 308 y 309 CP que sancionan la depredación de flora y fauna, o la extracción de especies acuáticas, y —conforme disponen las letras c) y d) del precepto— los bienes y ganancias a los que se refiere la Ley N.º 27765 contra el lavado de activos, y los bienes referidos a los delitos aduaneros, o los bienes ilícitos o delictivos que constituyen el objeto de los delitos tipificados en los arts. 252 a 255 y 257 CP, de falsificación y de

12 Vid. Artículos. 563 a 570 CP.

circulación de billetes o monedas falsas (art. 340.4 CP e) CPP) que, como los anteriores, constituye una amenaza para la estabilidad económica e, incluso política del Estado o Estados en los que, como en el Perú, operan las grandes organizaciones delictivas que ostentan su control¹³.

Es claro, en definitiva, que aun cuando la diligencia de circulación y entrega vigilada fuera originariamente concebida como medida al servicio de la lucha contra el narcotráfico, patrimonio de las grandes empresas del crimen, nada impide su aplicación a otras formas de criminalidad organizada relacionada con el lucro ilícito ampliamente entendido y, en opinión de quien suscribe, tanto a las actualmente operantes, cuanto a cualesquiera otras fórmulas de delincuencia organizada o asociativa que en el futuro puedan, al igual que las ahora existentes, aprovechar la libertad que le brindan las redes del comercio internacional para conseguir la realización de sus fines delictivos y, al propio tiempo, asegurar su impunidad.

En lo que atañe al posible objeto de esta diligencia conviene además señalar que la norma no hace referencia explícita a “paquetes postales” u otro tipo de soportes, sino que emplea genéricamente el término “remesa” con la aparente intención de dar cabida en él a toda remisión de materias o productos —cuyo tráfico, claro está, resulte prohibido— de una persona a otra, cualquiera que sea el continente y la vía de comunicación o transporte empleada. Nótese, pues, que la práctica de esta diligencia no queda sujeta a restricciones o límites en función de si el territorio del Estado peruano es lugar de entrada o paso de la remesa que se autoriza circular, o lugar de destino de la misma, siendo obvio que la entrada en el país puede tener lugar por fronteras tanto terrestres, como fluviales, marítimas o aéreas.

2.3. Finalidad de la medida

Como se adelantaba, la medida consiste en posibilitar la circulación de un bien delictivo, o la realización de la entrega de un envío o remesa, de forma controlada, con el propósito de permitir a los órganos policiales llegar, y así determinar, al máximo número de partícipes en la cadena delictiva. La diligencia, pues, persigue como fin último el descubrimiento y acceso al sujeto o sujetos que realizan la transmisión mediata del objeto del delito, esto es, la droga o sustancia ilícita, cuando no aquellas sustancias inocuas por las que resulten sustituidas, u otro bien *extra commercium* y/o el producto de ese comercio, con el objeto de llegar a quienes se sirven de intermediarios en este tráfico ilícito y son, al mismo tiempo, la “cabeza” o centro de decisiones de la organización criminal.

13 PISANI, M., (Criminlité organisée et coopération internationale) *La Cooperación internacional frente a la criminalidad organizada*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 2001, p. 59.

En efecto, esta particular diligencia de investigación posibilita —y es nota que la distingue de la clásica “detención y apertura de correspondencia o paquetes postales” y de las labores policiales de seguimiento— la observación de la conducta de los primeros destinatarios de un envío para, de ese modo, descubrir la eventual colaboración de otros sujetos en los hechos que se investigan. Identificados los diferentes partícipes en la actividad de tráfico ilícito que se persigue y, en particular, los que son sus reales protagonistas, la medida ha de servir a la finalidad obvia de neutralizar primero y sancionar penalmente, después, sus acciones, pero también, y como fin último, a posibilitar el desmantelamiento de la estructura de la organización criminal; no en vano, si lo que se pretende es acabar con esta lacra social, la acción del Estado no puede detenerse en los ejecutores directos o materiales del hecho criminal, sino extenderse y alcanzar a los, siempre ocultos, órganos de decisión, hasta lograr la completa desarticulación de la organización u organizaciones delictivas que, con frecuencia, operan de forma coordinada o conjunta.

En definitiva, la articulación de esta medida permite la entrada y tránsito por el territorio del país, bajo la supervisión y control de los órganos policiales, de mercancías de origen ilícito, con el fin de sancionar penalmente la infracción que constituye su tráfico y, al propio tiempo, está destinada a auxiliar a las autoridades estatales extranjeras que lo requieran, la consecución de ese mismo objetivo.

Llegados a este punto, interesa anotar que la adopción de la medida puede resultar de una decisión de las autoridades responsables del Perú, o de la iniciativa de un Estado distinto que interesa la colaboración de los órganos policiales de este país en el desarrollo de una operación de circulación o entrega vigilada, que el Estado peruano habrá de autorizar. En este último caso, es obvio que la medida habrá de contar con la previa autorización del Estado de donde parte el bien ilícito, y del Estado de destino o, incluso, de un eventual Estado de paso por cuyo territorio ha de transitar la sustancia o bien ilícito hasta su entrada en el Perú. Como con todo acierto prevé el apartado 2 del art. 340 CPP *in fine*, *el desarrollo de la diligencia*, “en el plano internacional (...) se adecuará a lo dispuesto en los Tratados Internacionales”.

3. PRESUPUESTOS PARA EL ACUERDO Y PRÁCTICA DE LA DILIGENCIA

En regla de principios, superada la exigencia de legalidad y persecución de una finalidad legítima desde el punto de vista constitucional¹⁴ —que, sin

14 Notas estas que GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO considera los dos presupuestos —formal el primero, y material el segundo, al que se refiere como “principio de justificación teleológica”— sobre los que se asienta el principio de proporcionalidad. Vid. *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el proceso penal*, Madrid, 1990, pp. 69 y ss.

duda alguna, reúne la medida analizada— el presupuesto habilitante del inicio de una operación de entrega o circulación vigilada de bienes delictivos no es otro que la existencia de indicios racionales de criminalidad concretados en la sospecha acerca del contenido ilícito, y destinado al tráfico también prohibido, de un determinado envío o remesa.

Pero, con ser ello cierto, no lo es menos que, siendo como es su finalidad el descubrimiento o identificación de los diferentes sujetos partícipes en un acto de tráfico “ilegal”, más acertado parece considerar que el presupuesto que exige su articulación es, en realidad, la constatación del carácter ilegal o ilícito de los bienes o productos contenidos en el envío¹⁵. Es más, la posibilidad que el propio art. 340 CPP abre de proceder a la sustitución de la sustancia ilícita por otra inocua para su posterior puesta en circulación, abona claramente esta teoría; no en vano, resolver la conveniencia de sustituir el contenido del envío implica un previo conocimiento del carácter ilícito o prohibido de la materia que se halla en su interior.

Esto último revela la posibilidad, hasta el momento no mencionada, de que el desarrollo de la medida adopte una doble forma y, en síntesis, resulte posible la distinción entre medidas de circulación o entrega vigilada “simples”, entendidas como operaciones que no implican la alteración o manipulación del contenido de la remesa, y medidas u operaciones “complejas” de circulación o entrega vigilada, previa sustitución de la sustancia ilícita oculta en su interior, por otra inocua, que transita. Sobre esta distinción, y las especiales exigencias a observar de cara a la articulación de esta medida, se volverá de inmediato, a propósito del análisis de la autoridad competente para su acuerdo.

3.1. Autorización de la operación de circulación o entrega

a. Órgano u órganos legitimados

En lo que atañe a esta cuestión —la relativa al órgano u órganos legitimados para la adopción de esta técnica o diligencia de investigación— el artículo 340.1 CPP no deja espacio a dudas, al menos *a priori*, acerca de que esta facultad corresponde al Fiscal. Según expresamente dispone, la posible autorización de una operación de circulación o entrega vigilada ha de proceder de este órgano, que dará cuenta de su decisión al Fiscal de la Nación, ante el que se llevará registro de las autorizaciones que en este sentido se extiendan.

Conforme, además, señala el precepto, la práctica de esta diligencia ha de ser autorizada por el Fiscal a través de resolución motivada, en forma de disposición, en la que ha de exteriorizar las razones por las que entiende que la operación supera el obligado juicio de proporcionalidad al que el consabido

15 GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA, M., “Criminalidad organizada”, cit., p. 286.

art. 340 CPP obliga a someterla. De cara a su acuerdo, pues, corresponde al órgano Fiscal ponderar —tal y como prescribe la norma— la necesidad de la medida “a los fines de la investigación en relación con la importancia del delito y con las posibilidades de vigilancia”.

Ahora bien, la atribución de la aparentemente genérica facultad de autorizar la práctica de la diligencia que el apartado 1 del art. 340 CPP concede abiertamente al Fiscal precisa de cierto matiz o corrección a la vista de la previsión que acoge el apartado 3 del mismo precepto para el caso de que la operación de entrega o circulación vigilada tenga por objeto remesas o envíos a través del servicio postal; no en vano, el legislador es explícito al señalar que “la interceptación y apertura de envíos postales sospechosos de contener bienes delictivos y, en su caso, la posterior sustitución de los bienes delictivos que hubiese en su interior, se llevará a cabo respetando los dispuestos en el art. 226 y siguientes” de la misma norma procesal.

Una remisión, en toda regla, como la efectuada en este art. 340.4 CPP al régimen al que en este Código Procesal viene sujeta la intervención de las comunicaciones postales, no puede sino traducirse en la exigencia de que los presupuestos determinantes del legítimo acuerdo y práctica de la medida coincidan con los requeridos para aquella otra diligencia de investigación, esto es, la intervención de la “correspondencia” a la que, con mayor o menor acierto¹⁶, parecen equipararse los paquetes postales¹⁷. Nótese que la consideración de que estos se hallan bajo la protección del derecho al secreto de las comunicaciones no es otra que la exigencia de que toda medida que implique su apertura con fines indagatorios en el marco de un proceso penal, sea decidida por un órgano investido de potestad jurisdiccional¹⁸.

Así las cosas, en el supuesto —nada infrecuente, por otra parte— de que la remesa ilícita viaje a través del servicio postal¹⁹, la autorización y régimen al

16 En la doctrina española, sostiene MONTERO que el texto constitucional protege las “comunicaciones postales” y no cualquier tipo de “envío postal”, de forma y ampliar desmesuradamente el primer concepto al objeto de incluirlo bajo la protección del precepto constitucional que protege su libertad y secreto —esto es, el artículo 18.3 C— da a esa garantía una desmesurada dimensión que, a su juicio, lleva a incurrir en el absurdo del hipergarantismo. Vid. “La entrega vigilada...”, cit., marg. 35.

17 En particular, durante años la Jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo español ha ampliado el término “correspondencia” a todos aquellos envíos que puedan facturarse a través del servicio postal de correos y, por extensión, a través de entidades privadas que ofrezcan análogos servicios, sin distinción alguna entre “envíos” cuyo objeto sea la transmisión de mensajes personales —escritos o no— y aquellos otros que consistan en una simple remisión de mercancías. Véanse, entre otras, las SsTS 14 de septiembre de 2001; de 3 de mayo de 2001 y de 25 de septiembre de 2000.

18 DE VEGAS TORRES, J., “Detención y apertura de paquetes postales. Especial consideración de la apertura de paquetes en el marco de las entregas vigiladas”, cit., marg. 849.

19 Al igual que el legislador español, el redactor del Código Procesal Peruano no se decidió a ubicar el precepto que dedica a la regulación de esta diligencia de investigación (art. 340 CPP) de

que ha de ajustarse el desarrollo de la medida ha de ajustarse a las exigencias legalmente requeridas a propósito de medidas que implican la injerencia en el fundamental derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones personales.

En este punto, conviene traer a colación la necesaria distinción entre las que se conocen como operaciones de circulación o entrega vigiladas simples —que no implican alteración o manipulación del contenido del envío— y las denominadas complejas, que se articulan en una doble, si no triple operación, siendo la primera de ellas —la detención del envío y el acceso a su contenido—, el punto más crítico de esa operación, en el que parece detenerse el legislador.

Sucede, así, que para el caso de que la operación de entrega o circulación vigilada exija, como primera actuación, la apertura del envío con el fin de corroborar la ilicitud de su contenido y, con mayor razón si, en atención a su peligrosidad y las posibilidades de vigilancia, ha de procederse a la sustitución de esa sustancia o producto, por otro inocuo, el riesgo que ello entraña de lesión al derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones privadas, hace obligado que la autorización para el desarrollo de esta primera operación y la posterior puesta en circulación de la sustancia u objeto sometida a vigilancia o control proceda de una autoridad investida de potestad jurisdiccional; no en vano, el artículo 226 al que remite este artículo 340.3 CPP es claro al exigir que la medida sea, a instancia del Fiscal, decidida por el Juez de la Investigación Preparatoria.

En tal supuesto, qué duda cabe, no puede el Fiscal sino interesar al órgano Judicial la autorización de la medida —a cuyo efecto, le remitirá todo cuanto justifique este requerimiento— o, en caso de denegación, apelar esta decisión ante el Superior Tribunal, “sin trámite alguno e inmediatamente”²⁰.

Ahora bien, que el precepto remita al régimen de lo dispuesto en el articulado del propio Código para la interceptación y apertura de paquetes postales y, en particular, que incorpore como exigencia la necesaria resolución judicial de esta primera operación que implica la detención y apertura²¹, no ha de llevar al extremo de excluir otras fórmulas en la ejecución de modalidades distintas de circulación o entrega, tales como las consideradas “simples” que no requieren de manipulación alguna del soporte y/o sustitución de

forma yuxtapuesta a la prevista para la intervención de las comunicaciones postales; un lugar en el que, en opinión de GIMENO SENDRA, hubiera encontrado, quizás, mejor acomodo.

20 Vid. Artículo 226.4 CPP.

21 Dispone, asimismo, el citado artículo 340.3 CPP que “la diligencia y apertura preliminar del envío postal se mantendrá en secreto hasta que hayan culminado las Diligencias Preliminares” con posibilidad de prórroga —en caso de ser autorizada por el Juez de la Investigación Preparatoria—, hasta por quince días luego de formalizada esta”.

su contenido²². Asimismo, singular consideración merece la posibilidad de que el envío a través del servicio público de Correos no constituya un verdadero proceso de comunicación y, en consecuencia, no deba quedar bajo la protección constitucional conferida a las comunicaciones personales²³.

La misma razón, pues, en la que se apoya la exigencia de que la medida sea judicialmente ordenada —su posible incidencia de la esfera del derecho al secreto de las comunicaciones— permite, a la inversa, sostener que los “paquetes abiertos” o, si se prefiere, aquellos en los que a partir de un simple examen externo se constata que no contiene mensaje personal alguno, y cuyo contenido —se insiste, distinto de una comunicación— se haga constar en el exterior y se expidan bajo sellos o etiquetas indicativas de esa circunstancia o, en definitiva, todo envío cuya naturaleza resulte inadecuada para el desarrollo de una comunicación privada, aun realizado a través del servicio postal²⁴, quedan excluidos de la exigencia de previa orden del juez encargado de la investigación preparatoria²⁵, habida cuenta de que en tales supuestos, por renuncia de su titular, el citado derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones personales no padece riesgo de ser lesionado²⁶.

En definitiva, una interpretación sistemática de lo dispuesto en los apartados 1 y 3 del consabido artículo 340 CPP permite concluir que, a pesar de la coherente atribución al Fiscal por el artículo 340.1 CPP de facultad para la autorización de la medida —en esencia, cuando se trate de una operación de

22 A estos efectos, la jurisprudencia del Tribunal Supremo español ha admitido el empleo de técnicas tales como la visión a través de rayos X o escáner e, incluso, la realización de una incisión mínima —v. gr. a través de una fina aguja— y extracción para su análisis de una insignificante muestra de su contenido. Sobre el particular, véanse entre otras muchas, las SsTS de 7 de febrero de 2003, de 2 de noviembre de 2000, de 2 de noviembre de 2000, de 5 y 26 de junio de 2000.

23 DE VEGAS TORRES, I., “Detención y apertura de paquetes postales. Especial consideración de la apertura de paquetes en el marco de las entregas vigiladas”, en *Revista Tribunales de Justicia*, 1997, N.º 8/9, marg. 849 a 852; MONTERO AROCA, J., *Detención y apertura de la correspondencia y de los paquetes postales en el proceso penal*, Valencia, 2000, pp. 16 y 273, y asimismo, en MONTERO AROCA, J., “La entrega vigilada de drogas y la apertura de paquetes internacionales”, *Tribunales de Justicia*, 2000, N.º 1, margs. 29 y 30.

24 En opinión de un amplio sector doctrinal, que se comparte, sólo puede entenderse excluido del ámbito de protección del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones personales si puede, sin error, aseverarse que consiste en un envío o remisión de mercancías. Entre otros, véase GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA, M., “Criminalidad organizada”, cit., p. 293; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R., “Comentarios a la LO 5/1999, de 13 de enero, la ‘entrega vigilada’ y el ‘agente encubierto’”, en *AJA*, 1999, N.º 380, p. 4.

25 DE VEGAS TORRES, J., “Detención y apertura de paquetes postales. Especial consideración de la apertura de paquetes en el marco de las entregas vigiladas”, cit., marg. 852; GIMENO SENDRA, V., *Derecho procesal penal*, Madrid, 2004, cit., pp. 280 y 281; GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA, M., “Criminalidad organizada”, cit., p. 292; MONTERO AROCA, J., “La entrega vigilada de drogas y la apertura de paquetes internacionales”, cit., margs. 26 y 27.

26 Así, bolsos o maletas que no tienen otra finalidad que la guarda o transporte de objetos de uso personal. Vid. SsTS de 21 de marzo de 2000 y 9 de junio de 1997.

circulación o entrega vigilada simple, que no exija detención y apertura del envío para constatación de su contenido— la operación que implique acceso a este y, en su caso, la extracción de la sustancia o bien ilícito y su sustitución por el inocuo que se permite circular, debe llevar a este a solicitar del órgano judicial autorización de la medida. La circulación y entrega vigilada de bienes delictivos ha de ser, en esos casos, como regla —excepciones a parte derivadas de una situación de urgencia y ante el riesgo de pérdida de eficacia de la diligencia— decidida por el juez de la investigación preparatoria, quien, mediante resolución motivada, habrá de determinar las condiciones en las que ha de llevarse a cabo su práctica.

En conclusión a lo expuesto en las páginas que preceden conviene señalar que, con ser cierto que la protección conferida a las comunicaciones postales no puede o debe ofrecer amparo a remesas de contenido ilícito, no puede perderse de vista que la posible implicación en el desarrollo de operaciones de circulación o entrega vigilada de los derechos fundamentales a la intimidad y el secreto de las comunicaciones personales impone como exigencia, la plena observancia del principio de proporcionalidad que, como presupuesto elemental, exige la intervención del órgano judicial en su acuerdo, a través de resolución motivada, junto a la observancia del resto de exigencias que, derivadas del principio de proporcionalidad, determinan la legitimidad desde el punto de vista constitucional de la diligencia y, en consecuencia, la licitud y eficacia procesal de los resultados derivados de su práctica.

b. La exigencia de resolución motivada para el acuerdo

Como se adelantaba, la autorización de la operación de circulación o entrega vigilada de bienes delictivos, ya provenga del Fiscal, ya del órgano judicial, exige resolución “fundada” o, si se prefiere, suficientemente “motivada”, esto es, expresiva de las razones que legitiman su acuerdo, a partir de la concurrencia de una suma de presupuestos y garantías que, obviamente, derivan del principio de proporcionalidad.

Como de forma reiterada viene expresando el Tribunal Constitucional español, la motivación bastante de la resolución “no es una elemental cortesía, sino un riguroso requisito”²⁷ en tanto medio o instrumento indispensable para constatar que la limitación o sacrificio del derecho o derechos que la medida conlleva no es innecesaria, inadecuada o excesiva. Así, habrá de determinar la existencia y, con precisión, los indicios de los que se deduzca la comisión de un delito relacionado con el tráfico ilegal de un determinado bien o materia oculto en el interior del envío y, especialmente, la forma en que de los mismos se desprende la necesidad de articular la operación, lo que no deja de ser una referencia a las circunstancias que rodean el caso —como bien señala el

²⁷ Vid. STC 62/1982, de 15 de octubre y, en el mismo sentido, la STC 85/1994, de 14 de marzo.

propio artículo 340 CPP—, puestas en relación con la entidad de la infracción criminal que se investiga y las mayores o menores posibilidades de vigilancia. Ha de explicitar, pues, en cuanto sea posible, el objeto de la autorización o entrega vigilada y, en su caso, el tipo y cantidad de la sustancia u objeto cuyo tránsito se permite, y las circunstancias concurrentes y en atención a las cuales, la medida se acuerda; no en vano, esta ponderación ha de realizarse “caso por caso”, lo que excluye el uso de autorizaciones genéricas o que habiliten el desarrollo de entregas vigiladas para todo tipo de operación de tráfico ilegal o toda actividad de esta naturaleza llevada a cabo por cualquier organización criminal.

La resolución debe incluir, en definitiva, una explicación, razonada y razonable que, en su caso, habrá de incluir y ser especialmente detallada en lo referente a las circunstancias que aconsejan la “sustitución de la sustancia, por otra inocua” —de las que, entiéndase, se deduzca una mayor o menor peligrosidad, no tanto de la sustancia en sí, cuanto de la permisividad de su circulación aun controlada— en las modalidades que se conocen como “entregas vigiladas complejas”²⁸

Asimismo, y a pesar de la falta de detalle en la norma, parece claro que la resolución del Fiscal, en forma disposición (o del órgano judicial, en su caso, que habrá ser un auto), determine en su resolución, con el mayor detalle posible, el paquete o envío cuya circulación o tránsito permite, o cuya autoriza entrega controlada decide y, en la medida de lo posible, la identificación de los autores de la entrega o personas a cuyo nombre se expida. Además, ha de hacer mención en ella del contenido de la remesa —esto es, el que se trate de drogas o sustancias psicotrópicas o estupefacientes—, y su clase, o el bien o producto ilícito cuyo tráfico constituya delito, y cuyo tránsito o entrega controlada decide, obviamente, con el grado de precisión que las circunstancias permitan.

3.2. Las exigencias de necesidad, idoneidad y proporcionalidad *stricto sensu* de toda operación de circulación o entrega vigilada de bienes delictivos

Como trasunto del necesario respeto del principio de proporcionalidad, cuya observancia impone el 340 CPP para el acuerdo de esta diligencia de investigación, es claro que la misma ha de reunir las notas de necesidad, idoneidad y proporcionalidad *stricto sensu*, una vez atendidas las circunstancias

28 Y es que, como bien advierte SILVA SÁNCHEZ, “la motivación de las resoluciones judiciales relativas a Derechos Fundamentales —y en la hipótesis planteada, estos se hallan amenazados— ha de ser cualificada respecto del mandato constitucional general de motivación (...)”. Vid. “Política criminal del legislador, del juez, de la Administración penitenciaria, sobre el sistema de sanciones del Código Penal”, *Rev. La Ley*, 10 de julio de 1998, N.º 4581, p. 3.

que, en particular, concurren; no en vano, la medida ha de ser examinada “caso por caso” y deducir así “su necesidad a los fines de la investigación en relación con la importancia del delito y con las posibilidades de vigilancia”.

Que la medida deba ser necesaria implica, sin duda, la exigencia de ser, no sólo útil, sino indispensable para la consecución de la finalidad perseguida, sin posibilidad alguna de sustitución por cualquiera otra de menor capacidad lesiva pero idéntica eficacia²⁹. La exigencia de “idoneidad” de la operación de circulación o entrega vigila se traduce, en cambio, en la necesaria adecuación de la actividad que comporta a la consecución del fin que con ella se pretende, esto es, su utilidad o eficacia, en términos de probabilidad, para la obtención de algún dato de relevancia para la causa, cual es *v.gr.*, la determinación o identificación del destinatario o destinatarios, directos o indirectos, de la sustancia o bien delictivo destinado al tráfico que se autoriza circular o cuya entrega tiene lugar de forma controlada por parte de las autoridades encargadas de la persecución penal.

La proporcionalidad *stricto sensu* que, por último, debe guardar la circulación o entrega vigilada que se autorice se verá cumplida siempre que pueda hablarse de la existencia de correlato entre la intensidad de la medida y las circunstancias del caso, de forma que el coste que, en lo que a sacrificio de derechos e intereses atañe, implica su práctica no resulte desmedida en relación con la gravedad del ilícito y los indicios apreciados de su comisión. En caso alguno, pues, la operación ha de entrañar un sacrificio excesivo o inasumible por parte de quien ha de padecerla y, por qué no, por parte del propio Estado que ha de destinar los recursos personales y materiales que hagan posible su articulación. Sólo en el caso de que, en atención a las posibilidades de vigilancia, esto es, el posible destino a esta operación de una importante dotación policial, y la concurrencia de circunstancias que permitan pronosticar el éxito de su desarrollo, logre compensarse o quede neutralizado el riesgo de pérdida del bien delictivo que constituye su objeto, esta medida extraordinaria podría entenderse proporcionada, en sentido estricto y, por ende, legítima desde el punto de vista constitucional.

Todas ellas, qué duda cabe, son notas cuya concurrencia, como bien exige el art. 340 CPP desde el primero de sus apartados, ha de examinarse “caso por caso” a los efectos de entender superado el canon de proporcionalidad exigido a toda medida que, como la que aquí se analiza, incide en la esfera de derechos fundamentales del sujeto o sujetos sometidos a investigación.

En definitiva, y como con toda contundencia señala el propio art. 340.1 CPP, “[...] para adoptar esta medida se tendrá en cuenta su necesidad a los

29 Vid. SsTC 126/2000; 207/1996, de 16 de diciembre; 54/1996 (f.j. 7); 181/1995 (f.j. 5); y en la misma línea, las SsTS de 14 de abril de 1997 y de 14 de junio de 1993 (f.J. 8).

finde de la investigación en relación con la importancia del delito y con las posibilidades de vigilancia”.

4. SOBRE LA EFICACIA O EVENTUAL INEFICACIA PROBATORIA DE LOS RESULTADOS DERIVADOS DE SU PRÁCTICA

A la hora de determinar el valor o eficacia probatoria a otorgar a los resultados de la práctica de la “circulación o entrega vigilada de bienes delictivos” conviene partir como premisa de la consideración de que la misma, de forma inmediata, sirve a una función investigadora, y de forma mediata, a una clara función de carácter probatorio, en la medida en que posibilita la adquisición y aseguramiento de fuentes de prueba a valorar por el órgano jurisdiccional una vez incorporadas debidamente al proceso.

La diligencia, en verdad, participa de la naturaleza de lo que se ha dado en llamar “pruebas preconstituidas” y tiene como fin la acreditación de los hechos que configuran el delito relacionado con el tráfico ilícito de los bienes o productos que, como objeto de la diligencia, se permiten transitar o son entregados de forma controlada a sus destinatarios. Y, qué duda cabe, la información o resultado alcanzado a partir de una operación de circulación o entrega vigilada lícitamente ordenada y practicada ha de permitir fundamentar, inicialmente, la imputación delictiva y, en último término, y siempre que resulte prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, una eventual sentencia de condena.

Pero, más que precisar el valor o eficacia probatoria de la diligencia de circulación o entrega contralada decidida y practicada con todas las garantías, interesa evidenciar las consecuencias, de orden procesal, que se derivan de la ilicitud —o, ilegitimidad desde el punto de vista constitucional, en tanto que lesiva del fundamental derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones personales— de esta extraordinaria diligencia de investigación prevista en el art. 340 CPP.

En lo que atañe a esta trascendental cuestión, es también premisa de la que partir la afirmación de que toda injerencia ilegítima en la esfera del referido derecho fundamental, cualquiera que sea el modo en que resulte violentado, genera una prueba ilícita o prohibida que, como con todo acierto declara el Alto Tribunal Supremo español³⁰, “carece de validez en el proceso y los Jueces y Tribunales habrán de reputarla inexistente a la hora de construir la base crítica en la que ha de apoyarse su sentencia”.

De lo expuesto se desprende, como primera conclusión, que la consecución del pretendido efecto probatorio mediante la técnica de circulación o

30 A este respecto, véase —entre muchas otras— lo dispuesto en la paradigmática sentencia de 29 de marzo de 1990.

entrega vigilada pasa por la observancia de una doble exigencia, de un lado, la licitud de la actividad de obtención y custodia de la fuente de prueba y, de otro, la lícita incorporación de la misma al proceso, de suerte que su ignorancia no puede más que traducirse en la ineficacia procesal de los resultados alcanzados y, de ese modo, probablemente, en la inexistencia de una prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia que permita la condena de los responsables del delito de tráfico ilícito que se persigue y pretende erradicarse.³¹

Téngase presente que, en esas circunstancias, no sólo el resultado directo de la prueba reputada ilícita ha de quedar sustraído del conocimiento del juzgador, a quien queda vedada su valoración, sino que la misma suerte puede correr el resultado de actos de investigación distintos, aun lícitamente practicados, que tengan en aquella (la prueba ilícita directa) su origen; y ello, por cuanto, a un primer efecto de la prueba prohibida —el llamado efecto “directo”— puede sumarse el “indirecto” o “reflejo”, que lleva a extender esa ineficacia probatoria al resultado de otro u otros actos posteriores al que produjo la conculcación del derecho, siempre que exista una relación de causalidad directa e inmediata entre la ilicitud de su obtención y el resultado logrado a partir de aquella³².

Lejos de ser lo deseable, y aunque quizás no es lo habitual, no ha descartarse ni minusvalorar la posibilidad de que el desarrollo de la circulación o entrega vigilada de bienes delictivos sea el primero, o uno de los primeros actos de la investigación, que no obstante su ilicitud, haya dado pie a la celebración de otras diligencias, quizás lícitamente practicadas que, como la primera, pierdan toda eficacia probatoria o que, en el peor de los casos, la falta de virtualidad probatoria acabe alcanzando, a modo de arrastre, al conjunto de actuaciones que conforman la instrucción; algo que, evidentemente, implicaría el fracaso del proceso o, si se prefiere, la frustración del primero al último de sus fines.

31 Una aproximación a la ilicitud probatoria penal y su tratamiento en la norma procesal penal, doctrina y jurisprudencia española puede verse, *in extenso*, en la obra monográfica de ASENIO MELLADO, JM^a, *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Madrid, 1989, y en “Prueba ilícita y declaración de efectos”, en *Problemas actuales de la Justicia Penal*, Madrid, 2013, pp. 205 a 256, y asimismo, en LÓPEZ YAGÜES, V., “De la necesaria a la eventual ineficacia de la prueba ilícita”, en *Problemas actuales de la Justicia Penal*, Madrid, 2013, pp. 257 a 300 y MIRANDA ESTRAMPES, M., *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, Barcelona, 1999.

32 Admitir la eficacia de los “efectos reflejos” de la prueba prohibida no implica reconocerles vocación de generalidad. En contra de su aplicación en la valoración de toda diligencia probatoria se ha mostrado, en particular, DOMÍNGUEZ ÁLVAREZ, M^a I., *Escuchas telefónicas: planteamiento práctico desde la perspectiva jurisprudencial*, RGD, 1996, N.º 618, pp. 1721 y 1722 y GIMENO SENDRA, V., “Los Procesos Penales”, cit., t. IV, p. 420. Cfr. PICÓ I JUNOY, J., “Nuevas perspectivas sobre el alcance anulatorio de las pruebas ilícitas”, en *Rev. La Ley*, Diario 4213, de 23 de enero de 1997, p. 1875.

De ahí que, con ser cierto que ante el fracaso de las diligencias de investigación tradicionales, resulta preciso contar con técnicas especiales como la que representa la diligencia prevista en el art. 340 CPP objeto aquí de análisis, no ha de descuidarse la exigencia de que la articulación de este instrumento sea absolutamente respetuosa con las garantías que han de revestir el proceso justo, propio de un Estado de Derecho como el peruano. En otro caso, no solo no podrá hablarse de la existencia de prueba lícita y practicada con todas las garantías que, de resultar de cargo, permita sancionar el delito que cometen sino, lo que parece el objetivo último alcanzar, combatir con eficacia hasta erradicar a las grandes organizaciones del crimen.

CIRCULACIÓN O ENTREGA VIGILADA DE SUSTANCIAS, MATERIALES U OTROS BIENES ILÍCITOS COMO MÉTODO PARA LUCHAR CONTRA LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA

Ana Beltrán Montoliu

Profesora de Derecho Procesal,
Universidad Jaume I, Castellón, (España)

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Concepto y marco legal. 3. Ámbito de aplicación. 4. Autoridades competentes. 5. Requisitos para su adopción. 6. Práctica. 7. Supuestos. 8. Entrega vigilada internacional. 9. A modo de conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

La lucha contra la delincuencia organizada¹ transnacional aparece como una preocupación constante para la comunidad internacional². La evolución que las nuevas tecnologías representan, así como a la tendencia hacia la globalización³, son factores que favorecen en gran medida la proliferación de redes criminales que tienen como objetivo común su expansión transfronteriza para lograr los máximos beneficios.

En este sentido las autoridades nacionales de todos los países, conscientes de las dificultades cada vez más complejas⁴ a las que se enfrentan en

1 Sobre qué se entiende por delincuencia organizada, se puede consultar en detalle GARCÍA COLLANTES, A., "Delimitación conceptual de la delincuencia organizada", en *Derecho y cambio social*, Año 11, N.º 37, 2014. En este artículo se realiza un recorrido por las distintas acepciones doctrinales y jurisprudenciales de este concepto, teniendo en cuenta el marco internacional, europeo y nacional.

2 La Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), es líder a nivel mundial en la lucha contra las drogas ilícitas y la delincuencia organizada transnacional. < <http://bit.ly/1RaFYPz>>.

3 Como resultado del proceso de globalización y la difusión de la tecnología, se están produciendo cambios significativos en la naturaleza y alcance de la delincuencia organizada. Vid. UNODC, *Medidas eficaces contra la delincuencia organizada transnacional* <<http://bit.ly/1P6TmAP>>

4 Es innegable que las formas de ocultación en el contexto del narcotráfico, se producen de forma cada vez más sofisticada. Sirva a modo de ejemplo en el ámbito español, la conocida operación *Tarsila*, que supuso la interceptación en Lugo del envío de cocaína líquida diluida en

la persecución contra los principales responsables de delitos que tienen este componente transnacional⁵, utilizan además de los mecanismos tradicionales para combatir este tipo de delincuencia⁶, nuevos métodos de investigación entre los que destaca, entre otros, la circulación o entrega vigilada de sustancias, materiales u otros bienes ilícitos. Esta técnica de investigación junto a otras medidas⁷ aparece como desafío en la lucha contra el narcotráfico ante la expansión no deseada de las organizaciones criminales.

2. CONCEPTO Y MARCO LEGAL

Si bien es cierto que existen precedentes normativos relacionados con esta materia⁸, hay que destacar la *Convención de las Naciones Unidas Contra*

vidrio en el año 2014. Desde 2006 se han capturado en diversas operaciones envíos de cocaína procedentes de Ecuador, Colombia y Argentina, convirtiéndose la cocaína líquida en una de las nuevas formas de movilidad de la droga y que ha sido detectada entre diversos productos alimenticios de exportación, incluso en botellas de vino o whisky, latas de piña, etc., disuelta en el mismo líquido. Por otra parte, en operaciones contra el tráfico de la ketamina, en la denominada operación *Namaste* se interceptaron en abril de 2015 varios envíos de albornoces y toallas impregnados con esta potente droga anestésica en forma de polvo. En esta ocasión, han sido las autoridades británicas las que alertaron a las españolas, sobre la existencia de un paquete procedente de Mombasa (Kenia) dirigido a un vecino de Bermeo (Bizkaia). En definitiva, lo destacable es que los traficantes invierten en la creación de nuevos mecanismos de exportación desde los países productores para ocultarla con la finalidad de que sea prácticamente imperceptible para los controles policiales. Vid. LOIS, E., "Interceptado en Lugo el primer envío de cocaína líquida diluida en vidrios", en *El País*, 7 de abril 2014; "Seis detenidos en una operación contra el tráfico de ketamina", *EL PAÍS*, 24 de abril 2015.

- 5 Entre otros aspectos, es precisamente ese componente transnacional lo que pone de relieve las dificultades que surgen frente a esta expansión criminal, vid, entre otros, VILLACAMPA ESTIARTE, C., *La delincuencia organizada: un reto a la política criminal actual*, Aranzadi, Pamplona 2013; VIDALES RODRÍGUEZ, C., *Tráfico de drogas y delincuencia conexa*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2014; BLANCO CORDERO, I., "Criminalidad organizada y mercados ilegales", en *Eguzkilore*, N.º 11, 1997, pp. 213 y ss.
- 6 Las diligencias de investigación policial y de instrucción policial se muestran ineficaces para enfrentarse a la compleja criminalidad organizada. Así lo indica, entre otras, la STS N.º 864 de 18 de diciembre de 1996, voto particular: "El desarrollo de la criminalidad organizada constituye un desafío a la capacidad del derecho penal para afrontar los complejos problemas que, desde el punto de vista político, sociológico y criminológico representa su potencialidad delictiva. La implantación de empresas criminales se ha producido en el ámbito de un proceso de cambio que ha afectado al mercado mundial y que se ha diversificado en diversas ramas del tráfico ilícito en el que ocupa un lugar preferente el tráfico de drogas. La expansión de los mercados ilegales ha influido profundamente sobre las estructuras de los grupos criminales organizados y sobre su incidencia en la mayor facilidad para conseguir sus criminales designios."
- 7 ALONSO PÉREZ, pone de relieve la necesidad de adoptar medidas coordinadas y orientadas a prevenir y reprimir la utilización de los servicios postales para el tráfico ilícito, así como medidas legislativas que permitan utilizar los medios adecuados a fin de allegar pruebas necesarias para iniciar actuaciones judiciales, Vid ALONSO PÉREZ, F., "Circulación y entrega vigilada de drogas y otras sustancias prohibidas", en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, N.º 7, 2000, p. 1249.
- 8 Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito Viena (UNODC), *Los tratados de fiscalización internacional de drogas*. Disponible en: <<http://bit.ly/1O8sSlv>>.

el Tráfico ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas del 20 de Diciembre de 1988, (en adelante Convención de Viena)⁹, por considerarse unánimemente como el texto normativo de referencia¹⁰ y que define la entrega vigilada como “la técnica consistente en dejar que remesas ilícitas o sospechosas de estupefacientes, sustancias psicotrópicas, sustancias controladas¹¹ o sustancias por las que se hayan sustituido las anteriormente mencionadas, salgan del territorio de uno o más países, lo atraviesen o entren en él, con el conocimiento y bajo la supervisión de sus autoridades competentes, con el fin de identificar a las personas involucradas en la comisión de delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3 de la presente Convención¹²” (Art.1.1, apartado g).

Más adelante en su artículo 11, la Convención recoge con mayor detalle esta técnica de entrega vigilada al establecer los siguientes aspectos:

“1. Si lo permiten los principios fundamentales de sus respectivos ordenamientos jurídicos internos, las Partes adoptarán las medidas necesarias, dentro de sus posibilidades, para que se pueda utilizar de forma adecuada, en el plano internacional, la técnica de entrega vigilada, de conformidad con acuerdos o arreglos mutuamente convenidos, con el fin de descubrir a las personas implicadas en delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3 y de entablar acciones legales contra ellas.

9 Disponible en: <<http://bit.ly/1MidDTv>>. Publicado en el BOE N.º 270, 10 de noviembre de 1988.

10 Los países que han ratificado este Convenio y las declaraciones y reservas, se pueden consultar en <<http://bit.ly/1TPRttC>>.

11 Vid. Cuadros I o II anexos a la Convención. Disponibles en: <<http://bit.ly/1YkppzS>>.

12 Art 3. Convención de Viena 1988: “1. Cada una de las Partes adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos penales en su derecho interno, cuando se cometan intencionalmente: a) i) La producción, la fabricación; la extracción, la preparación, la oferta, la oferta para la venta, la distribución, la venta, la entrega en cualesquiera condiciones, el correaje, el envío, el envío en tránsito, el transporte, la importación o la exportación de cualquier estupefaciente o sustancia sicotrópica en contra de lo dispuesto en la Convención de 1961, en la Convención de 1961 en su forma enmendada o en el Convenio de 1971; ii) El cultivo de la adormidera, el arbusto de coca o la planta de cannabis con objeto de producir estupefacientes en contra de lo dispuesto en la Convención de 1961 y en la Convención de 1961 en su forma enmendada; iii) La posesión o la adquisición de cualquier estupefaciente o sustancia sicotrópica con objeto de realizar cualquiera de las actividades enumeradas en el precedente apartado i); iv) La fabricación, el transporte o la distribución de equipos, materiales o de las sustancias enumeradas en el Cuadro I y el Cuadro II, a sabiendas de que van a utilizarse en el cultivo, la producción o la fabricación ilícitos de estupefacientes o sustancias sicotrópicas o para dichos fines; v) La organización, la gestión o la financiación de alguno de los delitos enumerados en los precedentes apartados i), ii), iii) o iv); b) i) La conversión o la transferencia de bienes a sabiendas de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo, o de un acto de participación en tal delito o delitos, con objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tal delito o delitos a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones; ii) La ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de bienes, o de derechos relativos a tales bienes, a sabiendas de que proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo o de un acto de participación en tal delito o delitos.”

2. Las decisiones de recurrir a la entrega vigilada se adoptarán caso por caso y podrán, cuando sea necesario, tener en cuenta los arreglos financieros y los relativos al ejercicio de su competencia por las Partes interesadas.
3. Las remesas ilícitas cuya entrega vigilada se haya acordado podrán, con el consentimiento de las Partes interesadas, ser interceptadas y autorizadas a proseguir intactas o habiéndose retirado o sustituido total o parcialmente los estupefacientes o sustancias sicotrópicas que contengan”.

El beneficio más evidente de esta “estrategia de represión” es que va a facilitar la identificación, detención y procesamiento de los delincuentes principales, los organizadores y los financiadores de la empresa delictiva de la que se trate¹³. Ahora bien, este precepto, pone de manifiesto que la decisión de utilizar esta técnica se debe adoptar “caso por caso”. De este modo, hay que matizar, que ningún Estado estará obligado a prestar su conformidad al uso de esta técnica en aquellos supuestos en que lo considere inapropiado por cualquier motivo¹⁴.

Asimismo se pone de manifiesto la necesidad de que las Partes interesadas, deban prestar su consentimiento para efectuar la entrega vigilada y mencionen las modalidades posibles al indicar que pueden continuar “intactas” o se pueden retirar y sustituir “total o parcialmente” los estupefacientes o sustancias que contengan. La alusión a estas opciones se debe a que la utilización de esta técnica de investigación puede conllevar algunos riesgos, tales como la pérdida de la remesa. De ahí que se haya previsto que las autoridades puedan solicitar su terminación de forma anticipada¹⁵.

Por otra parte, la *Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional* de 15 de noviembre de 2000¹⁶, viene a perfilar este concepto, al proporcionar en su art. 20, bajo la rúbrica “Técnicas especiales de investigación” la siguiente información:

“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 espe-

13 Naciones Unidas, *Comentarios a la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas*, 1988, Hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988, p. 191.

Disponible en: <<http://bit.ly/1QscVa9>>.

14 *Ibídem*, p. 27.

15 Algunos países han tenido en consideración esta posibilidad en su legislación habilitante, de modo que incluso en operaciones que están ya en funcionamiento, situaciones de carácter práctico puedan exigir su terminación anticipada., *Ibídem*, p. 201.

16 Esta Convención puede consultarse en la siguiente dirección: <<http://bit.ly/118XuB6>>, Ratificado por España, BOE N.º 233, de 29 de septiembre de 2003.

ciales 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.

2. A los efectos de investigar los delitos comprendidos en la presente Convención, se alienta a los Estados Parte a que celebren, cuando proceda, acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales apropiados para utilizar esas técnicas especiales de investigación en el contexto de la cooperación en el plano internacional. Esos acuerdos o arreglos se concertarán y ejecutarán respetando plenamente el principio de la igualdad soberana de los Estados y al ponerlos en práctica se cumplirán estrictamente las condiciones en ellos contenidas.

3. De no existir los acuerdos o arreglos mencionados en el párrafo 2 del presente artículo, toda decisión de recurrir a esas técnicas especiales de investigación en el plano internacional se adoptará sobre la base de cada caso particular y podrá, cuando sea necesario, tener en cuenta los arreglos financieros y los entendimientos relativos al ejercicio de jurisdicción por los Estados Parte interesados.

4. Toda decisión de recurrir a la entrega vigilada en el plano internacional podrá, con el consentimiento de los Estados Parte interesados, incluir la aplicación de métodos tales como interceptar los bienes, autorizarlos a proseguir intactos o retirarlos o sustituirlos total o parcialmente”.

Estamos ante una excepción a la regla general del deber de denunciar (arts. 259, 262 y 264 LECRIM) y evitar a comisión de delitos¹⁷, ya que en lugar de poner en conocimiento del juez de instrucción la existencia de un delito (arts. 284, 292 y 295 LECRIM), las autoridades por medio de sus agentes permiten que la actividad delictiva siga realizándose¹⁸.

Asimismo, es necesario resaltar, que dada la naturaleza del objeto de la entrega vigilada, puedan estar involucrados distintos espacios estatales, con todas las dificultades que ello puede conllevar desde el punto de vista penal y procesal¹⁹. El artículo 73 del Acuerdo Schengen²⁰, autoriza a las partes para tomar las medidas que permitan las entregas vigiladas y la decisión se adoptará en cada caso concreto basándose en una autorización previa de la Parte

17 MONTERO AROCA, J., “La entrega vigilada de drogas y la apertura de paquetes postales internacionales”, en *Tribunales de justicia: Revista española de derecho procesal*, N.º 1, 2000, p. 21.

18 Así lo pone de relieve GIMENO SENDRA, V., “La prueba preconstituída de la policía judicial”, en *Revista Catalana de Seguridad Pública*, mayo 2010, p. 48.

19 CASTILLEJO MANZANARES, R., “Medios de investigación en la lucha contra la criminalidad organizada”, en *Revista General de Derecho Procesal*, N.º 27, 2012, pp. 10-11.

20 Acuerdo de Adhesión de España, de 25 de junio de 1991, al Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen de 19 de junio de 1990, BOE núm. 81, de 5 de abril de 1994. Corrección de erratas en BOE núm. 85, de 9 de abril. La normativa básica reguladora se puede consultar en <<http://bit.ly/1MgWlgh>>

contratante de que se trate. Cada Parte contratante conservará la dirección y el control de las actuaciones en su territorio y estará autorizado a intervenir²¹.

Siendo conscientes de los beneficios que reporta es lógico que la circulación y entrega vigilada sea una práctica extendida en los diferentes ordenamientos jurídicos²², y que aparezca como una herramienta adicional en la lucha contra la criminalidad organizada.

3. ÁMBITO DE APLICACIÓN

En el ordenamiento jurídico español se introdujo la entrega vigilada por la LO 8/92 de 23 de diciembre²³, mediante la inclusión del artículo 263 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con el objeto de adaptarse a la legislación internacional. Podrán ser objeto de diligencia los bienes y ganancias procedentes de las actividades delictivas tipificadas en los arts. 301 a 304 y 368 a 373²⁴, así como los bienes, materiales, objetos y especies animales y vegetales a los que se refieren los arts. 332, 334, 386, 399 bis, 566, 568 y 569 del Código Penal²⁵. En definitiva se extiende a las siguientes sustancias y productos:

- a) Drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas
- b) "Precursores", es decir, equipos, materiales, instrumentos o sustancias que se utilizan para la producción o fabricación ilícita de drogas

21 STS N.º 220/2000, de 14 de febrero: "porque tampoco puede afirmarse que las autoridades alemanas tengan que llevar a cabo este tipo de operaciones respetando las garantías establecidas al efecto por el ordenamiento jurídico español, e incluso por nuestra jurisprudencia (v. art. 73 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen)". En este mismo sentido, STS N.º 43, de 19 de enero 2000: "No es la legislación española la que debe tenerse en cuenta para valorar cómo se detecta en otro país la existencia de droga en un paquete. El artículo 3 del Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal, hecho en Estrasburgo el 20 de abril de 1959, dispone que es la legislación del país en el que se practican u obtienen las pruebas la que debe regir respecto al modo de practicarlas y obtenerlas «en la forma que su legislación establezca».. Lo que se cuestiona —otra vez— es la actuación de las autoridades italianas hasta que el paquete fue entregado a las españolas con infracción del art. 263 bis de la LECrim, lo que el Ministerio Fiscal considera inadmisibile al impugnar el motivo, pues supone desconocer el Convenio de Aplicación del Convenio de Schengen que autoriza en su art. 73 a las partes contratantes como lo son España e Italia, a tomar las medidas que permitan las entregas vigiladas en el tráfico de estupefacientes conservando la dirección y control de las actuaciones en su territorio lo que implicaría, concluye el Ministerio Fiscal, acusar sin fundamento, sin señalar ningún precepto concreto, a las autoridades italianas de haber infringido su ordenamiento jurídico".

22 NÚÑEZ PAZ, M.A. / GUILLÉN LÓPEZ, G., "Entrega vigilada, agente encubierto y agente provocador: análisis de medios de investigación en materia de tráfico de drogas", en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, t. 61, Fasc/Mes 1, 2008, p. 97.

23 Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciembre, de modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de tráfico de drogas, BOE N.º 308, de 24 de diciembre de 1992.

24 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, BOE N.º 12, 14 de enero de 1999.

25 Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, N.º 152, 23 de junio de 2010.

- c) Bienes y ganancias a que se hace referencia en el art. 301 CP, procedentes de un delito grave, que constituyen el objeto material del delito de “blanqueo de capitales”
- d) Especies protegidas de flora y fauna
- e) Moneda falsa
- f) Depósito de armas y municiones
- g) Aparatos explosivos, incendiarios, inflamables o asfixiantes
- h) Bienes procedentes del tráfico ilícito de drogas
- i) Otras sustancias prohibidas²⁶

Por parte del legislador, se ha ido ampliando paulatinamente el ámbito de aplicación de la entrada vigilada, ajustando los parámetros establecidos a las necesidades que la práctica ha puesto de manifiesto y por lo tanto no limitándolo exclusivamente al tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, sino también a otras graves actividades delictivas²⁷.

Es preciso matizar la diferencia existente entre la técnica de la entrega o remesa controlada y la entrega vigilada²⁸, de modo que en la primera se recurre a agentes infiltrados que participan directamente en la operación de tránsito, mientras que en la última la mercancía ilegal es objeto de una vigilancia pasiva por parte de las agencias policiales²⁹.

Igualmente relevante es determinar la naturaleza jurídica de esta técnica³⁰, ya que la jurisprudencia ha indicado que “no estamos en definitiva, ante un supuesto de correspondencia, necesitada de protección constitucional por su innegable incidencia en el derecho constitucional al secreto de las comunicaciones proclamado por el art. 18.3 CE...De ahí que el significado jurídico de la presencia del imputado y su Letrado, impuesta con carácter general por el art. 584 LECrim, deba ser adaptado a la naturaleza que es propia de un acto de investigación de este carácter que, pese a todo, contó en el presente

26 Esta expresión, contenida en el art. 263 bis, 1 LECrim, es digna de mención, ya que el apartado 2 a continuación, enumera las sustancias, equipos y materiales que pueden ser objeto de este medio de investigación.

27 MOLINA PÉREZ, T. “La entrega vigilada por narcotráfico en el ordenamiento jurídico”, en *Anuario jurídico y económico escurialense*, N.º 40, 2007, p. 23.

28 EDWARDS, C.E., *El Arrepentido, el agente encubierto y la entrega vigilada*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1996, p. 109.

29 Así lo pone de manifiesto ALCOLADO CHICO, M^a. T., “La cobertura legal a un procedimiento en el marco del Derecho Penal Internacional: la entrega vigilada”, en *Revista jurídica de asturias*, N.º 37, 2014, p. 70.

30 En su redacción original este precepto provocó críticas respecto a su regulación, RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, “El agente encubierto y la entrega vigilada” en *Criminalidad organizada: reunión de la sección nacional española preparatoria del XVI Congreso de la AIDP en Budapest*, 1999, pp. 119-123.

caso con el refuerzo garantista que proporcionaba la presencia del Juez Instructor³¹.

4. AUTORIDADES COMPETENTES

De conformidad con el art. 263 LEcrim la entrega vigilada puede ser autorizada por los Jueces de Instrucción, el Ministerio Fiscal y determinados mandos policiales (Jefes de las Unidades Orgánicas de Policía Judicial, centrales o de ámbito provincial y sus mandos superiores).

Este precepto determina quiénes están facultados para acordar la entrega vigilada pero no delimita cuándo deberá establecerse, si durante la instrucción de una causa, o en una investigación llevada a cabo por el Ministerio Fiscal o en las diligencias policiales.

Los Jueces de Instrucción podrán otorgar esta medida, mediante auto motivado y darán traslado de copia al Juzgado Decano de su jurisdicción para su registro³². Al establecerse esta remisión genérica, se puede plantear una cuestión problemática relacionada con la determinación de quién será el juez de instrucción que deberá instruir la causa, si el primero que tiene conocimiento del tráfico ilícito de las sustancias tóxicas y que ya ha iniciado las respectivas diligencias o el juez del domicilio en el partido judicial donde se realizará la apertura del paquete y se procederá a la detención de las personas implicadas. De conformidad con el art. 18. 2 LECrim, se prevé que será competente para actuar quien realizó la primera actuación. No hay que olvidar tampoco que en el supuesto de que se trate de una infracción grave de narcotráfico, que sea una actividad cometida por una organización, y la remesa circula por distintos lugares dentro de Estado³³, sería el Juez Central de Instrucción el competente para otorgar o no esta medida (art. 65 LOPJ).

En definitiva, conviene resaltar que la regla general será la reserva jurisdiccional en su adopción³⁴. Ahora bien, puede que razones de urgencia o excepcionales permitan o aconsejen que esta resolución sea adoptada por la

31 STS, N.º 700, 18 de junio 2009.

32 Es llamativo que en el supuesto que sea la Fiscalía o las autoridades orgánicas de la Policía Judicial no se ha contemplado tal obligatoriedad. Así lo pone de manifiesto NÚÑEZ PAZ, M.A. / GUILLÉN LÓPEZ, G., "Entrega vigilada, agente encubierto y agente provocador: análisis de medios de investigación en materia de tráfico de drogas", cit., p. 104.

33 MOLINA PÉREZ, T., "La entrega vigilada por narcotráfico en el ordenamiento jurídico", cit., p. 26.

34 Entendiéndose como "regla y presupuesto inexcusable de la legitimidad, o si se prefiere, de la licitud de la medida y, en consecuencia, de los resultados obtenidos con su práctica", LÓPEZ YAGÜES, V., Breve reflexión acerca de la eficacia en la lucha contra la criminalidad organizada como reto y la circulación y entrega vigilada de drogas u otros bienes como instrumento para su consecución, en *Los retos del Poder Judicial ante la sociedad globalizada: Actas del IV Congreso Gallego de Derecho Procesal (I Internacional)*, A Coruña, 2 y 3 de junio de 2011 / coord. por Ana María Neira Pena; Agustín J. Pérez-Cruz Martín (dir. congr.), Xulio Ferreira Baamonde (dir. congr.), 2012, p. 538.

policía judicial de forma fundada, siempre y cuando lo notifiquen inmediatamente a la autoridad judicial o al Ministerio Fiscal competente. En este caso, en su redacción originaria, la notificación de esta medida sólo mencionaba a la “Fiscalía Especial para la prevención y represión del tráfico ilegal de drogas”, lo que provocó dificultades en la práctica cuando se trataba de organizaciones que limitaban su actuación a la demarcación judicial de un determinado tribunal superior de justicia o audiencia provincial³⁵.

5. REQUISITOS PARA SU ADOPCIÓN

Esta medida deberá acordarse mediante resolución fundada, en la que se determine, en cuanto sea posible, el objeto de autorización o entrega vigilada, así como el tipo y cantidad de la sustancia de que se trate³⁶. Es decir, han de existir, indicios de criminalidad, ya bien porque sea uno de los delitos contemplados en el listado del art. 263 bis, o estén comprendidos dentro de los delitos graves.

El primer requisito atiende a la exigencia de que el recurso a la entrega vigilada se haga “caso por caso” (art. 263 bis 3 LECrim). De ese modo se evitan que puedan permitirse entregas vigiladas genéricas o indiscriminadas. En la resolución se deberán plasmar la identificación, o al menos, la determinación de los autores de la entrega.

El principio de necesidad se encuentra previsto en el segundo apartado del art. 263 bis 1, en relación con el último inciso del número segundo del mis-

35 STS N.º 128, 5 de febrero 1997: “Con referencia a los otros extremos del motivo, el precepto en cuestión no dice que ello tenga que ser acordado por el Fiscal Antidroga, pese a que a la promulgación del art. 263 bis, ya estaba constituida y en funcionamiento dicha Fiscalía y pese a señalar al Juez de Instrucción competente, se limita *in genere* al Ministerio Fiscal. El tema fue planteado en la instancia, recibiendo una condigna respuesta en la sentencia recurrida, a lo que poco más puede añadir esta Sala, salvo que como afirma el Excmo. señor Fiscal en su escrito de oposición al recurso el que figure en el apartado 3 del precepto en cuestión una concreta y determinada obligación para los funcionarios de la Policía Judicial, no significa que cuando la competencia no corresponde a dicha Fiscalía Antidroga, como ocurre en el caso enjuiciado, en que la competencia ha sido de la Audiencia Provincial de Madrid, con su respectiva Fiscalía, sea aquella la competente para autorizar la entrega controlada, con lo que el motivo yerra con tal interpretación y mucho más aún cuando pretende circunscribir la competencia de la Fiscalía, y más concretamente del Fiscal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid a la Sala de lo Penal de dicho Tribunal, con lamentable olvido que se extiende asimismo a la Sala de lo Civil, de lo Contencioso-Administrativo y de lo Social, así como a la Audiencia Provincial de dicha capital”.

36 Los requisitos autorizantes de la entrega vigilada son los siguientes: a) ámbito de esta técnica: está constituido por un listado cerrado que incluye los delitos de drogas tóxicas o estupefacientes.... b) naturaleza excepcional de la medida, que, aún admisible sólo en los delitos citados, exige que se trata de un caso de alta criminalidad, el párrafo 1º del art. 263 bis delimita como coordenadas dentro de las que puede acordarse esta técnica la importancia del delito y las posibilidades de vigilancia; c) autoridad competente, constituida por el Juez, Ministerio Fiscal o Jefe de las Unidades Orgánicas de Policía Judicial Central o Provincial. Vid. Sentencia Audiencia Provincial de Almería (Sección 1) N.º 178/2012 de 18 junio, STS N.º 249/2004 de 26 de febrero; STS N.º 2083/2001 de 10 de enero.

mo precepto. La adopción de esta medida ha de ser necesaria *a los fines de la investigación*, teniendo en cuenta *la importancia del delito* y con la finalidad de descubrir o identificar a las personas involucradas en la comisión de algún delito relativo a dichas drogas. De la redacción de tales normas parece claro que la adopción de esta medida no se justifica ni para combatir el *menudeo* de la droga sino para descubrir organizaciones de narcotraficantes, ni es procedente cuando tales narcotraficantes han sido plenamente determinados o identificados; y en segundo, que dicha diligencia integra un acto de investigación y no de prueba preconstituida, de tal manera que no puede por sí sola, esta diligencia fundar una sentencia de condena³⁷.

Finalmente, la resolución habrá de ser *fundada* o motivada. Este último requisito, que se erige en primera exigencia formal del principio de proporcionalidad³⁸, se entiende en el sentido de que las medidas han de ser proporcionadas a la afección de los derechos y las resoluciones autorizantes han de ser individualizadas.

En estos casos es fundamental valorar las probabilidades de éxito, ya que la utilización de esta técnica, como anteriormente mencionamos, entraña un riesgo, que implica la posibilidad de perder el control judicial a la operación iniciada³⁹.

37 STS N.º 323, 22 de marzo 2006.

38 STS N.º 766/2008 de 27 de noviembre: "De otro lado, en cuanto al juicio de proporcionalidad, hemos de afirmar que las medidas de control e inspección de los paquetes postales persiguen un fin legítimo, cuál es la prevención de la comisión de delitos, y son idóneas para alcanzarlo. Además, en la valoración de la proporcionalidad estricta del sacrificio individual que estas medidas comportan en relación con el beneficio en los intereses generales se ha ponderar, de un lado que, como ya hemos señalado, al contratar el servicio de envío el titular formula una aceptación tácita de las condiciones en que este se presta; igualmente se ha ponderar la escasa entidad de los perjuicios provocados por la injerencia en el derecho fundamental derivada de las distintas formas en que es posible acceder al conocimiento del contenido de los paquetes y del poco tiempo de interrupción del envío que su ejecución requiere. Por consiguiente, la inspección del paquete postal, el conocimiento del contenido del mismo, así como de los datos relativos a destinatario y remitente, no vulneraría tampoco el derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE (RCL 1978, 2836)), en caso de que el paquete postal en las circunstancias del caso contuviera un objeto de carácter personal o íntimo."

39 Fiscalía especial Antidroga, *Memoria 2015*, p. 290: "Se ha optado por registrar específicamente como entregas vigiladas estos medios especiales de investigación, ya que en muchos casos se trata de supuestos en que se cubre el trayecto en territorio español de sustancias que proceden y van destinados a terceros países, sin que generen información de actividad delictiva en España suficiente como para incoar diligencias de investigación. En 2014 se han incoado 7, seis menos que el año 2013, con una reducción del 46,15%. Han sido las siguientes: – 1/2014: Solicitud de las autoridades peruanas de una entrega controlada de un contenedor; dejada sin efecto a instancia de la autoridad requirente. – 2/2014: Entrega controlada de dos contenedores, archivadas por no encontrarse droga en su interior. – 3/2014, paquete con hachís, tránsito de Marruecos a Bélgica. – 4/2014, circulación vigilada de una furgoneta con hachís desde Marruecos a Francia, dejada sin efecto. – 5/2014, paquete con cocaína de Gran Bretaña a España, detenido el destinatario, remitidas al Juzgado de Instrucción N.º 31 de Barcelona, diligencias previas 4500/2014. – 6/2014, paquete con cocaína de Gran Bretaña a España, remitidas al Juzgado de Instrucción N.º 19 de Madrid, diligencias previas 6516/2014. – 7/2014, circulación

6. PRÁCTICA

Tal y como dispone el art. 263, apartado 4, “la interceptación y apertura de envíos postales sospechosos de contener estupefacientes y, en su caso, la posterior sustitución de la droga que hubiese en su interior se llevarán a cabo respetando en todo momento las garantías judiciales establecidas en el ordenamiento jurídico, con excepción de lo previsto en el art. 584 de la presente ley”. Excepción que se refiere a la necesidad de que para la apertura y registro de la correspondencia postal se cite al interesado. Esta operación se puede presenciar por propio interesado o por la persona que designe. La justificación de esta excepción se comprende si atendemos a la propia finalidad de la entrega vigilada. Si el objetivo de la misma es precisamente, no incoar actuaciones penales en el momento que se detecta un envío sospecho para poder descubrir posteriormente a los principales responsables de la trama delictiva, no tendría ningún sentido que se informara al interesado⁴⁰.

A este respecto, hay que precisar que el Tribunal Supremo ha impuesto una limitación a las fuerzas de seguridad ya que sus investigaciones deben tener como único objetivo el descubrimiento del delito ya cometido o que se está cometiendo, sin que pueda extenderse a provocar o inducir la conducta delictiva de personas inicialmente ajenas a dicha actividad⁴¹.

vigilada de un camión desde Marruecos a Francia, archivadas por no haberse realizado la operación.”

- 40 Es cierto, como indica SAMPEDRO ARRUBLA, C., que “la característica del agente que vigila parece ser la contradicción entre lo que aparentemente pretende y lo que realmente persigue, es decir, la contrariedad entre su fuero interno, motivado por el logro de la responsabilidad penal de los partícipes en la conducta que se vigila, por un lado, y, por otro, su omisión (de interés para el derecho penal) en tanto aporte a la comisión del hecho no frustrado”. SAMPEDRO ARRUBLA, C., “La entrega vigilada”, en *Derecho penal y criminología: Revista del Instituto de ciencias penales y criminológicas*, vol. 30, N.º 89, 2009, p. 84.
- 41 STS N.º 1804/1992, de 21 de julio: “la jurisprudencia ha sido sensible y se ha hecho eco de estas situaciones. En principio esta Sala ha declarado la irresponsabilidad por hechos aparentemente punibles, pero en realidad causados por agente provocador de los mismos, sea este agente un particular o un miembro policial. Y ello por entender que la susodicha actividad provocadora, al inducir a error al sujeto activo de la supuesta infracción, menoscaba su libre iniciativa y con ello la voluntariedad de la acción proclamada dogmáticamente en el art. 1 del CP, o bien por entender, con criterio acaso más técnico, que la errónea actuación del sedicente culpable, constituiría un supuesto de tentativa inidónea, de delito putativo, entendido en amplio sentido, o, en fin, de delito aparente, pero en todo caso impune, dado que la imposibilidad de realización es inicial y preconstituida, estando descartado desde el principio al fin el peligro para el bien jurídico protegido. No obstante la validez y vigencia de expuesta doctrina, ha tiempo que también esta Sala ha extraído y exceptuado de tales consideraciones aquellos casos en que no se trata de provocar la comisión de un delito, sino de descubrir el ya cometido, importante matización especialmente aplicable a los delitos de tracto sucesivo, cual acontece con los de tráfico de estupefacientes. La fuerza policial, consciente de la existencia de una activa y plural conducta delictiva —generalmente desplegada a través de una red organizativa o merced a canales subterráneos u oscuros de distribución—, al ponerse en fingido contacto con conocidos presuntos agentes, no busca propiamente provocar la comisión del delito correspondiente contra la salud pública, sino poner al descubierto los canales por los que venía fluyendo el tráfico

Por otra parte, para disponerla, la policía debe previamente cerciorarse de la existencia de drogas en el interior del paquete postal⁴². En este sentido se ha planteado por parte de la jurisprudencia una posible afectación del derecho al secreto de las comunicaciones del art. 18.3 CE. Se puede afirmar que es posible y válida la apertura de paquetes sin autorización en aquellos supuestos en los que no contienen correspondencia sino que se trata de envíos postales que no se pueden acoger a la protección del art. 18.3 CE, tal y como pone de relieve la STS N.º 733/2014, de 12 de noviembre que contiene la *doctrina jurisprudencial* del TS en esta materia:

“Comienza la Audiencia por recordar la decisión del Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 4 de abril de 1995 que llegó al siguiente Acuerdo: “los paquetes postales debían ser considerados como correspondencia por la posibilidad de que contuvieran mensajes personales de índole confidencial, pero quedaban excluidos los que se enviaban abiertos o en régimen de etiqueta verde, en cuyos supuestos el reconocimiento de tales envíos postales podía efectuarse de oficio y sin formalidades especiales”.

Sin embargo con posterioridad tal Acuerdo ha sido superado por la *sentencia del Tribunal Constitucional 281/2006 de 9 de octubre (RTC 2006, 281)*, que entre otras cosas estableció lo siguiente:

- a) Se distingue el envío postal y la correspondencia postal, limitando a esta última la protección constitucional, y nos dice “la noción constitucional de comunicación postal es, en consecuencia, una noción restringida que no incluye todo intercambio realizado mediante servicios postales”. En este sentido “la comunicación postal es desde la perspectiva constitucional equivalente a la correspondencia”.
- b) Quedan excluidas de la protección constitucional “aquellos objetos —continente— que por sus propias características no son usualmente utilizados para contener correspondencia individual sino para servir del transporte y tráfico de mercancías”, y aquellos otros que “pudiendo contener correspondencia, sin embargo, la regulación legal prohíbe su inclusión en ellos, pues la utilización de un servicio comporta la aceptación de las condiciones del mismo”.
- c) Tampoco quedarían protegidos legalmente las comunicaciones abiertas y ello sucede “cuando es legalmente obligatoria una declaración externa de contenido, o cuando su franqueo o cualquier otro

con anterioridad a fin de cegarlos en lo posible, única forma de luchar con alguna eficacia contra esta forma de delincuencia de nuestro tiempo.”

42 Sobre un estudio profundo en esta materia vid MONTERO AROCA, J., *Detención y apertura de la correspondencia y de los paquetes postales en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia 2000, *passim*.

signo o etiquetado externo evidencia... que no puede contener correspondencia...”.

A su vez la recurrida también aduce en respaldo de su decisión jurisprudencia de esta Sala, entre la que es oportuno mencionar las siguientes sentencias:

- a) La N.º 404/2004 de 30 de marzo (RJ 2004, 2814) que declara que el transporte de mercancías no es comunicación postal, como puede deducirse a simple vista, dadas las características del envío, que por su configuración, dimensiones y peso se aleja del concepto de envío postal, apto para transmitir comunicaciones.
- b) La N.º 185/2007 de 20 de febrero (RJ 2007, 3181) que haciéndose eco de la sentencia del Tribunal Constitucional de 2006 nos dice “deben excluirse de la intervención judicial cuando se trate de paquetes expedidos bajo etiqueta verde (art. 117 del Reglamento del Convenio de Washington que permite la inspección aduanera), o cuando por su tamaño o peso evidencia la ausencia de mensajes personales o en aquellos envíos en cuyo exterior se hace constar su contenido”.
- c) La N.º 232/2007 de 20 de marzo (RJ 2007, 2245) , que establece los criterios interpretativos que deben regir, conforme a la S.T.C. 281/2006 de 9 de octubre. Merecen destacarse las tres siguientes:
 - 1) El envío de mercancías o el transporte de cualesquiera objetos, incluidos los que tienen como función el transporte de enseres personales —maletas, maletines, neceseres, bolsos de viaje, baúles, etc.— por las compañías que realizan el servicio postal no queda amparado por el derecho al secreto de las comunicaciones, pues su objeto no es la comunicación en el sentido constitucional del término.
 - 2) El art. 18.3 C.E. (RCL 1978, 2836) no protege directamente el objeto físico, el continente o soporte del mensaje en sí, sino que estos solo se protegen de forma indirecta, esto es, tan solo en la medida en que son el instrumento a través del cual se efectúa la comunicación entre las personas —destinatario y remitente—. Por consiguiente cualquier objeto —sobre, paquete, carta, cinta, etc.— que pueda servir de instrumento o soporte de la comunicación postal no será objeto de protección del derecho reconocido en el art. 18.3 C.E si en las circunstancias del caso no constituye el instrumento de la comunicación o el proceso de la comunicación o el proceso de la comunicación no ha sido iniciado.”

7. SUPUESTOS

Se pueden identificar diferentes supuestos de entrega vigilada: 1) Entrega vigilada sin apertura del paquete postal; 2) Con apertura del paquete y sustitución de su contenido.

7.1. Entrega vigilada sin apertura del paquete postal

La norma permite que varias autoridades o sus agentes dejen que la actividad delictiva siga realizándose, sin detener su desarrollo, con el fin de descubrir o identificar a las personas involucradas en la comisión de algún delito relativo al tráfico de drogas. De ese modo, puede perfectamente darse la posibilidad de que se produzca esa entrega vigilada sin necesidad de proceder a abrirse ningún envío postal. Así se pone de relieve en la STS núm. 58/1998, de 27 de enero:

“Uno es el caso de que se disponga de constancia fehaciente de la presencia de drogas en el paquete porque se ha procedido a su apertura y otro distinto, aquel en que sólo se dispone de sospechas sobre su existencia.

En el primer caso, la apertura previa para la comprobación del contenido sólo puede realizarse por el Juez de Instrucción o en algunos sistemas procesales, como el alemán, por el Ministerio Fiscal. La decisión de permitir la circulación y la entrega vigilada suele ir acompañada, en estos casos, de la sustitución total o parcial, de las drogas por sustancias inocuas.

Cuando solamente se tienen sospechas del contenido de drogas, sustancias estupefacientes o psicotrópicas, y no existe un procedimiento judicial abierto, la propia policía judicial puede decidir que los paquetes o bultos sigan su circulación hasta su punto de destino con objeto de descubrir o identificar a las personas involucradas en la comisión del delito. Esto es lo que ha sucedido en el caso presente por lo que la actuación policial se ha ajustado en todo a las previsiones legales, si bien no consta en las actuaciones que se diera cuenta a la Fiscalía especial para la prevención y represión del tráfico ilegal de drogas, defecto formal que en nada afecta a la validez y eficacia de la actuación policial y a la virtualidad probatoria del descubrimiento efectivo de la sustancia estupefaciente, si bien hubiera sido deseable que se hubiera cumplimentado este trámite.

Cumplidas las previsiones legales, el paquete llega a sus destinatarios, momento en que entran en juego las disposiciones establecidas para la detención, apertura y examen de la correspondencia previstas en los artículos 579 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. A partir de este momento, la apertura se lleva a efecto con estrecho respeto a las disposiciones legales, ya que intervino la autoridad judicial a cuya presencia fue abierto el paquete con la asistencia de los interesados que no eran otros que los detenidos. Compro-

bada la existencia de la droga, cuyo peso, naturaleza y precio en el mercado aparece reflejado en el hecho probado, se inician las actuaciones judiciales.”

Si se autoriza esta circulación⁴³, respecto del envío, existen varias opciones. O bien se efectúa mediante el servicio postal o se contrata un servicio de mensajería, o por agentes de la policía camuflados como empleados de la compañía. A continuación, si se procede a la recogida del paquete, se trasladará al sujeto a las dependencias judiciales.

7.2. Con apertura del paquete y sustitución de su contenido

Otra posibilidad hace alusión a que no se trate simplemente de autorizar la circulación y entrega vigilada, sino de permitir la sustitución de la droga por sustancia inocua. En este caso, nos encontramos ante un supuesto diferenciado al anterior ya que para proceder a la sustitución, es necesaria la apertura del paquete postal. Es importante advertir que la sustitución no es un elemento esencial de la operación vigilada, sino una mera posibilidad que se llevará a cabo o no en función de una adecuada ponderación de los riesgos de pérdida de la droga si la operación fracasa⁴⁴.

La función de inspección y detección de envíos sospechosos en la aduana española se atribuye al personal de aduanas, perteneciente al Equipo de Delincuencia Organizada y Antidroga (EDOA) de la Guardia Civil y al Servicio de Vigilancia Aduanera (SVA). Desde el Acuerdo del Pleno de la Sala II de 14 de noviembre de 2003⁴⁵, tiene encomendadas funciones propias de Policía Judicial, bajo la dependencia de los jueces de Instrucción y el Ministerio Fiscal. Asimismo puede producirse la detección en un país extranjero, tal y como comentamos en el siguiente apartado.

43 “Hay que recordar que no son las autoridades o sus agentes quienes ponen en circulación la droga, sino también que el ámbito de la autorización se limita a los comportamientos de simple tolerancia de conductas ajenas en las que no se interfiere ni en su inicio ni en su desarrollo”. GUINARTE CABADA, G., “La circulación o entrega vigilada de drogas”, *Cuadernos de política criminal*, N.º 55, 1995, p. 24.

44 VEGAS TORRES, J., “Detención y apertura de paquetes postales: especial consideración de la apertura de paquetes en el marco de las entregas vigiladas”, en *Tribunales de justicia: Revista española de derecho procesal*, 2002, N.º 8-9, 1997, p. 862.

45 *Acuerdo del Pleno de la Sala II de 14 de noviembre de 2003*: Cuestión: ¿El Servicio de Vigilancia Aduanera es Policía Judicial? ACUERDO, PRIMERO “El artículo 283 de la LECrim (LEG 1882, 16) no se encuentra derogado, si bien debe ser actualizado en su interpretación. SEGUNDO. El servicio de vigilancia aduanera no constituye Policía Judicial en sentido estricto, pero sí en sentido genérico del art. 283.1 de la LECrim (LEG 1882, 16), que sigue vigente conforme establece la Disposición Adicional Primera de la LO 12/95, de 12 de diciembre (RCL 1995, 3328) sobre represión del contrabando. en el ámbito de los delitos contemplados en el mismo tiene encomendadas funciones propias de Policía Judicial, que debe ejercer en coordinación con otros cuerpos policiales y bajo la dependencia de los jueces de instrucción y del ministerio fiscal. TERCERO. Las actuaciones realizadas por el servicio de vigilancia aduanera en el referido ámbito de competencia son procesalmente válidas.”

Cuando en territorio nacional se intercepta en la aduana un paquete sospechoso y se observa que en su interior existe un producto cuya densidad puede corresponder, por ejemplo a una sustancia estupefaciente, puede aplicarse la técnica de entrega vigilada y se procederá de la siguiente manera dependiendo de las circunstancias que a continuación especificaremos:

- a) Si se trata de un envío abierto (es decir, paquete postal con etiqueta verde, o que funcione como tal), se puede abrir por el personal de aduanas para examinar su contenido y extraer una muestra de la sustancia. Advertir que la existencia de la etiqueta verde o la identificación del contenido debe quedar acreditada aportándola a autos.
- b) En caso de correspondencia o paquete postal, se puede intentar extraer una muestra, mediante cualquier método que no requiera su apertura. Esto es permisible ya que la comunicación postal (sobre, paquete, carta, cinta de cassette o de vídeo, CD y DVD) no está protegida por el derecho al secreto de las comunicaciones⁴⁶. Así se deduce que resultan admisibles procedimientos como el empleo de perros adiestrados, escáner de rayos X o el punzamiento por parte de las autoridades aduaneras o fuerzas de seguridad. Lo relevante es el riguroso cumplimiento de todos los requisitos previstos en el protocolo de actuación, porque si la diligencia de apertura no fuera legal, las actuaciones podrán devenir nulas y la prueba obtenida sería ilícita. En el supuesto de que se sospeche que se trata de droga se le realizará a la sustancia el narcotest, y

46 STS N.º 766/2008, de 27 de noviembre: "El envío de mercancías o el transporte de cualesquiera objetos, incluidos los que tienen como función el transporte de enseres personales —maletas, maletines, neceseres, bolsas de viaje, baúles, etc.— por las compañías que realizan el servicio postal no queda amparado por el derecho al secreto de las comunicaciones, pues su objeto no es la comunicación en el sentido constitucional del término. Es la segunda que el art. 18.3 CE (RCL 1978, 2836) no protege directamente el objeto físico, el continente o soporte del mensaje en sí, sino que estos sólo se protegen de forma indirecta, esto es, tan sólo en la medida en que son el instrumento a través del cual se efectúa la comunicación entre dos personas —destinatario y remitente—. Por consiguiente, cualquier objeto —sobre, paquete, carta, cinta, etc.— que pueda servir de instrumento o soporte de la comunicación postal no será objeto de protección del derecho reconocido en el art. 18.3 CE si en las circunstancias del caso no constituyen tal instrumento de la comunicación, o el proceso de comunicación no ha sido iniciado (STC 137/2002, de 3 de junio (RTC 2002, 137), FJ 3); así, no constituyen objeto de este derecho cuando se portan por su propietario o terceros ajenos a los servicios postales, o viaja con ellos, o los mantienen a su disposición durante el viaje. Estos objetos, máxime si de sus características externas se infiere su destino al transporte de enseres personales o se hace constar en su exterior su condición de objeto personal o íntimo, quedarán, no obstante, protegidos por el derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE); y, por consiguiente, de conformidad con nuestra jurisprudencia constitucional, la ley podrá autorizar a la autoridad administrativa para su apertura o para proceder a inspeccionar y controlar su contenido por cualquier procedimiento, siendo requisito de la constitucionalidad de tal control o inspección su sujeción a las máximas derivadas del principio de proporcionalidad, esto es, ser necesaria para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo, idónea para alcanzarlo y que la concreta forma de control o inspección reporte en el caso menos sacrificios en el derecho individual que beneficios en los intereses generales."

de dar resultado positivo, se solicita un auto al Juzgado de Guardia competente para que autorice la entrega vigilada o están igualmente autorizados el resto de sujetos previstos a tales efectos, tal y como se indica *supra*. Es posible que se acuerde la sustitución de la sustancia por otra inocua para evitar el riesgo de pérdida de control sobre la sustancia ilícita.

8. ENTREGA VIGILADA INTERNACIONAL

Desde una perspectiva internacional, debemos tener en cuenta que el envío puede circular por varios países, de modo que los Estados afectados por el tránsito de mercancías sometidas a vigilancia, deben cooperar para lograr la consecución de un objetivo común: la lucha contra la criminalidad organizada y el reconocimiento de las entregas vigiladas como logros de la justicia penal⁴⁷. En este sentido en el plano internacional la entrega vigilada se adecuará a lo dispuesto en los tratados internacionales, para lo que se utilizarán los distintos medios previstos en la Oficina Central Nacional de Estupefacientes (OCNE)⁴⁸, INTERPOL, EUROPOL Y SIRENE⁴⁹.

Los aspectos más relevantes atienden en primer lugar a la determinación de la legislación nacional en la apertura del paquete, llegando a la conclusión de que será el principio de territorialidad de las leyes procesales el aplicable, por lo que se realizará la apertura de conformidad a la legislación del Estado en que se encuentre. Así pues, el tribunal español que juzgue el delito deberá tener en cuenta: a) la autoridad del Estado que autorizó y controló la apertura; b) el cumplimiento de la legislación reguladora de la apertura de dicho país; c) la aceptación de las diligencias instructoras realizadas por el juez de aquel país.

Asimismo, la jurisdicción competente para el enjuiciamiento de la causa penal, deberá recaer en el tribunal del país donde se haya detenido al sujeto, de modo que una vez juzgado, en virtud del principio *ne bis in idem*, reconocido por todos los Estados de Derecho, no podrá ser extraditado a otro, ni juzgado por los mismos hechos por otro tribunal de otro Estado. De ahí que se haya afirmado por la doctrina que en cierto modo la entrega vigilada puede conllevar una dejación de la soberanía⁵⁰.

47 UNODC, *Manual de técnicas especiales de investigación, agente encubierto, entrega vigilada*. Disponible en: <<http://bit.ly/227jxyq>>.

48 OCNE <<http://bit.ly/1Roz7IH>>.

49 *Supplementary Information Request at the National Entries* (SIRENE). Disponible en: <<http://bit.ly/1QsfXLt>>.

50 DELGADO MARTÍN, J., "La entrega vigilada de droga u otro elemento ilícito", en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, N.º 5, 2000, p. 1856.

Por último, no se puede olvidar la relevancia de las garantías procesales salvaguardadas al analizar el contenido del paquete, cuando la autoridad de un estado tercero comienza las diligencias. Con el fin del lograr el máximo respeto de esas garantías procesales, España ha suscrito una serie de tratados⁵¹ en materia de cooperación judicial. Destaca el Convenio Europeo de Asistencia Judicial en materia Penal⁵², hecho en Estrasburgo el 20 de abril de 1959. Se pretende de este modo establecer un marco de cooperación internacional para dar respuesta a todos estos aspectos y proporcionar garantías al justiciable.

El art. 3 del mencionado Convenio dispone que sea la legislación del país en el que se practican y obtienen las pruebas la que debe regir respecto al modo de practicarlas u obtenerlas en la forma que su legislación establezca⁵³. Por consiguiente cuando la detección se produce en el extranjero, no es la legislación española la que debe tenerse en cuenta para valorar el modo de detección, sino la de aquel país⁵⁴, aunque en el ámbito del espacio judicial europeo las garantías de imparcialidad judicial y el valor de los actos practicados se dan por asegurados.

En este contexto, el *Manual de la Unión Europea sobre entregas vigiladas internacionales* de la EUROPOL de 2009 proporciona al país de destino o tránsito la siguiente información:

- 1) Razones o motivos de la operación;
- 2) Información de los hechos que la justifican;
- 3) Tipo y cantidad de drogas u otras mercancías;
- 4) Puntos de entrada y salida previstos del Estado al que se dirija la solicitud;
- 5) Medios de transporte e itinerarios;
- 6) Identidad de los sospechosos, nombre, fecha de nacimiento, domicilio, descripción física, etc.;
- 7) Autoridad responsable de la operación;
- 8) Indicaciones sobre el Jefe de Investigación encargado de la operación y los medios de contacto;

51 En detalle vid. ALCOLADO CHICO, M^a. T., "La entrega vigilada: Marco europeo y acuerdos de España con terceros estados", en *Revista jurídica de Asturias*, N.º 38, 2015, pp. 78-97.

52 BOE N.º 223, de 17 de septiembre de 1982.

53 STS N.º 699/2004, de 24 de mayo.

54 STS N.º 382/ 2000 de 8 de marzo: "[...] en el ámbito del espacio judicial europeo no cabe hacer distinciones sobre las garantías de imparcialidad de unos u otros jueces ni del respectivo valor de los actos ante ellos practicados en forma".

- 9) Detalles sobre los agentes de policía, aduanas o de otros servicios encargados de la ejecución de las leyes que apoyan la operación;
- 10) Detalles sobre las técnicas especiales propuestas (agentes encubiertos, dispositivos de seguimiento...);
- 11) La obligación de comunicar a la Delegación de Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas, las entregas vigiladas, cuando se trate de operaciones incluidas en la Instrucción N.º 2/1996, de dicha Delegación.

Siguiendo en el ámbito europeo⁵⁵ procede comentar brevemente las conclusiones alcanzadas mediante el informe emitido por Eurojust conocido como *Implementation Report of the Action Plan on Drug Trafficking Strategic project: Enhancing the work of EUROJUST in drug trafficking cases TRCT DT Project Team*, de 14 de enero de 2015. Este documento persigue, entre otros objetivos, identificar las principales cuestiones relacionadas con la entrega vigilada en la cooperación judicial y saber cuál es el papel que desempeña Europol y Eurojust⁵⁶.

Como advertencia preliminar se apunta que Eurojust todavía tiene una experiencia limitada en cuanto a su participación de sus estados miembros en la autorización y coordinación de entregas vigiladas. El documento identifica cuatro apartados diferenciados:

En primer lugar se aborda la cooperación entre Estados Miembros en las entregas vigiladas internacionales. Entre los obstáculos legales y prácticos más significativos aparecen, entre otros:

- El desconocimiento con antelación de la ruta exacta
- Dificultades o retrasos en la obtención del permiso de otros Estados Miembros para implantar GPS/mecanismos de vigilancia en vehículos sospechosos de transportar drogas
- Dificultades o retrasos en la identificación de las autoridades competentes en otro estado miembro o en obtener su autorización para las entregas vigiladas
- Dificultades relacionadas con las diferencias entre los requisitos exigidos en los Estados Miembros respecto a la sustitución de las drogas ilícitas
- Insuficiencia de recursos cuando las entregas vigiladas tienen lugar en un momento inesperado, durante la noche o durante el fin de semana

55 European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction (EMCDDA), Legal aspects of controlled deliveries. Disponible en: <<http://bit.ly/1k2A58E>>.

56 EUROJUST, *Issue in focus number 1 "Cross-border controlled deliveries from a judicial perspective"*. Disponible en: <<http://bit.ly/1k2Aesy>>.

- Agentes encubiertos de carácter transfronterizo
- Problemas relacionados con la admisibilidad de la prueba

Otros obstáculos también apuntados se refieren a las diferencias entre las legislaciones de los Estados Miembros en cuanto a las posibilidades de compartir información, las diferencias entre los equipamientos técnicos. La posición de los informadores también depende de las legislaciones internas, etc.⁵⁷

La segunda parte se dedica a analizar la cooperación con Terceros Estados. En este ámbito, los principales obstáculos hallados se refieren a la falta de respuesta o el retraso por parte de los terceros países tales como los latinoamericanos (pej Venezuela o Bolivia), del sudeste asiático (pej Vietnam), y otros como Marruecos y Líbano. Las soluciones pueden alcanzarse por la vía diplomática.

A continuación se centra en el papel que desempeña Eurojust y Europol en las entregas vigiladas. Son varios los países que reconocen la labor de apoyo efectuada mediante reuniones, identificación de autoridades competentes de los países miembros, intercambio de información, procesamiento y análisis de información obtenida durante las entregas vigiladas.

Por último se dedica la parte final a recopilar los comentarios y recomendaciones para mejorar el sistema de las entregas vigiladas en el contexto europeo. Destaca sobre todas, la relativa a la necesidad de armonización de los requisitos legales para las entregas vigiladas, en concreto, tener en cuenta las diferencias en la legislación de los Estados Miembros en relación con las autoridades competentes para autorizar la entrega vigilada ya que en algunos países es la policía, mientras que en otra se requiere la autorización judicial, siendo especialmente interesante, la sugerencia de Alemania de configurar una lista o mapa de las autoridades competentes para las entregas vigiladas en todos los estados miembros, similar al *European Judicial Network* (EJN Atlas)⁵⁸.

Asimismo resulta conveniente indicar las recomendaciones sugeridas por el *Manual de técnicas especiales y de investigación, agente encubierto y entrega vigilada*⁵⁹. Dichas recomendaciones se refieren a los siguientes aspectos:

- a) Reconocimiento de las entregas vigiladas como logros de la justicia penal

57 Vid. Tabla 2, *The most reported obstacles in controlled deliveries*, Ibídem, p. 8.

58 Disponible: <<http://bit.ly/1IPGHcf>>.

59 Manual elaborado en el seno de UNODC y en el que el equipo técnico se hallaba compuesto por el Ministerio Público y la Policía boliviana, la Oficina contra la droga y el delito de Bolivia de Naciones Unidas y la Oficina contra la Droga y el Delito, Programa de asistencia legal para América Latina y el Caribe, Sobre la entrega vigilada especialmente pp. 34-42. Documento disponible en: <<http://bit.ly/227jxyq>>.

- b) Coordinación entre organismos
- c) Reducción de los riesgos al mínimo
- d) Necesidad de reglamentación
- e) Leyes o directrices flexibles
- f) Funcionarios públicos encargados de autorizar las entregas
- g) Ámbito de aplicación de las entregas vigiladas
- h) Aspectos probatorios
- i) Cuestiones específicas en materia de cooperación internacional

En síntesis se puede observar que desde el punto de vista regional, tanto en el ámbito europeo, como en latinoamericano, hay abundantes coincidencias en cuanto a las dificultades que se encuentran en relación con la práctica de la entrega vigilada.

9. A MODO DE CONCLUSIÓN

La lucha contra la criminalidad organizada transnacional conlleva la necesidad de adaptar las técnicas de investigación tradicionales a las nuevas formas delictivas que surgen en toda la comunidad internacional. La circulación o entrega vigilada de sustancias, materiales u otros bienes ilícitos aparece como un instrumento idóneo que tiene como finalidad la identificación, detención y procesamiento de los delincuentes que han participado en el delito.

Tal medida consiste en una excepción a la regla general del deber de denunciar que se justifica precisamente en la finalidad perseguida. Ante la trascendencia de tal posibilidad, es necesario que se delimite el ámbito de aplicación objetivo, teniendo en cuenta las posibles actualizaciones dependiendo de las necesidades prácticas con las que se encuentran los operadores jurídicos. Asimismo es imprescindible que exista a nivel internacional una armonización en relación con las autoridades que pueden proceder a la adopción de tal medida, ya que se identifica como uno de los principales obstáculos tanto a nivel europeo como latinoamericano. Esta medida deberá acordarse por resolución judicial fundada respetando el principio de proporcionalidad y solo en aquellos casos en los que sea necesario.

En cuanto a las modalidades que pueden darse cuando se procede a la adopción de una entrega vigilada, se debe distinguir entre la simple circulación vigilada, de la posibilidad de proceder a la apertura del paquete y a la sustitución de su contenido.

En definitiva, estamos ante un método de investigación más con el que cuentan las autoridades de los ordenamientos internos para poder combatir la criminalidad organizada desde una perspectiva internacional.

CIRCULACIÓN Y ENTREGA VIGILADA

Julián López-Muñoz*

Profesor en la Universidad CEU San Pablo
Madrid

SUMARIO: 1. La entrega vigilada. 2. Pertinencia de la entrega vigilada. 3. Autorización de la circulación o la entrega. 4. Aspectos prácticos.

1. LA ENTREGA VIGILADA

Entre las técnicas de investigación sumarial capaces de ponerse en práctica con altas cotas de aceptación y resultados objetivos positivos, utilizados en el proceso de investigación e instrucción de causas criminales por parte de policías, jueces y fiscales; y empleado para luchar contra el crimen organizado, junto a otras figuras jurídicas tales como la del agente encubierto, el colaborador, el confidente o informador, el arrepentido, el testigo protegido, o el agente provocador; está la "circulación y entrega vigilada", herramienta legal utilizada para hacer aflorar métodos delictivos transnacionales, perfeccionados bajo apariencias de originalidad insospechadas, difíciles de desentrañar salvo con la ayuda de estas iniciativas generalmente sustentadas por la ley o en otros casos por la jurisprudencia. El Acuerdo de Schengen, firmado por la República Federal Alemana, Francia y el Benelux, el 14 de junio de 1985, en su articulado, preveía un compromiso de combatir enérgicamente en cada uno de los territorios firmantes, el tráfico ilícito de estupefacientes y coordinar acciones en este campo. Se comprometían, con intenciones de futuro, a combatir la lucha contra la criminalidad y también contra tráficos ilícitos, además de prever futuras armonizaciones de legislaciones en materia de estupefacientes, armas y explosivos, entre otras necesidades. Quedaba por tanto la cooperación policial y judicial, a expensas del futuro.

La primera alusión a la herramienta procesal de la "entrega vigilada" aparece en el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, que sería firmado por las partes el 19 de junio de 1990. Y al que se adhirió España en junio de 1991. Plasma, dentro de los compromisos de colaboración entre Estados firmantes, la necesidad de que "las partes se comprometan a tomar medidas

* Profesor Grado en Derecho y Criminología-Facultad de Derecho en la Universidad CEU San Pablo Madrid

que permitan las entregas vigiladas en el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas”, para ello tendrían que acordar previamente poner en práctica esta acción y podían conservar la dirección, el control de las actuaciones de investigación y la intervención, cuando esto se materializara en su territorio¹. Esta figura de la entrega vigilada fue incluida posteriormente en el ordenamiento jurídico español obligado por la adopción de los compromisos asumidos con la adhesión de España a los dictados en la Convención de Viena² contra el tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, de 1988, que abordaba además de la entrega vigilada otras situaciones como los Estados de tránsito incluidos en el traslado de este tipo de sustancias, la incautación y embargo preventivo de bienes procedentes del delito, la extradición, el decomiso, o la asistencia jurídica recíproca.

La insuficiencia demostrada para hacer frente al tráfico de estupefacientes, y no solo contra estas sustancias en exclusividad, se pretendió corregir con la entrada en vigor en el Derecho Procesal español de la Ley Orgánica 8/92, de 23 de diciembre, que introdujo una importante modificación, al incorporar a su texto el artículo 263 bis, que permite materializar entregas controladas de drogas o sustancias que la sustituyan y no solamente con la autorización del juez o fiscal correspondientes, sino también con la autorización de los jefes de unidades orgánicas de Policía Judicial, o sus mandos superiores. Esta ley fue reforzada por la LO. 5/1999, de 13 de enero, que regulaba la “entrega vigilada” referida al tráfico de drogas y se hacía extensible también a otras formas de criminalidad organizada no relacionadas con este tipo de tráficos³. Esta extensión, como indica la exposición de motivos, está en concordancia con la obligación impuesta a los Estados Parte en el artículo 11 de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas y con la necesidad de combatir otras formas de criminalidad organizada, no relacionadas con el tráfico de drogas, con la

- 1 CONVENIO DE APLICACIÓN DEL ACUERDO DE SCHENGEN de 14 de junio de 1985, entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la república Federal de Alemania y de la República Francesa, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes. “Artículo 73 1. De acuerdo con su Constitución y su ordenamiento jurídico nacional, las Partes contratantes se comprometen a tomar medidas que permitan las entregas vigiladas en el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas”
- 2 Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, 1988. “Por entrega vigilada se entiende la técnica consistente en dejar que remesas ilícitas sospechosas de estupefacientes, sustancias sicotrópicas, [...] o sustancias por las que se hayan sustituido las anteriores mencionadas, salgan del territorio de uno o más países, lo atraviesen o entren en él, con el conocimiento y bajo la supervisión de sus autoridades competentes, con el fin de identificar a las personas involucradas en la comisión de delitos.
- 3 NÚÑEZ PAZ, M y GUILLÉN LÓPEZ, G., “Entrega vigilada, agente encubierto y agente provocador. Análisis de los medios de investigación en materia de tráfico de drogas” en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Ed. Ministerio de Justicia, vol. LXI, 2008, pp. 98-99 “Seguramente, la extensión en el manejo de esta técnica de investigación obedeció a que el Estado pretendía aprovechar las bondades que —aparentemente— se le atribuyen a la medida”

mayor eficacia posible; aunque para autores como ZARAGOZA⁴ algunas de las conductas que se mencionan en el artículo 263 bis de la Lecr., no merecen el calificativo de graves siendo uno de los parámetros que determinan el uso de esta técnica de investigación la importancia del delito, por lo que se podrían contravenir los principios de subsidiariedad y proporcionalidad al aplicar esta medida de excepción que es la de la entrega vigilada⁵; dado que “otras sustancias prohibidas” podría significar los precursores químicos, pero también podría entenderse otras sustancias de tráfico prohibido como las nocivas para la salud a las que se refiere el artículo 359 del Código Penal⁶. Igualmente se refiere el artículo 263 bis a los bienes y ganancias; entre ellos podrían citarse no solo los activos sino también las armas, ejemplo se tiene en el pago de cocaína procedente de los cárteles colombianos con fusiles kalashnikov sobrantes tras la caída del telón de acero y controlados por la “mafia rusa”. También la L.O. 5/99 prevé en su artículo segundo, donde se desarrolla la figura del Agente encubierto, que a los fines previstos en el artículo anterior, es decir, de la entrega vigilada, admite como remesas que pudieran ser controladas mediante esta técnica procesal, además de drogas y sustancias psicotrópicas, las que contengan especies protegidas de flora y fauna, moneda falsa, armas y municiones, o material nuclear y radiactivo.

2. PERTINENCIA DE LA ENTREGA VIGILADA⁷

La circulación y entrega vigilada consiste en la autorización para que remesas ilícitas o sospechosas de drogas tóxicas, sustancias psicotrópicas u otras sustancias prohibidas, o las sustancias por las que se hayan sustituido, circulen por territorio español, lleguen desde fuera o lo atraviesen y salgan con destino a un tercer país, sin ser interferidas aunque sí vigiladas, para identificar a las personas involucradas en la comisión de los hechos delictivos.

La puesta en marcha de una operación de tráfico de drogas puede generarse en territorio español, o puede haberse generado fuera con la pretensión de finalizar en el mercado nacional o simplemente utilizar nuestro país como lugar de paso o tránsito hacia otros. En cualquier caso la autoridad judicial actúa para permitir que bajo la vigilancia de funcionarios de policía y por tanto

4 “Nuevos instrumentos procesales en la lucha contra la delincuencia organizada. Especial referencia a las Leyes Orgánicas 19/94 y 5/99” en *Primeras jornadas internacionales de derecho procesal*, Málaga abril de 1999.

5 MOLINA PÉREZ, T., “La entrega vigilada por narcotráfico en el ordenamiento jurídico”, en *Anuario jurídico y económico escorialense*, XL, Real Centro Universitario “Escorial-María Cristina”, San Lorenzo del Escorial, 2007, p. 24.

6 Código Penal. Artículo 359 “El que, sin hallarse debidamente autorizado, elabore sustancias nocivas para la salud o productos químicos que puedan causar estragos, o los despache o suministre, o comercie con ellos [...]”

7 LOPEZ MUÑOZ, J., *Criminalidad Organizada. Aspectos jurídicos y criminológicos*, Dykinson, Madrid, 2015, p. 171

bajo el imperio del Estado, se lleve a cabo el control de la actividad delictiva, y parasitaria del tráfico ilícito, aprovechándose del derecho a la libre circulación de personas y mercancías que sirve de base y cobertura para las idas y venidas de la droga, sustancias o materiales necesarios para el delito.

La pertinencia de *dejar hacer*, aunque sea un delito ese tráfico, viene decidida de forma extraordinaria por el juez con la finalidad de colaborar con otro Estado en la obtención de pruebas o de obtenerlas para el propio proceso penal, que ya se ha iniciado con la instrucción del procedimiento y que incluye al menos un mínimo de vigilancia sobre las personas hasta entonces conocidas de pertenencia a la organización o al grupo criminal, o sobre las mercancías o efectos de los que se posee información para detectar las personas involucradas en todo el proceso⁸. Hay que tener en cuenta que en la mayor parte de las actuaciones procesales la entrega vigilada no está huérfana y va acompañada de otras técnicas autorizadas como son las intervenciones telefónicas, el agente encubierto o la colaboración de testigos.

3. AUTORIZACIÓN DE LA CIRCULACIÓN O LA ENTREGA

El juez de instrucción, con la obligación de trasladar copia de la resolución adoptada al juez decano del que dependa, autorizará el control sobre la circulación o la entrega de las sustancias objeto de vigilancia. La citada copia también deberá hacerla llegar al fiscal, a los jefes de las Unidades Orgánicas de Policía Judicial, a nivel central o provincial. Los mandos superiores de los policías investigadores también podrán autorizar, de manera extraordinaria, esta medida dando inmediatamente cuenta por el medio más rápido al Ministerio Fiscal. No queda suficientemente aclarado por la norma, el marco de competencia que cada operador precisa para dar inicio al procedimiento de control. Es de suponer que se lleva a cabo dentro de una instrucción judicial, y que también puede llevarse a cabo dentro de unas diligencias de investigación iniciadas por la fiscalía, o en el marco de una investigación policial que aún no ha sido judicializada.

Llama la atención, para algunos autores que órganos ajenos al poder judicial puedan llevar a cabo la medida extraordinaria de iniciar un control en un

8 NUÑEZ PAZ, M y GUILLÉN LÓPEZ, G., cit. p. 100. "Cabe señalar que los destinatarios y, en su caso, los remitentes, de los citados paquetes suelen ser de tres tipos: falsos por ser inexistentes, bien miembros de baja jerarquía dentro de la organización criminal, bien personas desvinculadas que, a cambio de una compensación económica, aceptan pasar destinatarios-remitentes, e incluso ir a recoger la remesa, por lo que es difícil que mediante esta técnica se pueda detener —por lo menos en un primer momento— a los jefes de la organización criminal que trafica con las sustancias que contienen tales envíos. Junto con lo anterior, hay que tomar en cuenta que el sólo hecho de que una persona aparezca como destinataria de una remesa o acuda a recoger el paquete, no siempre constituye prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, ya que puede alegar —en determinado momento— que desconocía el contenido del envío, por lo que su probable culpabilidad quedaría sometida a la aprueba de indicios."

itinerario de sustancias prohibidas o en la entrega de las mismas, entre otras razones porque son órganos independientes entre sí. A mi entender es una medida acertada que procura la puesta en marcha de manera temprana para conseguir actuar con eficacia, dado que en ocasiones la información llega con premura de tiempo sin dar alternativa a la tardanza en el planteamiento operativo. No obstante hay que señalar que en el caso de la Policía Judicial esta, aunque forma parte de la estructura orgánica del Ministerio del Interior, y a tenor de la L.O. del Poder Judicial⁹, depende funcionalmente de la Autoridad Judicial y del Ministerio fiscal, en aquellos asuntos que estos conozcan manteniendo el carácter de comisionados de la Autoridad judicial o fiscal, y en su función de investigar el delito y aseguramiento de delincuentes, pruebas y efectos está obligada a actuar no solo a requerimiento de la Autoridad Judicial, del Ministerio fiscal o de sus superiores policiales sino también por propia iniciativa a través de estos últimos, ya que existen diligencias de prevención que en ocasiones si no se toma la decisión de llevarlas a cabo en un momento determinado puede consumarse el hecho delictivo y quedar impune.

Se dan garantías suficientes para que los jefes de las Unidades Orgánicas de la Policía Judicial, y sus superiores cumplan rigurosamente la excepcionalidad de esta ley que les autoriza iniciar un servicio, conducente a una entrega controlada: Por un lado la misma ley preceptúa que debe dar "cuenta inmediata" al Ministerio Fiscal si no existe procedimiento judicial abierto, y si existiera procedimiento abierto tendrá que comunicarlo inmediatamente al Ministerio Fiscal y al Juez de Instrucción competente. Por otro si no son escrupulosos en su cometido de informar inmediatamente, los jueces o tribunales y el Fiscal pueden instar la potestad disciplinaria para depurar responsabilidades profesionales¹⁰, que pueden llegar incluso a convertirse en responsabilidades

9 Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, modificada por la L.O. 19/2003, de 23 de diciembre. Art. 548 "Se establecerán unidades de Policía Judicial que dependerán funcionalmente de las autoridades judiciales y del Ministerio Fiscal en el desempeño de todas las actuaciones que aquellas les encomienden". También el R.D. 769/1987, de 19 de junio, sobre regulación de la Policía Judicial. Revisado por R.D. 54/2002, en su Art. 6 mantiene respecto a las Unidades de Policía Judicial que: "La Policía Judicial con la composición y estructuración que en esta norma se determinan, desarrollará, bajo la dependencia funcional directa de los jueces y Tribunales y del Ministerio Fiscal, funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente, con arreglo a lo dispuesto en la Ley". Igualmente la Ley Orgánica 2/1986 de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, preceptúa en su artículo 31.1, que: "En el cumplimiento de sus funciones, los funcionarios adscritos a Unidades de Policía Judicial dependen orgánicamente del Ministerio del Interior y funcionalmente de los Jueces, Tribunales o Ministerio Fiscal que estén conociendo del asunto objeto de su investigación".

10 R.D. 769/1987, de 19 de junio, sobre regulación de la Policía Judicial. Revisado por R.D. 54/2002, en su Art. 17 mantiene: "Con independencia de las facultades conferidas por la ley de Enjuiciamiento Criminal a la Autoridad Judicial y al Ministerio Fiscal, el Juez o Tribunal del que dependan los funcionarios adscritos a las Unidades Orgánicas de Policía Judicial o, en su caso, el Fiscal competente, podrá instar el ejercicio de la potestad disciplinaria respecto de aquellos cuando fundadamente entiendan que su conducta ha sido merecedora de sanción. A tal efecto podrán practicar las informaciones reservadas que consideren pertinentes".

penales. Y finalmente para evitar la aplicación del Régimen Disciplinario de cada cuerpo policial, por mala *praxis*, el funcionario tenderá a realizar su trabajo con escrupulosa aplicación de la ley, en casos de urgencia y siempre que no haya podido contactar con el Ministerio Fiscal o el Juez competente, algo improbable de no conseguir con las nuevas tecnologías.

En numerosas ocasiones primará el principio de oportunidad ante el de legalidad, sobre todo al inicio del servicio ordenado por los mandos policiales en los primeros momentos en los que aún no se ha logrado contactar con el juez o el fiscal competentes para llevar a cabo la preceptiva comunicación, es probable que dé tiempo a que se sustituya la sustancia prohibida por otra inocua, de cuya naturaleza tampoco dice nada la ley y habrá que recurrir a la inventiva de los agentes policiales. También puede ocurrir que se pierda el control de los objetivos, e incluso que se llegue a perder la droga y los miembros de la organización se queden sin descubrir. En este caso la Policía Judicial ha de actuar conforme a la ley, y podrá ocurrir que detenga a parte de los delincuentes e incaute la sustancia prohibida, o que no. De cualquier manera solamente las fuerzas policiales serán los responsables del fracaso en la operación y responderán ante la Autoridad judicial que corresponda.

Respecto al principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal cabe apuntar que este debe de adoptarse, según Recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa¹¹, en los casos en que esté permitido por la Constitución de los Estados miembros, y la facultad de renunciar a la acción penal o de poner término a la acción ya iniciada debe ser por razones de oportunidad y estar establecido por Ley, y solo debe adoptarse cuando la autoridad a la que compete este ejercicio, en España al Ministerio Fiscal, disponga de indicios suficientes de culpabilidad, y tendrá que aplicarse partiendo de bases generales como el interés público. De ahí que el Ministerio Fiscal, que como órgano público tiene encomendado el ejercicio de la acción penal en general en defensa de la ley, pueda por razones de oportunidad, en este caso reglada ya que lo permite el artículo 263 bis de la Locr., abstenerse de iniciar o ejercitar esta acción penal en materia de tráfico de drogas y otras sustancias contenidas en el articulado, al admitirse esta renuncia como excepción al principio de obligatoriedad de acusación.

4. ASPECTOS PRÁCTICOS

En mi opinión y aplicado a la praxis diaria de múltiples investigadores que han de hacer frente a la criminalidad organizada, con riesgos añadidos difíciles de controlar, la manera más segura de llevar a cabo esta operación de entrega vigilada sería con la actuación de un agente encubierto, pues nadie

11 Recomendación R.887, de 17 de septiembre de 1987, del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre *La simplificación de la Justicia Penal*.

mejor que un miembro de la Policía Judicial para dar seguridad de que la droga no dejará de estar controlada durante el itinerario hacia otro destino. Como se ha visto más arriba será competente para autorizar la utilización de esta figura el juez de instrucción o en su caso el fiscal que dará cuenta inmediata a juez. No solamente el Juez de la Audiencia Nacional o el Fiscal de la Fiscalía Especial para la Prevención y Represión del Tráfico de Drogas, tienen la competencia, aunque generalmente y por razones específicas en la lucha contra la gran criminalidad, serán estos los que autoricen. Como puede observarse el abanico se amplía a cualquier juez que esté instruyendo un proceso en el que sea necesaria la adopción de esta medida eficaz.

Teniéndose una información inicial, sin contrastar y con poco tiempo para hacerlo, de que se va a llevar a cabo un pase de drogas u otras sustancias a las que se refiere la ley, sin conocer si la lleva a cabo una organización criminal, la Policía Judicial dará cuenta al juez de instrucción del lugar donde se lleve a cabo esta acción o en su defecto al fiscal competente. Una vez conocidos los términos con mayor amplitud, el juez de instrucción podrá inhibirse en los juzgados de la Audiencia Nacional si se trata de una organización criminal transnacional, pero al menos hasta entonces los agentes policiales tendrán cobertura jurídica para perseguir el delito primando el principio de oportunidad.

No cabe duda de que este tipo de actuaciones procesales mantienen un calado que afecta a las propias estructuras de la soberanía de los Estados, ya que se da una renuncia a la jurisdicción por parte del Poder Judicial al dejar transitar la droga o la sustancia que en cada momento sea, de las que prevé la ley, al entrar en territorio nacional e incluso se deja de actuar cuando el tránsito se genera en nuestro país con otro país de destino aunque se lleve a cabo bajo control judicial. Por otro lado el Ministerio Fiscal deja de iniciar la acción penal en aras del principio de oportunidad reglada para perseguir a la organización criminal que genera este tipo de tráfico. También la Policía Judicial, en un primer momento en el que tiene conocimiento de la existencia de la comisión de un delito de tráfico de drogas u otras sustancias ha de determinar la proporcionalidad de la medida de no detener y continuar con el control de los objetivos, hasta que tiene autorización fiscal o judicial de seguir ejerciendo la acción investigadora, y a pesar de estar obligados a detener al delincuente "in fraganti" según el artículo 492 de la Lecr. No obstante el juez competente podrá, en cualquier momento de la investigación, ejercer la acción jurisdiccional y ordenar la detención de personas e incautación de efectos, pruebas y materiales, que integran la organización criminal, porque concurren circunstancias que así lo aconsejen o porque la Policía Judicial o el fiscal lo solicitan a tenor de circunstancias también sobrevenidas.

LA ENTREGA VIGILADA: PROBLEMAS JURÍDICOS QUE PLANTEA *

Luis Fernando Rey Huidobro

Fiscal del Tribunal Supremo
Doctor en derecho

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Precedentes internacionales y comentario general. 3. Concepto y naturaleza. 4. Requisitos legales. 5. Algunos problemas jurídicos concretos que plantea la aplicación de la figura de la entrega vigilada y su solución jurisprudencial.

1. INTRODUCCIÓN

La introducción del artículo 263 bis en el título I del libro II de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en virtud de la Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciembre, modificada por Leyes Orgánicas 5/1999, de 13 de enero, y 5/2010, de 22 de junio, suscita un tema de excepcional interés y gran actualidad, por su conexión directa con la gran delincuencia originada por delitos como el tráfico ilegal de estupefacientes, y al propio tiempo, su redacción, aún después de la reformas aludidas, puede generar algún equívoco en cuanto al auténtico sentido y significado de su contenido; siendo por tanto materia que requiere un adecuado estudio dirigido a obtener, a través de las oportunas aclaraciones, la interpretación que se considera más ajustada al espíritu del legislador, en cuanto a la verdadera naturaleza de la denominada “entrega vigilada”, institución que crea y regula el aludido precepto, así como una exposición ordenada de las cuestiones y problemas jurídicos que en la práctica suelen suscitarse.

2. PRECEDENTES INTERNACIONALES Y COMENTARIO GENERAL

La Institución de la “entrega vigilada” aparece regulada por vez primera en el ámbito internacional, en el Convenio de Viena de 20 de diciembre de 1988 sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas.

* Esta publicación se ha realizado en el marco del proyecto de I+D de Excelencia, Ministerio de Economía y Competitividad (DER 2014-52980-P) <Veinte años del código penal, 1995-2015: estudio de los “modelos preventivos” de la “sociedad de la seguridad”>.

Dicha Convención en su artículo 1 define la “entrega vigilada” como la técnica consistente en dejar que remesas ilícitas o sospechosas de estupefacientes, sustancias psicotrópicas, sustancias que figuran en el Cuadro I o el cuadro II, anexos a la presente Convención, o sustancias por las que se hayan sustituido las anteriormente mencionadas, salgan del territorio de uno o más países, lo atraviesen o entren en él, con el conocimiento y bajo la supervisión de sus autoridades competentes, con el fin de identificar a las personas involucradas en la comisión de los delitos tipificados de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 3 de la presente Convención.

La regulación se desarrolla en el artículo 11 que dice:

- “1. Si lo permiten los principios básicos de sus respectivos ordenamientos jurídicos internos, las Partes adoptarán las medidas necesarias, dentro de sus posibilidades, para que se pueda utilizar de forma adecuada en el plano internacional, la técnica de entrega vigilada de conformidad con acuerdos o arreglos mutuamente convenidos, con el fin de descubrir a las personas implicadas en delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3 y de entablar acciones legales contra ellas.
2. Las decisiones de recurrir a la entrega vigilada se adoptarán caso por caso y podrán, cuando sea necesario, tener en cuenta los arreglos financieros y los relativos al ejercicio de su competencia por las Partes interesadas.
3. Las remesas ilícitas cuya entrega vigilada se haya adoptado podrán, con el consentimiento de las Partes interesadas, ser interceptadas y autorizadas a proseguir intactas o habiéndose retirado o sustituido total o parcialmente los estupefacientes o sustancias psicotrópicas que contengan”.

Este Convenio, que fue firmado por España el 20 de diciembre de 1988, se ratificó el 13 de septiembre de 1990 y entró en vigencia (el 10 de noviembre de 1990) en nuestro país el 11 de noviembre de 1990 (BOE de 10 de noviembre de 1990).

España asimismo, firmó en Bonn, el 25 de junio de 1991, el protocolo de Adhesión al Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, tal como quedó enmendado en el Protocolo de Adhesión del Gobierno de la República Italiana firmado en París el 27 de noviembre de 1990, ratificado por Instrumento de 23 de julio de 1993 (BOE de 5 de abril de 1994).

El Convenio de Schengen, precedente inmediato del artículo 263 bis de la L.E.Criminal, contempla este mecanismo en el artículo 73 que dice:

- “1. De conformidad con su Constitución y su ordenamiento jurídico nacional, las Partes contratantes se comprometen a tomar medidas que permi-

tan las entregas vigiladas en el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas.

2. La decisión de recurrir a entregas vigiladas, se adoptará en cada caso concreto basándose en una autorización previa de la Parte contratante de que se trate.

3. Cada Parte contratante conservará la dirección y el control de las actuaciones en su territorio y estará autorizada a intervenir”.

Es evidente que el artículo 73 del Convenio (así como la Convención de Viena de 1988), obligaban a dar cumplimiento a su contenido normativo, sin especificar la forma de su relación, la cual debía otorgarse por las partes implicadas de conformidad con su ordenamiento jurídico.

La práctica totalidad de los países europeos han asumido la aplicación de esta técnica, al formar parte de sus respectivos Derechos internos la Convención de Viena de 1988 y el Convenio de Schengen, aunque sólo algunos países hayan desarrollado normativamente este modo de cooperación.

La regulación expresa de la “entrega vigilada” es precisamente lo que se pretendió en nuestro país con la inclusión del artículo 263 bis en el título I del libro II de la L.E.Criminal por Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciembre. Es curioso que la Exposición de Motivos de la misma, no se remitiese al Convenio de las Naciones Unidas de 1988, a la hora de justificar la incorporación de la figura que ahora contemplamos al ordenamiento procesal español, sino solamente al artículo 73 del Convenio de Schengen, así como que se confiera al artículo 263 bis el carácter de Ley ordinaria (según la disposición final única). Estos inconvenientes, sin embargo, han sido subsanados por la Leyes Orgánicas 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”, y 5/2010, de 22 de junio por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal; ambas dieron una nueva redacción al mencionado artículo, otorgándole la categoría de Ley Orgánica. Dichas reformas tienen como finalidad, extender la entrega vigilada, referida hasta entonces exclusivamente al delito de tráfico de drogas, a otras formas de criminalidad organizada no relacionada con el tráfico de drogas, cumpliendo así la obligación impuesta a los Estados Parte en el artículo 11 de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988.¹

1 Véanse, MOLINA MANSILLA, M^a del C., *Mecanismos de investigación policial: entrega vigilada y agente encubierto*, Bosch, Barcelona, 2009, pp. 7 y ss; de la misma, *El delito de narcotráfico*, Bosch, Barcelona 2008, pp. 286 y ss; LANZAROTE MARTÍNEZ, P., *Intervención de las comunicaciones, en la prueba en el proceso penal. Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo*, (Dir. Rives Seva, A.), 5.^a ed., Aranzadi, Cizur Menos (Navarra), 2012, pp. 1117 y ss; FABIÁN CAPARRÓS, E.A., “Consideraciones de urgencia sobre la Ley Orgánica 8/1992, de 23 de di-

Con la técnica recogida en el artículo 263 bis, se trata de conseguir por tanto, dar una eficaz respuesta al conocido por la doctrina como "delito a distancia" o "delito en movimiento" cuya frecuencia y gravedad es cada día mayor.

Dicha técnica aparece en la actualidad como un importante mecanismo de cooperación entre los Estados, y tiene su justificación en el carácter supranacional que suelen revestir hoy en día las organizaciones criminales y en su asentamiento en caso todos los países del mundo.

En cualquier caso, este mecanismo de cooperación internacional, suscitará menos disfunciones en aquellos sistemas jurídicos regidos por el principio de oportunidad (por ejemplo Suiza), que en los que se rigen por el principio de legalidad (casos de España y Portugal)².

3. CONCEPTO Y NATURALEZA

Según el apartado segundo del artículo 263 bis de la L.E. Criminal, "se entenderá por circulación o entrega vigilada la técnica consistente en permitir que remesas ilícitas o sospechosas de drogas tóxicas, sustancias psicotrópicas u otras sustancias prohibidas, los equipos, materiales y sustancias a que se refiere el apartado anterior, las sustancias por las que se hayan sustituido las anteriormente mencionadas, así como los bienes y ganancias procedentes de las actividades delictivas tipificadas en los artículos 301 a 304 y 368 a 373 del Código Penal, circulen por territorio español o salgan o entren en él sin interferencia obstativa de la autoridad o sus agentes y bajo su vigilancia, con el fin de descubrir o identificar a las personas involucradas en la comisión de algún delito relativo a dichas drogas, sustancias, equipos, materiales, bienes y ganancias, así como también prestar auxilio a autoridades extranjeras en esos mismos fines".

La definición, que responde en sus líneas generales a la aportada por el artículo 1, letra g) de la Convención de Viena de 1988, parece dejar sin resolver la conflictiva cuestión de las entregas vigiladas que podemos denominar positivas o activas.

A mi modo de ver, a pesar de que la figura lleve como título "la circulación o entrega vigilada", ello no debe hacernos pensar que se permita la entrega de drogas por agentes policiales, para luego seguir su rastro y detener a los

ciembre, de modificación del Código penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de tráfico de drogas", en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, 1993, pp. 597 y ss; SEOANE SPILBERG, J.L., "Aspectos procesales del delito de tráfico de drogas", en *Actualidad Penal*, t. 1, 1996, pp. 352 y ss.

2 Véase, DE MIGUEL ZARAGOZA, J., "La cooperación judicial en los pactos de Schengen", en *Boletín de Información*, Ministerio de Justicia, año XLVII, suplemento al N.º 1676, 5 de julio de 1993, p.11 y ss

adquirentes, ya que de ser así, es cierto que supondría la perpetración de un verdadero delito provocado de tráfico de drogas por parte de la policía, conducta que debe entenderse prohibida y delictiva en un Estado que se proclama social y democrático de Derecho (artículo 1 de la Constitución).

Conviene decir, que si bien es verdad que la redacción del precepto sigue dejando mucho que desear, también lo es que el apartado segundo del artículo 263 bis de la Ley procesal penal que define la institución, para nada dice que consista en la entrega de remesas de drogas por efectivos policiales, sino en la permisión de que dichas sustancias (o aquellas por las que se hayan sustituido) circulen sin interferencia de la autoridad o sus agentes y bajo su vigilancia. Como dice Guinarte Cabada, "no parece que un comportamiento básicamente omisivo (no intervención obstativa y sometimiento a vigilancia) que autoriza la ley, pueda considerarse asimilado a alguna de las fórmulas de provocación delictiva"³.

Creo que nunca sería legal el comportamiento del agente de policía, que por sí mismo o a través de un particular suscita en terceros la voluntad de delinquir y maneja la comisión de la infracción penal entregando una partida de estupefacientes para luego detener a sus adquirentes, de modo que el delito del artículo 368 del Código penal, no habría tenido lugar sin su intervención. Nos hallaríamos aquí ante la típica figura del "agente provocador", no admisible en nuestro ordenamiento jurídico, porque tal "modus operandi" lesionaría los principios inspiradores del Estado de Derecho y desconocería la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos proclamada en el artículo 9-3 de la Constitución Española. Tampoco autoriza el artículo 263 bis el pago con droga a confidentes. Semejante conducta quedaría al margen de dicho precepto (véase en teste sentido la STS de 11 de enero de 1999, ponente Sr. García Ancos).

La técnica de la "entrega vigilada", puede conllevar a veces, la necesaria intervención de "agentes infiltrados", con identidad supuesta incluso (regulados ahora en el artículo 282 bis de la L.E.Criminal), que entren en contacto con verdaderos delincuentes sin revelar su función, haciéndoles creer que toman parte en su juego, fingiendo ayudarles en su empresa delictiva, cuando en realidad su verdadera misión es la de observar y suministrar noticias que permitan una intervención útil y en el tiempo oportuno por parte de la autoridad. Semejantes procedimientos parecen en los últimos tiempos necesarios para atajar el progreso de la delincuencia de cuello blanco y el crimen orga-

3 GUINARTE CABADA, G., "La regulación de la entrega vigilada de drogas (Comentario al artículo 263 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal)", en *Comentarios a la legislación penal*, t. XVII, *Reforma sobre el tráfico de drogas, secreto de las comunicaciones y conducción de ciclomotores*, EDESA, Madrid, 1996, p. 212. También publicado en Cuadernos de Política Criminal, N.º 55, 1995, p. 29.

nizado, particularmente, en un campo como el tráfico de drogas, donde las investigaciones son sumamente difíciles y complejas.

La figura del “agente infiltrado o encubierto” que hemos mencionado, ha sido incorporada a nuestro ordenamiento jurídico por la Ley Orgánica 5/1999, de 13 de enero que añadió a la L.E. Criminal un nuevo artículo 282 bis (cuyo apartado 4, fue reformado por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio), el cual proporciona habilitación legal a la misma en el marco de la denominada “delincuencia organizada”. Dicha norma posibilita al agente policial (previa la autorización oportuna), a actuar utilizando una identidad supuesta que puede mantener en el eventual proceso judicial posterior.

La distinción que efectúa la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo entre “delito provocado” (impune para el sujeto provocado) y la “provocación policial lícita” realizada con el propósito de poner de manifiesto comportamientos criminales ya existentes con anterioridad y que permite la exigencia de responsabilidades penales al provocado (recogida a partir de la L.O. 5/1999, en el artículo 282 bis de la L.E. Criminal), no ha resultado alterada con la incorporación del artículo 263 bis a la L.E. Criminal, ya que el ámbito de aplicación es distinto. En el caso del artículo 263 bis, se trata de una postura principalmente omisiva (no intervención, vigilar), mientras que en el otro (provocación) serán conductas de índole más activa, tales como la compra fingida, intermediación en conductas de tráfico, o inducción en cualquier forma. Sin embargo, como afirma Guinarte “ello no es óbice para que ambas puedan convivir y hasta se complementen en la práctica policial”⁴. Así ocurrirá por ejemplo, cuando habiéndose suscitado el comportamiento delictivo (ya existente) por los agentes de la Policía Judicial (v.gr. agente de la policía que actúa como comprador fingido de la droga), su desarrollo posterior sea sometido a circulación o entrega vigilada.

La experiencia histórica demuestra que las sociedades tienden a dotarse de medios de defensa adecuados a la forma de ataque de que son objeto. En este sentido, no cabe duda de que el artículo 263 bis, ha sido insertado en nuestro ordenamiento jurídico entre otras razones, para ayudar a la Policía en campos como el tráfico de drogas, donde las investigaciones son particularmente difíciles y constituyen un claro ejemplo de crimen organizado.

En cuanto a la naturaleza jurídica que presenta esta institución, pudiera pensarse que se trata de una excusa absolutoria, semejante a la recogida en el artículo 268 del Código penal, es decir, una causa de exclusión de la pena por razones de política criminal, frente a acciones que revisten la condición de típicas, antijurídicas y culpables de participación en el delito (normalmente el tráfico de drogas previsto en los artículos 368 y siguientes del Código penal),

4 GUINARTE CABADA, G., “La regulación de la entrega vigilada de drogas (el artículo 263 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal)”, en *Comentarios a la legislación penal*, cit., pp. 213 y ss.

y de faltar a la obligación del cargo, dejando intencionadamente de promover la persecución del delito, conducta tipificada en el artículo 408 del Código penal. Sin embargo, la doctrina dominante, la cataloga como una verdadera causa de justificación, consistente en el ejercicio legítimo de un derecho o el cumplimiento de un deber⁵. Por consiguiente, si para efectuar las operaciones de vigilancia y seguimiento, los funcionarios policiales utilizan a particulares infiltrados dentro de la trama o de la organización que se pretende descubrir, su conducta quedará también justificada.

4. REQUISITOS LEGALES

En este apartado analizaremos los requisitos que el artículo 263 bis de la L.E. Crimin al exige para poder llevar a cabo legalmente una entrega vigilada⁶.

4.1. Autorización individualizada caso por caso, llevada a cabo por autoridad judicial o policial competente

Según el artículo 263 bis serán el Juez de Instrucción competente (mediante Auto motivado) y el Ministerio Fiscal (a través de un Decreto), así como los Jefes de las Unidades Orgánicas de Policía Judicial, centrales o de ámbito provincial y sus mandos superiores (mediante Resolución motivada), los que pueden autorizar la circulación o entrega vigilada. Pero en el caso de tratarse de funcionarios de la Policía Judicial (que deberán tener el rango anteriormente referido), darán cuenta inmediata al Ministerio Fiscal, y si existe procedimiento judicial abierto al Juez de Instrucción competente. Asimismo se establece (a partir de la reforma por L.O. 5/1999) que "el Juez que dicte la resolución dará traslado de copia de la misma al Juzgado Decano de su jurisdicción, el cual tendrá custodiado un registro de dichas resoluciones". Generalmente, el juez instructor decretará en estos casos el secreto de las actuaciones para las partes (artículo 302 de la L.E. Criminal).

Normalmente el procedimiento se inicia por solicitud del personal destinado en aduanas, tras detectar en un envío la presencia de alguno de los productos recogidos en el precepto; igualmente puede iniciarse por solicitud de las autoridades del Estado de origen del envío o por el que transita hacia nuestro país, donde se sospecha o se conoce tal presencia; asimismo, puede

5 Así, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal, Parte especial*, 19.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 636; QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho penal español. Parte especial*, 6.ª ed., Atelier, Barcelona, 2010, p. 1051.

6 Véanse, MOLINA MANSILLA, M.ª del C., *Mecanismos de investigación policial: entrega vigilada y agente encubierto*, cit., pp. 9 y ss; de la misma, *El delito de narcotráfico*, cit., pp. 288 y ss; LANZAROTE MARTÍNEZ, P. y RIVES SEVA, A. (dir.), *Intervención de las comunicaciones en la prueba en el proceso penal. Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo*, 5.ª ed., Aranzadi, cit., pp. 1120 y ss.

provenir de alguna de las unidades de la Policía Judicial, como por ejemplo la Unidad de Drogas y Crimen Organizado (UDYCO).

La resolución autorizante de la entrega vigilada debe ser siempre motivada o fundada, dado que se trata de una medida excepcional pensada para casos de alta criminalidad. En la resolución fundada debe determinarse explícitamente, en cuanto sea posible, el objeto de autorización o entrega vigilada, así como el tipo y cantidad de producto de que se trate y si se puede la identificación de los autores de la entrega (STS 323/2006, de 22 de marzo). Puede producirse simultáneamente la apertura de diligencias judiciales.

La falta de autorización para la puesta en marcha de este mecanismo hace que cualquier operación policial de circulación o entrega vigilada de un paquete sospechoso resulte nula de pleno derecho. Si bien es cierto que el mero seguimiento de acusados y su detención con ocupación inmediata de la droga no se trata de un supuesto de entrega controlada y no precisa de autorización judicial (STS 449/2002, de 24 de mayo).

Existen autores como Queralt, que piensan que resulta curioso que tales comportamientos los pueda autorizar directamente, además del Juez y del Ministerio Fiscal, un funcionario administrativo como es el Jefe de la Unidad Orgánica de Policía Judicial, central o de ámbito provincial, sin que para nada tenga conocimiento de ello la autoridad judicial; (no olvidemos que una cosa es la fiscalización y control judicial de la autorización, que impone la norma de un modo indirecto, y otra la reserva a la Autoridad Judicial o al Ministerio Fiscal de la facultad de conceder la autorización, reserva que la norma no consagra).

Opina que, “supera el umbral de lo asombroso imaginar que puedan existir actuaciones policiales sin que de ellas tenga cumplida cuenta la autoridad judicial. El artículo 284 de la L.E. Criminal es taxativo al respecto: inmediatamente que los funcionarios de Policía Judicial tuvieran conocimiento de un delito público [...] lo participarán a la Autoridad Judicial o al representante del Ministerio Fiscal, si pudieran hacerlo sin cesar en la práctica de las diligencias de prevención. Resulta inimaginable

—Continúa diciendo— que una operación de envergadura, las únicas que con arreglo a la ley permiten estas actuaciones, no suponga previa o simultáneamente la apertura de diligencias judiciales en las que poder residenciar la autorización judicial a solicitar. La sustracción al control judicial de un sector de esta (o similar) envergadura de la actuación policial, máxime a la vista de los riesgos que la experiencia demuestra que comporta, parece una ligereza superior a la imprudencia⁷.

7 QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho penal español. Parte especial*, 6.ª ed., cit., p. 1051.

También Muñoz Conde estima que esto es lo más preocupante de la circulación o entrega vigilada, añadiendo que en estos casos no exige la ley que existan razones de urgencia⁸.

El artículo 263 bis prevé en el inciso último del número tercero, para el caso de la autorización policial, un mecanismo de control, pues obliga a los funcionarios de la Policía Judicial a dar cuenta inmediata al Ministerio Fiscal⁹, subordinando la obligación de la comunicación al Juez, a la existencia de un procedimiento judicial abierto. Sin embargo, no precisa si la autorización administrativa puede ser revocada por el Juez competente, o también por el Fiscal, y, en su caso con qué requisitos; aunque es lógico pensar que si el juez instructor considera que la autorización de puesta en marcha de la entrega vigilada concedida por otros organismos autorizados no reúne los requisitos legales, pueda revocarla.

La norma, como podemos comprobar, requiere que la determinación del objeto se efectúe "en cuanto sea posible", ya que habrá veces que la autorización recaiga sobre remesas meramente sospechosas de contener el producto prohibido, tal como se deduce del concepto que sobre la entrega vigilada suministra el apartado N.º 2 del precepto que contemplamos, y entonces difícilmente se podrá concretar el tipo y la cantidad de la sustancia que contenga el envío.

Debemos reconocer, que es muy difícil legislar acertadamente en esta materia jurídica, sumamente controvertida en el ámbito doctrinal. Debido a ello, países como Suiza, apreciando la dificultad que entraña adoptar normas precisas que permitan acoger la institución con la flexibilidad deseable, rehúsan emitir normas procesales sobre la misma, admitiéndose sin mayor problema como un procedimiento más de la técnica policial frente a formas graves de delincuencia y crimen organizado.

Sin embargo pienso, que ya que se ha regulado expresamente en nuestra legislación, debería en efecto haberse exigido la previa autorización del Ministerio Fiscal o la Autoridad Judicial, evitando así posibles fuentes de conflictos entre estas instituciones y la Autoridad Administrativa Policial, y haber dejado reducido a lo sumo el ámbito de decisión de esta última, a aquellos excepcionales supuestos en los que a pesar de existir la autorización mencionada anteriormente, hubiesen descendido los márgenes de seguridad sensiblemente, se verificase una alteración imprevista del itinerario, o cualquier otra circunstancia excepcional que dificultase la aprehensión de las sustancias y

8 MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, 19.ª ed., cit., p. 637.

9 Cuando se trate de entregas vigiladas de "drogas", o de sus "precursores" o de los "bienes o ganancias procedentes de la droga" (blanqueo), los Fiscales Especiales Antidroga en el ámbito competencial de la Fiscalía Territorial respectiva, deberán ejercer la dirección, control y coordinación de las actuaciones del Ministerio Fiscal en dichas entregas controladas, tal como establece el apartado III.B).4 de la Instrucción de la FGE 1/1995.

la captura de los agentes si no se llevase a cabo tal intervención inmediata. En estos casos, además, debería comunicarse el hecho al Juez o al Ministerio Fiscal lo antes posible y siempre dentro de las 24 horas. Una regulación similar a la propuesta, se contiene en el legislación portuguesa (artículo 61-3 del Decreto-ley 15/1993, de 22 de enero), que considero sumamente acertada en la materia que contemplamos.

A pesar de lo expuesto, debe quedar claro, que la actuación de los funcionarios de policía judicial, como actuación a prevención que es, siempre debe producirse subordinada a la ulterior actuación del Ministerio Fiscal o del Juez de Instrucción competente.

Puede ocurrir, que debido al recurso a esta técnica de persecución, se escapen personas traficantes de drogas antes fáciles de aprehender, y con ello se dejen en circulación grandes cantidades de sustancias estupefacientes que se hubiesen podido decomisar de haber actuado de un modo inmediato, pero que se han dejado transitar porque con ello se pensaba que se iba a localizar y detener a otros culpables más peligrosos. En estos supuestos Queralt opina que podría imputarse algún tipo de responsabilidad a los agentes policiales, no por el delito de tráfico dado que falta el dolo, sino por eventuales lesiones o puestas en peligro de legítimos bienes jurídicos de terceros¹⁰.

A mi modo de ver, sin embargo, en tales casos será difícil que incurran en responsabilidad de índole penal, ya que no cometerían el delito de tráfico de drogas, dado que falta el dolo de traficar, y tampoco cometerían el delito de omitir la persecución de los delitos de que tengan noticia, debido a que el tipo del artículo 408 del Código penal exige que se efectúe "intencionadamente", expresión que como todos sabemos, excluye la posible comisión culposa que es la única que se podría imputar aquí. Quedará por tanto sólo abierta la posible sanción disciplinaria adoptada en vía administrativa.

4.2. Existencia de necesidad en relación con la importancia del delito y con las posibilidades de vigilancia

El artículo 263 bis, exige determinar dos variables antes de autorizar la entrega vigilada: la importancia del delito y las posibilidades de vigilancia.

En principio, determinar la importancia del delito y las posibilidades de vigilancia, es una cuestión difícil de apreciar en este tipo de delincuencia, pues es enormemente complejo saber por ejemplo "a priori" la envergadura que puede alcanzar un tráfico de drogas y si es posible una vigilancia efectiva. La propia dinámica del narcotráfico imprime ciertos riesgos de error en su apreciación.

10 QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho penal español. Parte especial*, 6.ª ed., cit., p. 1052.

De todos modos, parece deducirse claramente de una interpretación teleológica del precepto (no olvidemos que se introduce en la L.E. Criminal para luchar de un modo efectivo contra la alta criminalidad), que el recurso a la entrega vigilada como medida excepcional que es, debe guardar una proporcionalidad con la infracción penal a la que va dirigida. Así, no debería aplicarse en operaciones de venta de menudeo de droga, sino en la transmisión de cantidades importantes (Cfr. STS 323/2006, de 22 de marzo).

Por consiguiente, el organismo autorizante, deberá reservar la medida para aquellas infracciones de cierta gravedad, sobre todo aquellos casos en los que se quiera dismantelar una organización que se sospeche venga dedicándose al tráfico de estupefacientes u otras materias de tráfico prohibido que contempla el precepto.

Para cumplir con el principio de proporcionalidad, se obliga a la motivación de la resolución. Las resoluciones en que se autorice la puesta en práctica de este mecanismo han de ser individualizadas, sin que puedan producirse entregas vigiladas genéricas o indiscriminadas (STS 323/2006, de 22 de marzo).

También deben valorar el riesgo de la pérdida de control sobre los productos sometidos a vigilancia, en caso de que estos pudieran salir del dispositivo policial diseñado para la operación, frustrándose esta y terminando los mismos en el mercado ilícito.

4.3. Con la finalidad de identificar o descubrir a los responsables de los delitos mencionados en el artículo 263 bis, o de auxiliar a autoridades extranjeras con ese mismo fin. Bienes susceptibles de sometimiento a circulación y entrega vigilada

La L.E. Criminal no alude expresamente a la finalidad de obtener elementos de prueba; sin embargo, parece que la finalidad de descubrir a los responsables de los delitos mencionados en el precepto ha de concretarse necesariamente, desde una perspectiva procesal, en la obtención de elementos de prueba, que como tales puedan ser aportados en el juicio penal. Esta es además la finalidad que la Convención de Viena de 1988 atribuye a las entregas vigiladas en el plano internacional (art. 11-1).

Para identificar al verdadero culpable en el caso de envíos de droga, la circulación o entrega vigilada se puede realizar de dos maneras: a) en vía de destino, hasta la interceptación de su destinatario; y, b) en vía de regreso, con la finalidad de identificar al remitente, cuando no acude nadie a recogerlo o los datos del destinatario son erróneos¹¹ (Cfr. SSTs 914/2005 de 11 de julio y 249/2004, de 26 de febrero).

11 Cfr. MOLINA MANSILLA, M^a del C., *Mecanismos de investigación policial: entrega vigilada y agente encubierto*, cit., p.16

En su estructura original dada por la L.O. 8/1992, de 23 de diciembre, el artículo 263 bis, venía referido exclusivamente al delito de tráfico de drogas. Las reformas llevadas a cabo por L.O. 5/1999, de 13 de enero y la L.O. 5/2010, de 22 de junio (en su disposición final 1.1), extendieron la técnica de la entrega vigilada a otras formas de criminalidad organizada no relacionadas incluso con el tráfico de drogas.

Ahora se permite que sean objeto de entrega vigilada, además de las drogas tóxicas, los estupefacientes y las sustancias psicotrópicas y otras sustancias prohibidas a que aludía originariamente el precepto, los equipos, materiales y sustancias a que se refiere el artículo 371 del Código penal (los denominados precursores), los bienes y ganancias a que se hace referencia en el artículo 301 de dicho Código (relativo al blanqueo de capitales), en todos los supuestos previstos en el mismo, así como los bienes, materiales, objetos y especies animales y vegetales a los que se refieren los artículos 332, 334 (sobre flora y fauna), 386 (sobre falsificación de moneda), 399 bis (sobre falsificación de tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje), 566, 568 y 569 (sobre armas municiones y explosivos), también del Código penal. Asimismo se hace mención a las sustancias por las que se hayan sustituido las anteriormente mencionadas.

Con anterioridad a la reforma llevada a cabo por la L.O. 5/1999, de 13 de enero, se suscitó el interrogante de lo que había de entenderse por “otras sustancias prohibidas” a que hacía referencia el precepto además de las drogas ilegales. Un sector doctrinal, sostuvimos en su día, que con ello se quería hacer referencia a los denominados “precursores químicos”, es decir, a las sustancias y productos que se utilizan en el cultivo, producción o fabricación ilícita de drogas y cuyo tráfico ilícito viene sancionado en el artículo 371 del Código penal¹². Sin embargo, al hallarse ahora (a partir de dicha reforma) recogidas expresamente dichas sustancias en el artículo 263 bis, no sabemos bien a qué se refiere el legislador. Dada la generalidad de la frase, parece que permite extender la táctica de la entrega vigilada a cualquiera sustancias de tráfico prohibido, como pueden ser las mencionadas en el artículo 359 del Código penal, que sanciona la elaboración de sustancias nocivas para la salud o productos químicos que puedan causar estragos, o los medicamentos contenidos en el artículo 361 y siguientes del mismo texto legal.

También los términos “sustancias por las que se hayan sustituido las anteriormente mencionadas” son imprecisos. Con ello se pretende permitir la posible sustitución total o parcial de las drogas, sustancias prohibidas, equipos y materiales que contienen las remesas, por otras sustancias incluso inocuas,

12. REY HUIDOBRO, L.F., “La entrega vigilada de drogas: el artículo 263 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, en *Revista del Ministerio Fiscal*, N.º 2, Julio-Diciembre 1995, p. 199.

posibilidad que mencionan expresamente los artículos 1 y 11-3 de la Convención de Viena de 1988.

Para la sustitución mencionada no es necesario, como por otra parte es lógico, la citación del interesado (artículo 263 bis-4 de la L.E. Criminal).

Una de las finalidades de la entrega vigilada, puede ser la de prestar auxilio a autoridades extranjeras con el mismo objeto de identificar o descubrir a los responsables del delito.

El auxilio a autoridades extranjeras o entrega vigilada internacional resulta cada vez más frecuente, debido al proceso de globalización experimentado por el crimen organizado. El hecho de que terceros países puedan intervenir en la aplicación de este mecanismo plantea algunos problemas, como son:

1.- La determinación de la legislación nacional aplicable cuando la apertura del paquete postal tenga lugar fuera de España. El problema aparece cuando surge la necesidad de abrir un paquete postal en un país de origen o de tránsito distinto a España, que posee una normativa reguladora diferente a nuestra legislación. En tales casos se debe aplicar el principio de territorialidad de las leyes procesales —*lex precessalis fori*—, que estipula que la apertura del paquete se realizará con sometimiento a la legislación del estado en que éste se encuentre, de modo que los funcionarios de aduanas de un país que detecten un envío con destino a España no están obligados a ejercer su actividad con arreglo a la legislación española, sino a la de su país (SSTS 535/2005, de 28 de abril y 1637/2001, de 14 de septiembre, entre otras).

En tales situaciones, el Tribunal español que juzgue el delito deberá contemplar tres hechos: a) la autoridad del Estado que autorizó y controló la apertura; b) el cumplimiento de la legislación reguladora de la apertura de dicho país; y c) la aceptación de las diligencias instructoras realizadas por un Juez de aquel país.

2.- La elección de la jurisdicción competente para el enjuiciamiento del delito: Los Tribunales del país en que se haya detenido a los responsables del delito están legitimados para realizar el enjuiciamiento de la causa penal, teniendo en cuenta que es competencia de cada Estado trazar los límites del poder punitivo mediante su Derecho interno. Una vez juzgado el sujeto en un Estado, con arreglo al principio *ne bis in idem* reconocido por todos los Estados de Derecho, no podrá ser extraditado a otro, ni juzgado por los mismos hechos por otro Tribunal de otro Estado. Esta sistemática de actuación puede suponer una dejación de soberanía, al renunciar el país al ejercicio de su poder punitivo, especialmente en los casos en los que el Estado donde se produce la apertura del paquete sea un país de tránsito, hasta el país de destino.

También se afirma en el artículo 263 bis-3 que “en el plano internacional se adecuará a lo dispuesto en los tratados internacionales”. A este respecto,

no sólo se deberá tener en cuenta lo dispuesto en la Convención de las Naciones Unidas sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de Viena de 1988, y el Convenio de Schengen de 1985 (y 1990), sino también el contenido de los múltiples Convenios que España tiene concertados en el marco de la Unión Europea y con terceros países de modo bilateral (con Italia el 3 de junio de 1986, con Marruecos el 21 de enero de 1987, con Turquía el 9 de mayo de 1990 con Rusia de 26 de octubre de 1990 etc). En el marco de la Unión Europea merece destacar la Ley 11/2003, de 21 de mayo, que regula los equipos conjuntos de investigación penal en el ámbito de la Unión Europea y cuya finalidad es el empleo de equipos conjuntos de investigación, que actúen en el espacio geográfico de dos o más países miembros de la Unión Europea y el Convenio Europeo de Asistencia Judicial en materia Penal, hecho en Estrasburgo el 20 de abril de 1959¹³.

4.4. Interceptación y apertura de envíos postales sospechosos: artículo 263 bis- 4 de la L.E. Criminal

El artículo 263 bis-4 de la L.E. Criminal se centra en un tipo concreto de envío, como es el de carácter postal, regulando la interceptación, tránsito y apertura de envíos postales sospechosos de contener en su interior productos o sustancias ilícitas, así como la posibilidad de su sustitución por otro tipo de sustancias.

Este apartado, que fue añadido por la L.O. 5/1999, de 13 de enero dice que “la interceptación y apertura de envíos postales sospechosos de contener estupefacientes y, en su caso, la posterior sustitución de la droga que hubiese en su interior se llevarán a cabo respetando en todo momento las garantías judiciales establecidas en el ordenamiento jurídico con excepción de lo previsto en el artículo 584 de la presente Ley”.

Ante tan contundente disposición, está ahora fuera de lugar la jurisprudencia sentada en torno a la anterior normativa, expresiva de que “el sistema de entrega vigilada regulado en el artículo 263 bis de la L.E. Criminal, no permite excepcionar lo dispuesto en el artículo 584 de la referida Ley, por lo que no facultaba para proceder a la apertura de paquetes postales prescindiendo de la presencia del interesado, a no ser en los casos en que el paquete se enviase con etiqueta verde para posibilitar el control aduanero” (SSTS de 25 de enero de 1999 y 1 de marzo de 1996). La jurisprudencia venía manteniendo que dado que en los paquetes postales siempre figura quién es el destinatario (aunque sea falso) bastaba con vigilar el curso postal del envío, con las debidas precauciones, para llegar al mismo” (SSTS de 8 de julio de 1994 y 13 de marzo de 1995). Según esta doctrina jurisprudencial, si quería abrirse el pa-

13 Véase, MOLINA MANSILLA, M^a del C., *Mecanismos de investigación policial: entrega vigilada y agente encubierto*, cit., pp. 17 y ss.

quete tenían que aplicarse las únicas normas que en nuestras leyes regulan esta materia, concretamente los artículos 584 y siguientes de la L.E. Criminal que para la apertura y registro de la correspondencia exigen la presencia del interesado. Tal doctrina, que fue acordada por el Pleno no jurisdiccional de la Sala de lo Penal del T.S., celebrado el día 17 de enero de 1996, vino a consolidarse con las Sentencias de la Sala Segunda del T.S. de 23 de mayo y 14 de noviembre de 1996 y 13 de octubre de 1998.¹⁴

A partir de la entrada en vigor de la reforma llevada a cabo por L.O. 5/1999, de 13 de enero, el nuevo artículo 263 bis en su número 4, exceptúa expresamente la aplicación del artículo 584 de la Ley Rituaria Penal para la apertura de envíos postales sujetos al régimen de entrega vigilada, excluyendo por lo tanto el trámite de citación del interesado para la apertura y posible sustitución de la droga que hubiese en su interior. Ello es del todo lógico, dada la naturaleza y finalidad de esta medida de investigación.

La distinción que efectúa la jurisprudencia entre correspondencia postal y otros envíos postales (incluidos los paquetes postales) es objeto de atención en el apartado siguiente.

5. ALGUNOS PROBLEMAS JURÍDICOS CONCRETOS QUE PLANTEA LA APLICACIÓN DE LA FIGURA DE LA ENTREGA VIGILADA Y SU SOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL

5.1. Apertura de paquetes postales: cambio de criterio jurisprudencial y nueva normativa introducida por la L.O. 13/2015, de 5 de octubre

Surge la cuestión de si se debe otorgar o no al paquete postal la consideración de correspondencia a los efectos del artículo 18-3 de la C.E., y en consecuencia quedaría amparado por el derecho constitucional al secreto de las comunicaciones, y ello partiendo de la base de que comunicación postal (incluido el paquete postal) no sólo son los envíos que se realizan a través del servicio público de Correos, sino también aquellos que se efectúan por medio de empresas de transporte privadas (STS 183/2013, de 12 de marzo).

EL Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del T.S., de 4 de abril de 1995, llegó al siguiente Acuerdo: "los paquetes postales debían ser considerados como correspondencia por la posibilidad de que contuvieran mensajes personales de índole confidencial, pero quedaban excluidos los que se enviaban abiertos o en régimen de etiqueta verde, en cuyos supuestos el reconocimiento de tales envíos postales podía efectuarse de oficio y sin formalidades especiales".

14 Véase, LANZAROTE MARTÍNEZ, P., *Intervención de las comunicaciones*, cit., pp. 1123 y ss.

Sin embargo, con posterioridad tal Acuerdo ha sido superado por la Sentencia del Tribunal Constitucional 281/2006, de 9 de octubre, que entre otras cosas estableció lo siguiente:

- a) Se distingue el envío postal y la correspondencia postal, limitando a esta última la protección constitucional, y nos dice “la noción constitucional de comunicación postal es, en consecuencia, una noción restringida que no incluye todo intercambio realizado mediante servicios postales”. En este sentido “la comunicación postal es desde la perspectiva constitucional equivalente a la correspondencia”.
- b) Quedan excluidas de la protección constitucional “aquellos objetos —continente— que por sus propias características no son usualmente utilizados para contener correspondencia individual sino para servir de transporte y tráfico de mercancías”, y aquellos otros que “pudiendo contener correspondencia, sin embargo, la regulación legal prohíbe su inclusión en ellos, pues la utilización de un servicio comporta la aceptación de las condiciones del mismo”.
- c) Tampoco quedarían protegidos legalmente las comunicaciones abiertas y ello sucede “cuando es legalmente obligatoria una declaración externa de contenido, o cuando su franqueo o cualquier otro signo o etiquetado externo evidencia [...] que no puede contener correspondencia [...]”.

La STS 185/2007, de 20 de febrero haciéndose eco de la mencionada Sentencia del T.C. de 2006 dice que “deben excluirse de la intervención judicial aquellos paquetes expedidos bajo etiqueta verde (artículo 117 del Reglamento del Convenio de Washington que permite la inspección aduanera), o cuando por su tamaño o peso evidencia la ausencia de mensajes personales o en aquellos envíos en cuyo exterior se hace constar su contenido”.

La STS 232/2007, de 20 de marzo, establece los criterios interpretativos que deben regir, conforme a la S.T.C. 281/2006, de 9 de octubre. Merecen destacarse los siguientes:

1.- El envío de mercancías o el transporte de cualesquiera objetos, incluidos los que tienen como función el transporte de enseres personales (maletas, maletines, neceseres, bolsos de viaje, baúles etc.) por las compañías que realizan el servicio postal no queda amparado por el derecho al secreto de las comunicaciones, pues su objeto no es la comunicación en sentido constitucional del término.

2.- El artículo 18.3 de la C.E., no protege directamente el objeto físico, el continente o soporte del mensaje en sí, sino que estos solo se protegen de forma indirecta, esto es, tan solo en la medida en que son el instrumento a través del cual se efectúa la comunicación entre las personas —destinatario y remitente—. Por consiguiente, cualquier objeto (sobre, paquete, carta, cinta,

etc.) que puede servir de instrumento o soporte de la comunicación postal no será objeto de protección del derecho reconocido en el artículo 18.3 C.E., si en las circunstancias del caso no constituye el instrumento de la comunicación o el proceso de la comunicación no ha sido iniciado.

El diferente régimen jurídico de los envíos postales y los envíos de correspondencia, viene asimismo establecido tanto en la legislación internacional como interna. De un lado en las normas internacionales de la Unión Postal Universal (Actas del Congreso de Beijing de 1999, cuya ratificación fue publicada en el BOE N.º 62, de 14 de marzo de 2005), se incluyen dos reglamentaciones diferentes: El Reglamento relativo a los envíos de correspondencia y el Reglamento relativo a las encomiendas postales (anexo al BOE N.º 62, de 14 de marzo de 2015). De otro también reconoce dicha diferencia la normativa de la Unión Europea, cuya Directiva Comunitaria 97/67/CE relativa a las normas comunes para el desarrollo del marco interior de los servicios postales de la Comunidad, aprobada el 15 de diciembre de 1997, distingue entre el envío postal —artículo 2-6— y el envío de correspondencia —artículo 2-7—.

Finalmente regulan de forma separada ambas clases de envíos la Ley 24/1998, de 13 de julio del Servicio Postal Universal y de liberalización de los servicios postales —artículo 15.2.B, a) y b)— y el Real Decreto 1829/1999, de 3 de diciembre por el que se aprueba el Reglamento por el que se regula la prestación de los servicios postales, en desarrollo de la mencionada Ley 24/1998 —artículo 13.2—.

De acuerdo con lo expuesto, la Sentencia de la Sala Segunda del T.S., 733/2014, de 12 de noviembre, consideró que no puede merecer la calificación de correspondencia o comunicación postal protegida en el artículo 18.3 de la C.E., un paquete postal de 9 kilos de peso, en el que se halló droga, que fue objeto de entrega controlada y que fue abierto sin autorización judicial. Remitiéndose a la STC 281/2006. El Alto Tribunal dice “el paquete postal en el que se halló la droga no es, de conformidad a lo razonado, el instrumento o soporte de una comunicación postal protegida en el artículo 18.3 de la C.E., pues ni de sus características externas ni de sus signos externos se infiere su destino a la transmisión de mensajes”. En consecuencia, estima el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, procediendo a declarar la nulidad de la sentencia y a ordenar al Tribunal de origen a dictar una nueva sentencia, partiendo de la validez de la apertura del paquete de autos por la policía policial, valorando todas las pruebas como legítimas (el Tribunal de instancia había rechazado la prueba por inconstitucional, dado que el paquete sometido a entrega controlada fue abierto directamente por la policía judicial). En el mismo sentido se pronuncian (entre otras) las SSTs 183/2013, de 12 de marzo, 648/2011, de 11 de mayo 1047/2009, de 4 de noviembre y 848/2008, de 9 de diciembre.

La postura jurisprudencial comentada, ha sido acogida por el legislador español, en la reciente 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. Allí, se regula, en un nuevo artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la detención y apertura de correspondencia escrita y telegráfica, acotando su ámbito material de aplicación, al tiempo que se regulan los plazos máximos de duración y las excepciones a la necesidad de autorización judicial de acuerdo con una consolidada doctrina jurisprudencial.

Dentro de los supuestos en los que no se requiere autorización judicial, el artículo 579, incluye en el apartado 4-a) los envíos postales que, por sus propias características externas, no sean usualmente utilizados para contener correspondencia individual sino para servir al transporte y tráfico de mercancías o en cuyo exterior se haga constar su contenido (se está refiriendo a los paquetes postales); en el apartado 4-b) aquellas otras formas de envío de la correspondencia bajo formato legal de comunicación abierta, en las que resulte obligatoria una declaración externa de contenido o que incorporen la indicación expresa de que se autoriza su inspección, y en su apartado 4-c) cuando la inspección se lleve a cabo de acuerdo con la normativa aduanera o proceda con arreglo a las normas postales que regulan una determinada clase de envío.

5.2. Envío de paquete postal: Admisión de delito intentado

En los casos de entrega vigilada o controlada que no llega a alcanzar el destinatario una detentación material de la droga por ser detenido al ir a recogerla, se plantea la cuestión de si cabe apreciar el delito contra la salud pública como consumado o en grado de tentativa.

La posibilidad de que los delitos de narcotráfico puedan ser cometidos en grado de tentativa ha sido siempre una cuestión muy debatida en la doctrina y muy matizada en la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. La doctrina jurisprudencial ha venido manteniendo por regla general un criterio opuesto al reconocimiento de formas imperfectas en este tipo de delitos. Considera que el tráfico de estupefacientes se configura estructuralmente como un delito de peligro abstracto y consumación anticipada cuya punibilidad se asienta en la situación de eventual peligro que nace de las conductas descritas en la figura penal. En este sentido la doctrina de la Sala Segunda señala la dificultad de apreciación de formas imperfectas de ejecución, dada la amplitud de la descripción legal de la acción típica, al tratarse de un delito de peligro abstracto cuya consumación no requiere la materialización de los objetivos perseguidos por el autor. Asimismo, cuando la conducta imputada consiste en actos de favorecimiento del tráfico, que resultan típicos conforme al artículo 368 del Código penal, y que, por sus propias características no

suponen ni precisa de la posesión material de la droga, el delito se consuma para el favorecedor con la aportación al plan de los mismos actos relevantes que integran tal favorecimiento. Por ello, cuando aún sin alcanzarse una detentación material de la droga, se consigue una disponibilidad de la misma, que queda sujeta a la voluntad del adquirente, el delito queda perfeccionado (SSTS 172/2015, de 26 de marzo, 766/2008, de 27 de noviembre y 323/2006, de 22 de marzo, entre otras).

Como afirma la reciente Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 115/2015, de 5 de marzo “en el tipo penal se incluyen actividades de “promover”, “favorecer” o “facilitar” el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas que colmarían las exigencias típicas, pudiendo subsumirse en esas descripciones delictivas la actividad del recurrente (destinatario del paquete postal con droga) que, no integra una aportación autónoma o desconectada de las demás, sino que sabedor que contribuye a la ejecución global de un plan, promete su actividad e interviene realizando la tarea que voluntariamente asumió o le fue asignada que, en coordinación con las otras del resto de partícipes, va a permitir la culminación de sus objetivos últimos. Este concierto previo hace responsables a todos los confabulados por el delito en grado de consumación, ya que el tráfico existe desde el momento en que una de las partes pone en marcha los mecanismos de transporte de la droga que el receptor había convenido, ya que puede considerarse “a disposición” del destinatario final y todos sus intermediarios, pues a ellos está abocada. Por ello, tratándose de envíos de droga por correo o por otro sistema de transporte, es doctrina consolidada que si el acusado hubiese participado en la solicitud u operación de importación, o bien figurase como destinatario de la misma, debe estimarse autor de un delito consumado, por tener la posesión mediata de la droga remitida” (en el mismo sentido, SSTS de 29 de septiembre de 2002, 20 de mayo de 2003, 28 de octubre de 2006, 5 de diciembre de 2007, 29 de septiembre de 2009, entre otras).

Y es que, tal como viene reconociendo la mencionada doctrina jurisprudencial de la Sala Segunda del T.S. “el delito se consuma siempre que exista un pacto o convenio entre los implicados para llevar a efecto la operación, en cuanto que en virtud del acuerdo la droga queda sujeta a la solicitud de sus destinatarios, siendo indiferente que no se hubiera materializado una detentación física del producto. Por lo tanto el tráfico existe desde que una de las partes pone en marcha los mecanismos de transporte de la droga que el receptor había previamente convenido”.

En estos supuestos, viene considerando la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que siempre que se consigue una disponibilidad de la sustancia enviada, que queda sujeta a la voluntad del adquirente, el delito queda perfeccionado.

Sin embargo, de acuerdo con la doctrina expuesta, cabe admitir la tentativa cuando se estime acreditado por la Sala sentenciadora que la intervención del acusado no tuvo lugar hasta después de que la droga se encontraba ya en el lugar de destino. En efecto, a veces se solicita por un tercero (verdadero autor del delito consumado) la colaboración de personas para que participen, de un modo accesorio y secundario, en los pasos previos a la recepción de la mercancía por sus originales destinatarios, sin haber intervenido en la operación previa destinada a traer la droga desde otro lugar (normalmente el extranjero), sin ser el destinatarios de la mercancía y sin que lleguen a tener la disponibilidad efectiva de la droga intervenida, por ser detenidos antes de hacerse cargo efectivo de la misma, debiéndose apreciar en estos casos el delito en grado de tentativa (en tal sentido SSTs 668/2010, de 29 de junio y 115/2015, de 5 de marzo, entre otras).

Por lo tanto, si la intervención del que recibe la droga tiene lugar después de que la sustancia se encuentre en el lugar del destino (nuestro país), habiéndose solicitado su colaboración por un tercero, sin haber intervenido en la operación previa, sin ser destinatario de la mercancía y sin llegar a tener la disponibilidad de la droga intervenida, se trata de un delito intentado.

Ahora bien la consumación no se desvanece porque, en un momento del trayecto que el transporte sigue, el logro de la llegada al destinatario final haya sido abortado. Iniciado el transporte, la consumación se habrá producido (SSTs 115/2015, de 5 de marzo y 213/2012, de 22 de marzo).

De acuerdo con la anterior doctrina, la STS 172/2015, de 26 de marzo, catalogó como tentativa el comportamiento del acusado que sin que conste que hubiera tenido intervención previa en las actuaciones que confluyeron en el envío del paquete objeto de entrega controlada, ni siquiera vía concierto con aquellos que lo organizaron, se presentó en la oficina de Correos en la que se identificó ante el empleado allí presente como destinatario del paquete en cuestión y lo reclamó, si bien no llegó a culminar su retirada porque abandonó precipitadamente el lugar antes de serle entregado (al detectar que había sido descubierto).

La STS 115/2015, de 5 de marzo, también considera delito intentado el comportamiento de la acusada, compañera sentimental del otro acusado (considerado autor de un delito consumado), pues no figura como destinataria ni receptora del paquete que contenía los rodillos con la cocaína, ni consta hubiese intervenido en la operación previa de envío y su intervención concretada en preparar la documentación necesaria para el envío del paquete y los trámites y papeleos necesarios para el transporte de la sustancia, desde Barcelona a Zamora, debe entenderse producida una vez llegado el paquete a España, al no estar acreditado lo contrario. Por ello, según el Alto Tribunal, "aun cuando tuviese pleno conocimiento de su contenido y su actuación fuese relevante e incluso fuese ella la que inicialmente iba a recoger el paquete, lo

que determina su participación a título de autor, como cooperadora necesaria, lo cierto es que como el paquete no llegó a ser retirado por la actuación policial, no tuvo disponibilidad siquiera sobre el mismo, su actuación no rebasó los límites de la tentativa”.

Finalmente la STS 668/2010, de 29 de junio, contempla igualmente un delito en grado de tentativa, en el comportamiento de la acusada recurrente, destinataria del paquete que contenía droga, pues acorde con los hechos que se declaran probados, no era la destinataria real de la mercancía ni tampoco consta que hubiese participado en la operación previa destinada a traer la droga a España, droga de la que no llegó a tener la disponibilidad efectiva. Así las cosas, la sentencia del Alto Tribunal estima el recurso de casación interpuesto y considera que el delito, en relación a la acusada se ha cometido en grado de tentativa.

5.3. Envío de paquete postal: cabe desistimiento

El artículo 16-2 del Código penal dice que “quedará exente de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito”.

Existen casos, en los que los destinatarios del paquete postal conteniendo droga y sometido a entrega controlada no llegan a recogerlo, y abandonan el lugar de la entrega, tras advertir que están siendo objeto de seguimiento policial (aprecian especial movimiento de personal detrás del mostrador de Correos etc.). Tales comportamientos de los acusados que sospechan haber sido descubiertos y deciden no asumir riesgos, no caben ser conceptuados como desistimientos libres, sino una renuncia a su propósito a causa de la aparición de impedimentos con los que no contaban. Así se proclamó por ejemplo en la STS 172/2015, de 26 de marzo, en la cual se enjuició un comportamiento similar del acusado que abandona precipitadamente el lugar de la entrega (oficina de Correos), al sospechar que había sido descubierto. En esta resolución se dice que “para que el desistimiento alcance virtualidad excluyente es necesario que el abandono de la acción delictiva emprendida sea consecuencia de una decisión personal y plenamente voluntaria del agente. La doctrina mayoritaria entiende que el desistimiento no es libre cuando el autor renuncia a su propósito a causa de la aparición de impedimentos con los que no contaba. Y aunque, en principio, tales impedimentos pudieran calificarse de absolutos o de relativos, la jurisprudencia de conformidad con la doctrina mayoritaria viene considerando que en ambos casos debe excluirse, en principio la hipótesis del desistimiento voluntario (ver en este sentido la STS 637/2014, de 23 de septiembre)”. Se concluyó que el desistimiento del

acusado no fue espontáneo, sino consecuencia de saberse descubierto. La reacción del recurrente, no fue la que impidió la consumación del delito. Se consideró que su presencia en la oficina de Correos con la documentación que le habilitaba para la retirada del paquete supuso no sólo un comienzo de ejecución, sino la posesión mediata sobre su contenido que, habida cuenta la naturaleza de los delitos contra la salud pública, de peligro abstracto y consumación anticipada, hubiera implicado la consumación. Consumación que excluye cualquier posible desistimiento y que si no se produjo fue por otro factor determinante, aunque extraño: la intervención de la droga que impedía, salvo situaciones prácticamente impensables, que el acusado pudiera hacerse con ella. De ahí que su comportamiento no resultara idóneo para impedir la consumación (en el mismo sentido SSTs 322/2008, de 30 de mayo y 1053/2007, de 18 de diciembre). Como sabemos, el delito contra la salud pública por tráfico de drogas, se consuma con la mera posesión, mediata o inmediata, cuando pueda inferirse adecuadamente el destino al tráfico de la droga. La Ley no contempla la posibilidad de desistimientos incompletos que pudieran actuar como atenuantes analógicas.

Por consiguiente, ninguna trascendencia se debe otorgar al comportamiento evasivo del destinatario que actúa de ese modo de cara a evitar la consumación del delito ya que si esta no se produce es por una causa ajena a su voluntad, la previa incautación de la droga, prescindiendo de la cual, el delito se habría consumado con la actuación del sujeto mediante la retirada del paquete que sabía contenía la droga y de la que era el destinatario.

Sin embargo, en ocasiones, pueden darse comportamientos en el destinatario de la droga catalogables como un verdadero desistimiento y que determinan su impunidad. Así acontecerá por ejemplo, si el receptor del paquete, que no ha intervenido en la operación previa destinada a traer la droga, desiste de su recogida y por tal motivo no logra una disponibilidad de la misma. Este es el supuesto recogido en la STS 369/2011, de 11 de mayo. Se contempla el caso de un acusado que gestiona el envío desde Colombia a través de una empresa, de siete bidones conteniendo cocaína, con la finalidad de su ulterior distribución, y que fueron objeto de una entrega vigilada. El mencionado acusado cuando supo de la llegada de tales bidones, encargó a otra persona (acusado también en el procedimiento), para que retirase la mercancía, poniéndose en contacto con la empresa de transportes e interesándose por la mercancía y manifestando su deseo de retirarla. Sin embargo, al serle reclamada por la citada empresa una documentación sanitaria, dejó de reclamar la mercancía. La Sentencia de la Audiencia Provincial le condena como autor de un delito intentado de tráfico de drogas (no constaba que existiera un previo contacto con los que realizaron el envío), sin embargo el T.S., en casación absuelve al mencionado acusado, al estimar que se ha dado un acto de desistimiento voluntario. Considera la mencionada resolución que es una persona que no comprometió su actuación con anterioridad al envío de la sustancia

tóxica (hecho este que habría determinado la consumación delictiva), sino que es instada a intervenir cuando la sustancia se encuentra en España y cuando la policía ya estaba alertada de su existencia. Lo realiza (se dice en el hecho probado) a instancias de otro condenado, y se encarga de contratar los servicios de una empresa para que llevase los bidones a su casa. Cuando le indica la empresa la necesidad de una documentación de la que carecía, desiste, dejó de reclamar la mercancía, esto es, conociendo el concreto contenido de los bidones (así quedó demostrado en el juicio), dejó de actuar para reclamar la llevanza de la droga aportando unos documentos que eran necesarios para su remisión y entrega. El T.S., termina estimando el motivo y dictando una segunda sentencia absolutoria por aplicación del artículo 16-2 del Código penal (el acusado desiste de la realización del tipo penal).

5.4. El mero hecho de figurar como destinatario del paquete no es prueba suficiente para la condena

El hecho de que el paquete conteniendo droga vaya dirigido a una persona, es un indicio importante de su culpabilidad, pero sólo eso. Ese único indicio debe ser valorado como insuficiente para destruir la presunción de inocencia que le asiste y proceder a su condena.

Es doctrina jurisprudencial muy consolidada, tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo, que la llamada prueba indiciaria (en la que se busca acceder al conocimiento de un hecho a partir del ya adquirido acerca de otro) exige la acreditación rigurosa de una pluralidad de datos fácticos de los que, en virtud de máximas de la experiencia dotadas de reconocida eficacia explicativa, racionalmente utilizadas, sea posible dar por cierta la implicación de una persona en un hecho tipificado como delito.

De este modo, como afirma la STS 39/2015, de 4 de febrero, “la evaluación del rigor de una actividad probatoria llevada a cabo conforme al esquema de la prueba indiciaria, obliga a operar analíticamente, para comprobar, primero, si ha concurrido un conjunto de elementos probatorios de partida, de cuya realidad no quepa dudar. En segundo término, si estos han sido tratados conforme a reglas obtenidas por generalización empírica, dotadas de reconocida capacidad explicativa en la práctica social. Y, en fin, si el resultado de esa operación permite concluir, también sin duda, que aquellos datos de hecho son efectivamente indicadores de la existencia de una conducta penalmente relevante.

La exigencia de la pluralidad de indicios viene determinada por la habitual y bien experimentada ambigüedad de estos, en el sentido de que, por lo regular, de la existencia de uno solo no se sigue, no ya necesariamente, sino ni siquiera en términos de certeza práctica, una sola conclusión como posible”.

Hay que tener en cuenta que pueden existir personas que quieran causar un perjuicio a su enemigo, y el envío al mismo de un paquete postal con

sustancias estupefacientes para que sea detenido y responda por un delito de narcotráfico que no cometió, puede ser uno de los métodos utilizados. También pueden existir sujetos sin escrúpulos, que utiliza a terceras personas (incluso amigos), que desconocen el verdadero contenido del paquete, como instrumento de sus propósitos delictivos, siendo autores mediatos del delito.

Precisamente por tratarse de un único indicio, la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 39/2015, de 4 de febrero, considera que es ciertamente insuficiente para enervar la presunción de inocencia de que gozaba el acusado. En efecto, fuera de tal indicio (dice la sentencia) no concurre ningún otro indicador que implique al mismo en esta ni en ninguna operación de comercio con cocaína u otras drogas. No consta que supiera de la existencia de este envío en curso (lo recogió su empleada de hogar, que se hizo pasar por su esposa, cuando éste no se hallaba en su domicilio), ni que, como a veces ocurre, hubiera manifestado esperarlo o algún interés por él. E, incluso, hay que subrayar que la forma de comportarse, al saber de la detención de la empleada de su casa que lo recibió, abunda en este mismo sentido. Tampoco cabe hablar de un interés o necesidad de carácter económico que pudiera haberle movido a implicarse en esa clase de tráfico; más bien lo contrario.

Afirma la sentencia del Alto Tribunal, que “atribuirle al acusado destinatario del paquete la implicación en el tráfico de cocaína, valorado conforme a la máxima de la experiencia consistente en el criterio de que un envío de esa clase e importancia no se hace a cualquiera que no tuviera que ver con él, se estaría estableciendo implícitamente una regla de prueba legal que podría formularse así: a partir de una cantidad de droga de un determinado valor, todo aquel al que se remita por correo un paquete con tal clase de contenido, será considerado autor de un delito de tráfico de estupefacientes (como por otra parte hizo la Sala de instancia, que condenó al acusado recurrente). Y no resulta necesario explicar por qué, en un régimen probatorio fundado en el criterio de libre convicción racional este es un principio ciertamente insostenible, pues es claro que la hipótesis alternativa, en este caso la sostenida por el recurrente, no puede excluirse como ciertamente explicativa y plausible”.

La Sentencia termina por concluir que “lo que pesa a cargo del acusado es un indicio relevante, que, si ha autorizado a sospechar racionalmente su posible implicación real en los hechos de la causa, en sí mismo y por sí solo carece de aptitud para despejar la duda acerca de que sea efectivamente así. Por eso, y por todo lo expuesto, es forzoso concluir que su derecho a la presunción de inocencia no puede considerarse eficazmente desvirtuado”.

El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 137/2002, de 3 de junio (citada por la STS 39/2015) entendió asimismo en un caso de particular similitud con el que se examina, que con la condena del acusado, se había vulnerado el derecho fundamental a la presunción de inocencia. Se trata de un supuesto en el que el acusado que reside en Meaño —Pontevedra— (demandante del

amparo) figura como destinatario de un paquete remitido por un amigo suyo desde Ceuta, que contiene hachís, habiéndose averiguado, por efectivos de la Guardia Civil, que días antes el mismo remitente había enviado desde la misma localidad (Ceuta) a Meaño otro paquete a nombre y a la misma dirección del recurrente en amparo, si bien fue interceptado en Algeciras y remitido al Juzgado de Instrucción N.º 5 de la localidad y abierto dicho paquete se halló hachís. Se acuerda la entrega controlada del paquete mencionado, una vez extraído de su interior el hachís que contenía, siendo llevado al Servicio de Correos de la localidad de Sangenjo y tras ser avisado el acusado de su llegada no acudió a recogerlo. El remitente le había llamado para decirle que no recogiera el paquete porque podía contener algo dentro y la policía estaba detrás, por eso no acudió a recogerlo. El remitente del paquete declaró que el destinatario desconocía lo que contenía el paquete en su interior, y que se lo remitió para que lo recogiera y guardase hasta su vuelta, que se encontraba próxima.

Tras ser condenado el destinatario (además del remitente) del paquete como autor de un delito contra la salud pública, y agotar los recursos ordinarios (incluido el de casación), recurrió en amparo, y el Tribunal Constitucional en dicha Sentencia consideró que se había producido la vulneración del derecho a la presunción de inocencia del demandante de amparo, pues “partiendo de que los hechos base (o indicios) quedaron plenamente acreditados, sin embargo la inferencia realizada por el Tribunal ha de reputarse —según dicho tribunal— excesivamente abierta. En efecto, del hecho de ser amigo del remitente, de conocer que se va a recibir un paquete y de que se produzca el aviso de que no se recoja el enviado previamente porque puede contener algo y la policía está detrás, no puede deducirse, sin más, que respecto de este segundo envío el demandante no sólo conociera la existencia de la droga en su interior, sino que además actuaba en connivencia con el remitente” (...). El Tribunal Constitucional termina estimando el recurso y anulando la sentencia impugnada, debido a que la condena se basa en una prueba indiciaria que no cumple el canon constitucional, dado que del hecho base acreditado no se infiere de modo inequívoco la conclusión a la que se llega.

TÉCNICAS ESPAÑOLAS DE INVESTIGACIÓN POLICIAL SOBRE LA CIRCULACIÓN Y ENTREGA VIGILADA DE DROGAS EN EL ÁMBITO DE LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA

Concepción Carmona Salgado

Catedrática de Derecho Penal en la Universidad de Granada
(España)

SUMARIO: 1. Nuevas técnicas de investigación policial. La entrega vigilada y el agente encubierto: cuestiones comunes a ambas figuras. 2. La circulación y entrega vigilada de drogas y otras sustancias prohibidas. 3. El agente encubierto.

1. NUEVAS TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN POLICIAL. LA ENTREGA VIGILADA Y EL AGENTE ENCUBIERTO: CUESTIONES COMUNES A AMBAS FIGURAS

Puesto que en la actualidad ya nadie cuestiona la insuficiencia de los mecanismos penales vigentes, como tampoco la de los medios tradicionales de investigación policial existentes para luchar contra la criminalidad organizada que opera dentro y fuera de nuestras fronteras, cuya capacidad de actuación e ilimitados medios de que disponen supera con creces a la que resulta inherente a cualquier organización delictiva común, se ha suscitado en los últimos años la necesidad de elaborar nuevas respuestas a esta problemática, tanto a nivel interno, sustantivo penal y procesal, como en el marco de la cooperación internacional.

A grandes rasgos, éste es el planteamiento seguido por Naciones Unidas y la Unión Europea, quienes solventan el eventual conflicto que pueda surgir entre la tutela de los derechos fundamentales de los individuos y la eficacia de la investigación penal alegando que se trata de una confrontación más aparente que real, ya que ambos son valores esenciales del Estado de Derecho que hay que intentar hacer compatibles entre sí a partir de la primacía del primero de ellos, si bien la proliferación del fenómeno criminal de la delincuencia organizada transnacional ha puesto de manifiesto la inevitable necesidad de que los Estados y la propia comunidad internacional hayan tenido que crear para repelerlo nuevos instrumentos penales y técnicas de investigación que

conlleven inevitablemente altas dosis de intromisión en el ámbito de los derechos personales de los ciudadanos¹.

Así pues, y partiendo de la premisa del carácter desfasado y obsoleto de nuestra LEcrim en lo que se refiere a la fase de la investigación en cuanto a la realización de las concretas diligencias y actividades necesarias para averiguar el delito y descubrir al delincuente, la cual, salvedad hecha de alguna reciente modernización, a la que me referiré después, procede casi en su integridad del siglo XIX, al menos en lo que concierne a la instrucción procesal penal², se hace imprescindible que el legislador cree nuevas técnicas de investigación al servicio de las autoridades de persecución en este ámbito, ante la evidente insuficiencia de las existentes, que se adapten mejor al descubrimiento y obtención de pruebas en que se manifiestan las modernas formas de criminalidad y, en particular, la organizada, bien entendido que lo que se pretende no es tanto sugerirle que aporte innovaciones sobre este asunto como que las medidas que se introduzcan gocen de una mejor aptitud para reprimir más eficazmente que las tradicionales dicha clase de delincuencia; algo que desde hace ya tiempo se viene planteando en nuestro propio Ordenamiento, al igual que en los de nuestro entorno.

En esta línea, se han citado³ entre tales medios especiales de investigación como prioritarios los siguientes:

1. La observación policial prolongada de la actividad desarrollada por personas sospechosas de pertenecer a alguna organización delictiva (p.ej., el § 163e de la Ley alemana sobre procedimiento penal —*Strafprozesordnung*— regula dicha actividad).

2. La utilización de diversas técnicas del tratamiento automatizado de datos, en particular la confrontación de informaciones recogidas en ciertos bancos de datos; sistema éste igualmente contemplado en los §§ 98^a, 98b y 98c de la citada Ley germánica.

1 En el sentido del texto, ZARAGOZA AGUADO, J., "Tratamiento penal y procesal de las organizaciones criminales en el Derecho español. Especial referencia al tráfico ilegal de drogas", en *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, 2000, p. 113 y n.º 56. Señala este autor que quizá por dicha razón, y sin perder de vista los diferentes contextos socio jurídicos, así como la mayor o menor gravedad del problema a combatir, algunos países han probado, con más o menos éxito, una serie de mecanismos legales de excepción o emergencia, cuál fue el caso del "Derecho Penal de Excepción o Emergencia", surgido en Italia a finales de los años 70 y primeros de los 80 a través de novedosos mecanismos penales y procesales, como sucediera con la figura del arrepentido (*pentiti*) y los privilegios establecidos para los mismos; legislación de emergencia objeto de severa crítica por destacados sectores de la doctrina italiana al haberla calificado de contraria a la normalidad constitucional y resultar absolutamente incompatible con la legislación democrática.

2 Por todos, en relación a la desafortunada regulación de las intervenciones telefónicas, vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, Madrid, 1989.

3 Así, GASCÓN INCHAUSTI, F., *Infiltración policial y agente encubierto*, Granada, 2001, pp. 4 y 5.

3. El empleo de diferentes técnicas de captación y reproducción del sonido y la imagen, que permitan tener acceso al contenido de conversaciones de sujetos sospechosos y de sus respectivas actividades como integrantes de organizaciones delictivas, aunque se desarrollen incluso en ámbitos privados. La regulación de esta técnica de investigación, contenida en los & 100c a 100f del referido cuerpo legal, requirió en su momento la previa reforma del art. 13 de la Constitución Federal.

4. La admisión de la circulación y entrega vigiladas (o, incluso, controladas) de droga, prevista en términos genéricos por el art. 11 de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988, y legalmente contemplada por el art. 263 bis de la LECrim española.

5. Y, por último, el recurso a la infiltración de ciertas personas, ya sean agentes judiciales, ya particulares, dentro de las organizaciones criminales para obtener información acerca de sus integrantes y de las actividades desarrolladas por ellos, técnica esta prevista en el art. 282 bis de la LEC, que trae causa de su homónima germana, regulada en los && 110a a 110e de la StrafprozesBordnung, bajo la denominación del *verdeckter Ermittler*.

En relación a estas medidas propuestas, la novedad no reside tanto en la creación misma de las técnicas que incorporan como en el hecho de que los respectivos Ordenamientos jurídicos regulen expresamente su utilización o puesta en marcha en la práctica para hacer frente a la investigación procesal penal, de donde se desprende su carácter secreto, merced al cual las personas investigadas no deben llegar a ser descubiertas. Esta última nota distintiva de las citadas diligencias investigadoras, con anterioridad a aparecer reguladas en sus respectivas legislaciones, desencadenó grandes críticas en diversos ámbitos jurídicos, sociales y políticos de sus correspondientes países, fundamentalmente por la imposición que hacen los poderes públicos a través de ellas al ciudadano, al que obligan a someterse a una eventual intromisión por parte de los mismos en determinadas parcelas de su vida privada⁴. Como es lógico, para evitar males mayores como éste que acabo de citar, la necesidad de mantener este tipo de técnicas como instrumentos eficaces de lucha contra la moderna criminalidad organizada pasa por someterse, ineludiblemente, a las exigencias del principio de proporcionalidad, sobre el que volveré en un momento posterior.

En este orden de cosas conviene recordar que la intervención del Derecho Penal en determinadas actividades criminales, por graves que estas sean,

⁴ Tal como sucedió en Alemania con el debate social previo a la creación por la Ley de 4 de mayo de 1998 del denominado *GroBer Lauschangriff*, que amplió la posibilidad de emplear técnicas de escucha y grabación de la palabra a los domicilios privados. Vid. GASCÓN INCHAUSTI, F., *Infiltración policial y agente encubierto*, cit., p. 6.

no puede justificar el sacrificio ilimitado de ciertos derechos fundamentales y garantías constitucionales reconocidas por el Estado de Derecho a todos los ciudadanos en general, constituyendo su tutela el fundamento de cualquier sistema democrático. De ello se deriva la necesidad de justificar la lucha contra la delincuencia organizada en la rigurosa utilización de medios legítimos que respeten esos valores fundamentales, motivo por el que las técnicas excepcionales de investigación empleadas, que conllevan una mayor o menor limitación de los derechos individuales de las personas, deben aplicarse en base a *criterios restrictivos* y bajo *estricto control judicial*, asegurándose de este modo una solución lo más equitativa posible a los intereses en conflicto.

Así pues, como punto de partida de este análisis comparto la opinión de quienes rechazan desde la legalidad democrática aquellos instrumentos jurídicos que pretendan restringir el contenido esencial de derechos sustantivos y garantías procesales constitucionalmente protegido creando situaciones especiales para determinados delitos (p.ej., medidas cautelares que afectan a la inviolabilidad de domicilio o de las comunicaciones), aunque sin olvidar por ello la idea que proclama el propio *Tratado de la Unión*, relativa al *Espacio Judicial Europeo*, es decir, al logro de un espacio de libertad, seguridad y justicia, que reclama una acción política concertada y firme ante los gravísimos problemas que origina el crimen organizado, que debe manifestarse en un doble frente: de una parte, el normativo-sustantivo, mediante la creación de tipos penales y de sus respectivas sanciones y en el ámbito procesal, a través de la formulación de técnicas de instrucción e investigación, así como de sistemas de formación de pruebas y leyes uniformes de procedimiento; y de otra, en base a una labor de cooperación policial y judicial más estrecha que facilite los intercambios de información, las comunicaciones directas entre órganos investigadores para una más rápida y eficaz ejecución de las solicitudes de cooperación y de los planes de investigaciones conjuntas⁵.

La Ley Orgánica 5/99 de 13 de enero introdujo en la LECrim dos reformas de considerables interés. Por un lado, creó la figura del *agente encubierto* (art. 282 bis), sin precedente alguno en nuestro Ordenamiento jurídico, y por otro, intentó adaptar la ya existente técnica investigadora, conocida como *entrega vigilada*, a las necesidades suscitadas con el paso del tiempo en la lucha contra las graves actividades delictivas emanadas del tráfico ilegal de drogas, pues su creación originaria data de la Ley Orgánica 8/92 de 23 de diciembre, que la incorporó al art. 263 bis de la LEC, en concordancia con la *Convención de Viena* contra el Tráfico Ilícito de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, de 20 de diciembre de 1988 (arts. 1 y 11)⁶, y con el *Convenio*

5 De esta opinión, ZARAGOZA AGUADO, J., "Tratamiento penal y procesal de las organizaciones criminales en el Derecho español. Especial referencia al tráfico ilegal de drogas", cit. p. 115.

6 Señala el art. 1 de la Convención de Viena que la entrega vigilada es "[...] la técnica consistente en dejar que remesas ilícitas o sospechosas de estupefacientes, sustancias psicotrópicas,

de Schengen (art. 73) de 1985, si bien la nueva redacción del precepto amplía enormemente su contenido en lo que se refiere al objeto de la medida, hasta el extremo de que éste ya no queda reducido a drogas y tóxicos similares, sino que ahora comprende también una serie de elementos que se analizarán a continuación con detalle.

2. LA CIRCULACIÓN Y ENTREGA VIGILADA DE DROGAS Y OTRAS SUSTANCIAS PROHIBIDAS

2.1. Regulación jurídica y finalidad perseguida

La circulación y entrega vigilada se encuentra regulada en el art. 263 bis de la LECrim, en cumplimiento de lo dispuesto en los arts. 11.1 de la Convención de Viena y 73 del Convenio de Schengen, antes citados. A juicio de algún autor⁷, se trata de un precepto de notable imprecisión sistemática, que hubiera tenido mejor acomodo si se hubiera yuxtapuesto al art. 579, relativo a la intervención postal, ya que su única relación con la figura de la denuncia (Título Primero del Libro Segundo LECrim) se concreta en incorporar una específica exención de la obligación de denunciar los delitos que corresponde a los órganos encargados de la persecución penal, puesto que el art. 263 de dicho cuerpo legal así lo establece en términos genéricos, mientras el art. 408 CP castiga, en particular, a la autoridad o funcionario que, faltando a la obligación de su cargo, dejare intencionalmente de promover la persecución de los delitos. Ello significa que de no existir el art. 263 bis, que permite expresamente la entrada y/o circulación de estupefacientes por nuestro país con la finalidad de detener al mayor número posible de integrantes de bandas organizadas de narcotráfico, el funcionario de policía incurriría en responsabilidad criminal al no cumplir con su obligación de denunciar y detener a los que realizaran la primera comisión de tales infracciones contra la salud pública, lo que restaría una buena dosis de eficacia a la lucha contra el fenómeno de la criminalidad organizada en este contexto.

precursores o sustancias por las se hayan sustituido las anteriormente mencionadas salgan del territorio de uno o más países los atraviesen o entren en él, con el conocimiento y bajo la supervisión de las autoridades competentes con el fin de identificar a las personas involucradas en la comisión de los delitos tipificados en el art. 3, párrafo 1 de la Convención". La mayor parte de los países signatarios de esta Convención asumieron en su momento esta técnica de investigación desarrollándola normativamente a través de disposiciones internas. El principio de justicia universal al que quedan sometidos esta clase de delitos en cuanto a su persecución justifica la imprescindible cooperación de los Estados en su investigación, presuponiendo el empleo de dicha técnica un hecho delictivo previo de tráfico ilícito que se está cometiendo o se ha cometido en otro Estado susceptible de ser enjuiciado por la jurisdicción española, el cual, pese a ser conocido por las Autoridades competentes, no es impedido para obtener pruebas de la participación en el mismo de determinados integrantes de la organización.

7 GIMENO SENDRA, V., "Delitos contra la salud pública", en *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, 2000, p. 175.

Así pues, a grandes rasgos puede decirse que la finalidad perseguida por el art. 263 bis LECrim⁸, en la versión más moderna conferida por la L.O.5/1999, de 13 de enero, no es otra que la de intentar paliar la insuficiencia demostrada hasta ahora por las técnicas tradicionales de investigación sumarial frente a la lucha contra la citada delincuencia, cada vez más extendida a ámbitos transnacionales mediante la utilización de mecanismos muy poderosos de comisión de esta clase de delitos. A tales efectos la medida que el precepto contempla autoriza “la circulación o entrega vigilada de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, así como de otras sustancias prohibidas dentro del territorio nacional”.

2.2. Sujetos competentes para acordar la medida

Según el apartado 1 del art. 263 bis los órganos competentes para autorizar la presente medida son: el Juez de Instrucción competente, el Ministerio

8 Art. 263 bis LEC: “1. El Juez de Instrucción competente y el Ministerio Fiscal, así como los Jefes de las Unidades Orgánicas de la Policía Judicial, centrales o de ámbito provincial, y sus mandos superiores podrán autorizar la circulación o entrega vigilada de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, así como de otras sustancias prohibidas. Esta medida deberá acordarse por resolución fundada, en la que se determine explícitamente, en cuanto sea posible, el objeto de autorización o entrega vigilada, así como el tipo o cantidad de la sustancia de que se trate. Para adoptar estas medidas se tendrá en cuenta su necesidad a los fines de investigación en relación con la importancia del delito y con las posibilidades de vigilancia. El Juez que dicte la resolución dará traslado de copia de la misma al Juzgado Decano de su jurisdicción, el cual tendrá custodiado un registro de dichas resoluciones.

También podrá ser autorizada la circulación o entrega vigilada de los equipos, materiales y sustancias a los que se refiere el art. 371 del Código Penal, de los bienes y ganancias a que se hace referencia en el art. 301 de dicho Código en todos los supuestos previstos en el mismo, así como de los bienes, materiales, objetos y especies animales y vegetales a los que se refieren los artículos 332, 334, 386, 566, 568 y 569, también del Código Penal.

2. Se entenderá por circulación o entrega vigilada la técnica consistente en permitir que remesas ilícitas o sospechosas de drogas tóxicas, sustancias psicotrópicas u otras sustancias prohibidas, los equipos, materiales y sustancias a que se refiere el apartado anterior, las sustancias por las que se haya sustituido las anteriormente mencionadas, así como los bienes y ganancias procedentes de las actividades delictivas tipificadas en los artículos 301 a 304 y 368 a 373 del Código Penal, circulen por territorio español o salgan o entren en él sin interferencia que obstaculice a la autoridad o sus agentes, y bajo sus vigilancia, con el fin de descubrir e identificar a las personas involucradas en la comisión de algún delito relativo a dichas drogas, sustancias, equipos, materiales, bienes y ganancias, así como también prestar auxilio a autoridades extranjeras en esos mismos fines.

3. El recurso a la entrega vigilada se hará caso por caso y, en el plano internacional, se adecuará a lo dispuesto en los tratados internacionales.

Los Jefes de las Unidades Orgánicas de la Policía Judicial centrales o de ámbito provincial o sus mandos superiores darán cuenta inmediata al Ministerio Fiscal sobre las autorizaciones que hubiesen otorgado de conformidad con el apartado 1 de este artículo y, si existiese procedimiento judicial abierto, al Juez de Instrucción competente.

4. La interceptación y apertura de envíos postales sospechosos de contener estupefacientes y, en su caso, la posterior sustitución de la droga que hubiese en su interior se llevarán a cabo respetando en todo momento las garantías judiciales establecidas en el ordenamiento jurídico, con excepción de lo previsto en el art. 584 de la presente Ley”.

Fiscal y los Jefes de las Unidades Orgánicas de la Policía Judicial, centrales o provinciales, así como sus mandos superiores. A este último respecto, el precepto ha sido duramente criticado, y con razón, al entenderse que sólo el Juez debería estar capacitado para adoptar semejante medida, dada su peculiar naturaleza y contenido —al que después aludiré con más detenimiento—, eventualmente vulnerador de determinados derechos fundamentales de las personas, habiéndose manifestado ya esta reclamación en los debates parlamentarios que precedieron a la aprobación de la L.O. 8/1992, creadora del citado precepto, pese a la nulidad de sus efectos, ya que nuestro sistema jurídico optó por seguir las pautas marcadas en esta materia por la Convención de Viena de 1988 ratificándola en 1990.

En una línea especialmente crítica con el mencionado aspecto se ha manifestado algún autor⁹, en cuya opinión la adopción de tales dispositivos debe ser calificada como una simple “operación administrativa al margen de la legalidad procesal” al olvidarse la obligación de comunicación inmediata al Juez de Instrucción de los hechos delictivos, obligación prescrita y no derogada en el art. 295 LECrim, y ello constituye una manipulación ajena al control judicial que puede ulteriormente volverse en contra de los fines perseguidos, puesto que no puede descartarse *a priori* algún ilícito invalidante o que ponga en duda la licitud del trabajo policial tan “clandestinamente” gestionado, hasta el extremo de que al Juez sólo habrá que darle cuenta de las autorizaciones concedidas si existiera un procedimiento judicial abierto (art. 263 bis, 3 II), sin que sirva para resolver el problema planteado la obligación legalmente establecida en ese mismo apartado del precepto de que las autoridades administrativas informen de inmediato al Ministerio Fiscal acerca de la adopción de la medida, ya que dicho órgano, como parte acusadora, es también parte procesal, y no es garante originario de ningún derecho.

Sin embargo, en contra de esta opinión se ha entendido¹⁰ que, no obstante la redacción del citado artículo, la competencia para adoptar la medida no es indistinta, pues, partiendo de la base de que la policía siempre actúa

9 QUERALT JIMÉNEZ, J. J., “Recientes novedades legislativas en materia de lucha contra la delincuencia organizada: L.O. 5/1999 de 14 de enero”, en *Criminalidad Organizada, Reunión de la Sección Nacional Española Reparadora del XVI Congreso de la AIDP en Budapest*, Almagro, mayo, 1999, pp. 131 y 132. El autor recuerda que el legislador ha olvidado que cuenta con una técnica procesal como es el *secreto de las diligencias* (art. 302 I LECrim), que asegura la legitimidad de la actuación de investigación y la consecución del fin al que están destinadas, garantizándose, al propio tiempo, los derechos de los inculcados, si se llevan a cabo con el esmero debido.

10 Vid. GIMENO SENDRA, V., “Aspectos procesales...” cit., pp. 178 y 177. La L.O. 5/1999 suprimió el absurdo requisito de que la notificación de la medida adoptada tuviera que hacerse necesariamente a la Fiscalía Especial para la Prevención y Represión del Tráfico Ilegal de Drogas, que dificultaba enormemente la perseguibilidad de estos delitos si la organización tenía circunscrita su actuación a la demarcación judicial de un determinado Tribunal Superior de Justicia o Audiencia Provincial, estableciendo como suficiente la necesidad de que aquella se efectúe a la Fiscalía competente.

“a prevención” de la Autoridad Judicial, según lo dispuesto en el art. 282 LECrim¹¹, en principio, el único órgano legitimado para autorizarla es el Juez de Instrucción competente, lo que no impide que razones de urgencia aconsejen que la resolución sea acordada por la policía judicial, en cuyo caso podrán hacerlo, aunque tendrán que notificárselo inmediatamente a aquel o al Ministerio Fiscal cuando haya incoado una diligencia al amparo del art. 785 bis LECrim (art. 263 bis. 3 II); o, lo que es lo mismo, según la STS de 19 de diciembre de 2000 (RJ/2075. Ponente: Sr. García-Calvo y Montiel)), con esta figura lo que se pretende es que “la Policía, con el debido control del Juez de instrucción o del Ministerio Fiscal, tenga medios jurídicos eficaces para luchar contra el crimen, sin detrimento de los principios, derechos, y garantías constitucionales”.

Sin embargo, esta interpretación del precepto no solventa el problema de fondo que en él subyace, pues, pese al requisito legal introducido por la reforma de 1999, relativo a la obligación de los Jefes de las Unidades Orgánicas de la Policía Judicial y de sus mandos superiores de dar cuenta inmediata al Ministerio Fiscal o al Juez Instructor competente de las respectivas autorizaciones que hubieran realizado, puede suceder que estas no estén debidamente fundadas, en cuyo caso, aunque conste la *ulterior* comunicación a los citados órganos —por tanto, no se exige que sea *a priori*— de nada servirá entonces porque habrá que declararlas nulas, y éste es, probablemente, el más grave error legislativo en que incurrió la nueva redacción conferida al art. 263 bis LECrim por la L.O 5/1999, la cual no por más extensa resultó ser más esclarecedora.

De otra parte, también llama poderosamente la atención desde un punto de vista legislativo el dato de la mayor cautela requerida en el régimen de control de las decisiones adoptadas, en tanto que sólo se exige al Juez de Instrucción el requisito de remitir copia de la resolución fundada en la que adopte la medida al Juzgado Decano de su jurisdicción, que tendrá custodiado un registro de dichas resoluciones (art. 263 bis. 1 LECrim), quizás a los efectos de que el Consejo General del Poder Judicial pueda recabar una estadística nacional de las mismas¹². Se trata de otra de las novedades introducidas por la reforma de 1999, que no alcanzo a entender por qué razón no resulta igualmente aplicable ni a las unidades orgánicas de la Policía Judicial, ni a sus superiores administrativos, así como tampoco al Ministerio Fiscal, a los que,

11 Art. 282 LECrim: “La Policía judicial tiene por objeto, y será obligación de todos los que la componen, averiguar los delitos públicos que se cometieren en su territorio o demarcación; practicar, según sus atribuciones, las diligencias necesarias para comprobarlos y descubrir a los delinquentes, y recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición de la Autoridad judicial.

Si el delito fuere de los que solo pueden perseguirse a instancia de parte legítima, tendrán la misma obligación expresada en el párrafo anterior, si se les requiere al efecto”.

12 Así, RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R., “El agente encubierto y la entrega vigilada”, en *Criminalidad Organizada...*, cit., pp. 109 y 110.

por el contrario, no se les exige que sus respectivas resoluciones fundadas consten en archivo o registro alguno, a excepción de sus correspondientes diligencias; tratamiento, sin duda, discriminatorio e inexplicable.

Caso de ser el Juez quien autorizar la entrega controlada, puede plantearse en la práctica un problema de competencia entre juzgados de instrucción para determinar cuál de los dos intervinientes debe instruir la causa: si resulta competente el primero de ellos, o si, por el contrario, le corresponde hacerlo al que efectúa la apertura del paquete que contiene droga en el lugar de su destino. A esta cuestión, responde la STS de 8 de marzo de 2001 (RJ/2075. Ponente: Sr. García-Calvo y Montiel) que cuando hay una entrega vigilada de un paquete postal con una intervención primera de un juzgado que ya ha detectado la droga e inicia las correspondientes diligencias penales, con intervención de otro juzgado posterior por estar el destinatario domiciliado en partido judicial diferente, y ser éste último quien recibe a los detenidos y realiza la apertura del paquete (arts. 579 y ss. LECrim) con nuevas actuaciones penales, "ha de entenderse competente para la actuación de la causa el Juzgado que primero actuó, por aplicación analógica de lo dispuesto en el art. 18.2 de la citada Ley Procesal"¹³.

2.3. Objeto sobre el que recae la medida

El objeto sobre el que puede recaer la medida de circulación o entrega vigilada está integrado por *drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas*, así como por *otras sustancias prohibidas* (art. 263 bis. 1 I), al que la L.O. 5/1999 añadió los *equipos, materiales y sustancias a los que se refiere el artículo 371 CP*, al igual que a los *bienes y ganancias a que se hace referencia en el art. 301 de dicho Código en todos los supuestos previstos en el mismo* (art. 263 bis 1.II).

En cuanto a la determinación del concepto de "droga tóxica, estupefaciente o sustancia psicotrópica", habrá que remitirse a la problemática general que suscita la concreción del objeto material del delito de tráfico de drogas del art. 368 CP; precepto que distingue a efectos punitivos entre droga y otras sustancias similares que causen o no *grave peligro para la salud*, desprendiéndose de ello la conveniencia técnica y político-criminal de adoptar un concepto penal propio de dichos elementos. Así pues, partiendo de la generalizada y tradicional clasificación doctrinal y jurisprudencial entre droga "dura" y "blanda", atendiendo a la nocividad de sus efectos, esta puede clasificarse en dos grandes grupos, según se trate de sustancias derivadas del *cannabis sativa* (*hachís, marihuana*), calificadas como "no especialmente nocivas" o del

13 En la misma línea, ya se habían pronunciado con anterioridad las SSTS de 6 de febrero de 1988 (RJ/651) y 17 de septiembre de 1999 (RJ/8076).

opio (heroína, metadona, cocaína, LSD, anfetaminas y éxtasis), como “gravemente nocivas”¹⁴.

En lo que se refiere a las eventuales dudas que sobre su constitucionalidad podría plantear la actualización por medio de órdenes ministeriales de las listas de sustancias de estupefacientes prohibidas, que algún autor se ha cuestionado¹⁵, creo que la solución correcta pasa por entender, como hizo en su momento la jurisprudencia del TS (Sala Segunda) —por ejemplo, en Sentencia de 11 de septiembre de 1996— que esta no tiene otro alcance que el de servir como mero indicador individualizado del objeto material del tipo penal correspondiente, ya se trate de sustancias incluidas en las listas anexas de los Tratados internacionales, ya en las que se hayan incorporado ulteriormente a las mismas en el ámbito interno a través de las respectivas órdenes ministeriales¹⁶, luego la exigencia constitucional de la reserva de ley (arts. 53 y 81 CE) se satisface suficientemente mediante el propio art. 368 CP.

Puesto que la expresión legal *otras sustancias prohibidas*, que utiliza el art. 263 bis.1 I LECrim, ya no está comprendida en el objeto material del delito de tráfico de drogas, no cabe, a mi juicio, otra interpretación de la misma que no sea la equivalente a cualquier cosa que se encuentre “fuera del comercio” —*res extra commercium*—, cuya tenencia o circulación constituya infracción penal y pueda estar relacionada con la figura que analizamos (v. gr., armas, explosivos, etc.)¹⁷.

En cuanto a los *equipos, materiales y sustancias* a que se refiere el art. 371 CP, estamos en presencia de la figura delictiva que se ha dado en llamar *tráfico de precursores*, que contiene un elemento normativo que debe integrarse a través de la normativa extrapenal de naturaleza internacional existente en la materia, siendo, además, requisito imprescindible del tipo que el sujeto actúe “a sabiendas”, es decir, con dolo directo respecto de la posterior utilización que se hará de las sustancias en él referidas, no siendo suficiente su mera participación en la elaboración de las mismas faltando dicho conocimiento. De ello se desprende la dificultad probatoria que este extremo

14 A título meramente ejemplificativo, vid. las siguientes SSTs (Sala Segunda). En relación a la heroína: S. de 30 de enero de 1998; metadona, S. de 12 de julio de 1997; cocaína: S. de 24 de abril de 1997; LSD: S. de 23 de marzo de 2000; anfetaminas: S. de 16 de febrero de 1999; y éxtasis: S. de 14 de abril de 1998. Un estudio más detallado sobre el objeto material del delito de tráfico de drogas, en particular, y sobre dicha infracción, en general, puede verse en CARMONA SALGADO, C., “Delitos contra la salud pública (II). El delito de tráfico de drogas”, en *Compendio de derecho penal español. Parte especial*, de CARMONA SALGADO/COBO DEL ROSAL/GONZÁLEZ RUS/MORILLAS CUEVA/QUINTANAR DÍEZ/DEL ROSAL BLASCO/SEGRELLES DE ARENAZA, Dir. COBO DEL ROSAL, Madrid, 2000, pp. 685 y ss.

15 Cfr. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R., “El agente encubierto...”, cit., pp. 110 y ss.

16 En la misma línea, las SSTs (Sala Segunda) de 27 de septiembre de 1995 y 5 de febrero de 1996.

17 De esta misma opinión, GIMENO SENDRA, V., “Aspectos procesales...”, cit., p. 177.

acarreará en la práctica, que aconseja acudir a la prueba indiciaria sobre el ulterior destino al tráfico de las mencionadas sustancias.

Según el apartado 1 del art. 371 CP¹⁸ el que "[...] fabrique, transporte, distribuya, comercie o tenga en su poder equipos, materiales o sustancias enumeradas en el Cuadro I y Cuadro II de la Convención de Naciones Unidas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988, sobre el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, y cualesquiera otros productos adicionados al mismo Convenio o que se incluyan en otros futuros Convenios de la misma naturaleza, ratificados por España, a sabiendas de que van a utilizarse en el cultivo, la producción o la fabricación ilícitas de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o para estos fines, será castigado con la pena de prisión de tres a seis años y multa del tanto al triplo del valor de los géneros o efectos".

Dichas sustancias penalmente sancionadas son, pues, el ácido lisérgico, la efedrina, *seudofedrina*, *ergometrina* y *1-fenil-2 propanona* (Cuadro I), así como la *acetona*, *ácido antranílico*, *ácido fenilacético*, *éter etílico* y *píderidina* (Cuadro II), al igual que las sales contenidas en ellas, si existieran, dando lugar las combinaciones entre estas sustancias a las denominadas *drogas sintéticas*, tales como las denominadas *píldora del amor* (MDA) y éxtasis-*Adán* (MDMA) o *Eva* (MDEA)¹⁹, que suelen consumirse en la modalidad de pastillas, fundamentalmente hoy entre gente joven, habiéndose ya demostrado con creces que su ingesta ocasiona *graves e irreversibles perjuicios en la salud* de las personas.

En cuanto a los *bienes y ganancias* referidos por el art. 301 CP, tal y como se desprende de sus apartados 1 y 2, respectivamente, será castigado "[...] el que adquiera, convierta o transmita bienes, sabiendo que estos tienen su origen en un delito grave, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos...", así como "[...] la ocultación o encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre los bienes o propiedad de

18 Art. 371: "[...] 2. Se impondrán las penas privativas de libertad en su mitad superior cuando las personas que realicen los hechos descritos en el apartado anterior pertenezcan a una organización dedicada a los fines en él señalados, y la pena superior en grado cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de las referidas organizaciones o asociaciones.

En tales casos, los Jueces o Tribunales impondrán, además de las penas correspondientes, la de inhabilitación especial del reo para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de tres a seis años, y las demás medidas previstas en el art. 370".

19 Vid. Sobre la *píldora del amor* la STS de 12 de enero de 1976; sobre la denominada *Adán*, la de 13 de marzo de 1997; y sobre la conocida como *Eva*, la de la de 19 de febrero de 1997. Vid., también sobre esta materia, RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R., "El agente encubierto...", cit., pp. 114 y 115.

los mismos, a sabiendas de que proceden de algunos de los delitos expresados en el apartado anterior o de un acto de participación en ellos”.

El precepto sanciona aquellas conductas mayoritariamente conocidas como *blanqueo de dinero o de capitales*, cuya finalidad no es otra que instaurar los mecanismos preventivos y represivos necesarios para impedir que proliferen todas las actividades que sirven para financiar el funcionamiento de organizaciones criminales, en particular internacionales (en nuestro caso de narcotráfico), al igual que para eludir que se produzcan movimientos de capitales procedentes de las actividades ilícitas desarrolladas por ellas. Es por ello que las Organizaciones internacionales han dictado normas o recomendaciones a los Estados partícipes para que prevengan esta clase de conductas. Así, por ejemplo, la Unión Europea, en su Directiva 91/308, de 10 de junio, del Consejo de las Comunidades Europeas, ordenó a los Estados miembros la persecución de los capitales procedentes de las actividades ilícitas de esta clase de organizaciones, a cuyos efectos ofreció la siguiente definición de *bienes*: “todo tipo de activos, tanto materiales como inmateriales, muebles e inmuebles, tangibles o intangibles, y los actos jurídicos o documentos que acrediten la propiedad de dichos activos o de un derecho sobre los mismos”²⁰.

2.4. Contenido de la misma: concepto de circulación y entrega vigilada

El contenido de esta diligencia viene determinado en el apartado 2 del art. 263 bis LECrim²¹ y consiste en permitir que las sustancias prohibidas, los equipos y materiales que con anterioridad hemos comprobado pueden ser objeto de la misma, al igual que los bienes y ganancias procedentes de las actividades delictivas de “blanqueo de capitales” y del tráfico de drogas, comprendidas en los arts. 368 a 373 CP *circulen* por el territorio español o *salgan o entren* en él sin ser interceptados por la autoridad competente o por funcionarios policiales, con la expresa finalidad de *descubrir e identificar* a las

20 Vid. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R., “El agente encubierto...”, cit., pp. 116 y 117. En cumplimiento de la Directiva citada en el texto España aprobó la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, desarrollada por su Reglamento, aprobado por Real Decreto 925/1995, de 9 de junio. Ulteriormente, la Ley 36/1995, de 11 de diciembre, creó un fondo procedente de los bienes decomisados por delitos de tráfico de drogas y otros delitos relacionados.

21 Art. 263 bis.2 LECrim: “Se entenderá por circulación o entrega vigilada la técnica consistente en permitir que remesas ilícitas o sospechosas de drogas tóxicas, sustancias psicotrópicas u otras sustancias prohibidas, los equipos, materiales y sustancias a que se refiere el apartado anterior, las sustancias por las que se haya sustituido las anteriormente mencionadas, así como los bienes y ganancias procedentes de las actividades delictivas tipificadas en los artículos 301 a 304 y 368 a 373 del Código Penal, circulen por territorio español o salgan o entren en él sin interferencia obstativa de la autoridad o sus agentes y bajo su vigilancia, con el fin de descubrir o identificar a las personas involucradas en la comisión de algún delito relativo a dichas drogas, sustancias, equipos, materiales, bienes y ganancias, así como prestar auxilio a autoridades extranjeras en esos mismos fines”.

personas que estuvieran implicadas en esta clase de delitos. Es decir, se trata de obtener *pruebas suficientes* para condenar a todos los que hayan participado en los mismos, *desarticulando* a la postre las organizaciones criminales que existieren.

No constituye, en cambio, un supuesto de entrega vigilada, decidida unilateral y exclusivamente por la policía —como tampoco un caso de participación de agente encubierto—, sino, por el contrario, una diligencia de investigación hábilmente desarrollada por ella que culminó con la detención del recurrente el supuesto contemplado por la STS de 29 de octubre de 2001 (RJ/9759. Ponente: Sr. Martín Pallín), en el que, una vez descubierta la sustancia ilícita, la acusada, que confesó que la portaba, se trasladara al lugar de la cita con otro acusado, aunque sin llevar la droga en la maleta, lugar donde fue descubierta.

Del mismo modo, la medida también comprende la *prestación de auxilio a autoridades extranjeras* con idéntico fin, como sucede con la denominada *circulación en tránsito*, cuando una determinada remesa de droga, procedente de un país extranjero (v. gr., Colombia), circula por territorio nacional español, aunque su destino final sea, en realidad, un tercer país (p. ej., Holanda).

En relación a esta figura y a la apertura de paquetes cuando esté implicado en la operación algún otro país junto a España, es importante tener presente el art. 73 del Tratado de Schengen, que autoriza a las partes contratantes a tomar las medidas que permitan las entregas vigiladas necesarias para descubrir a los autores de hechos relacionados con el tráfico de estupefacientes, conservando la dirección y el control de las actuaciones en sus respectivos territorios, por lo que, de acuerdo igualmente con el Convenio Europeo de Asistencia Judicial en materia Penal, realizado en Estrasburgo el 20 de abril de 1959, la legislación del país en el que se obtienen y practican las pruebas es la que rige en cuanto al modo de llevarlas a cabo y obtenerlas.

De todo ello cabe deducir, y constituye reiterada doctrina jurisprudencial de la Sala Segunda del TS, que, como señala la STS de 5 de mayo de 2001 (RJ/2944. Ponente: Sr. Martín Pallín), no “es dable entrar en valoraciones o distinciones sobre las garantías de imparcialidad de unos u otros jueces o autoridades, ni del respectivo valor de los actos ante ellos practicados en la forma que la legislación del país establece”, pues, como añade la de 19 de enero de 2001 (RJ/1675. Ponente: Sr. Aparicio Calvo-Rubio), “no es la legislación española la que debe tenerse en cuenta para valorar cómo se detecta en otro país la existencia de droga en un paquete” y, “menos aún las exigencias derivadas de nuestra jurisprudencia sobre el particular”, según Sentencia de 14 de febrero de 2000 (RJ/693. Ponente: Sr. Román Puerta), que versó sobre un caso, previamente resuelto por la Audiencia Provincial de Sevilla, que condenó a un individuo por un delito de tráfico de drogas por haber remitido desde Amsterdam a Sevilla un paquete conteniendo diez mil quinientas dosis

de LSD, sustancia que fue detectada por las autoridades aduaneras de Colonia, de tal modo que con la intervención del Fiscal de dicha capital alemana, así como la del correspondiente Fiscal español, el citado paquete llegó a su destino por el procedimiento legal de la “entrega controlada”. Los alegatos del recurrente sobre la nulidad de la práctica de la diligencia de apertura del mismo llevada a cabo por los funcionarios alemanes de la Aduana de Colonia fueron rechazados, argumentándose, entre otras razones, que de haberse aceptado como válidos, también serían nulas todas las pruebas que directa o indirectamente se hubieran obtenido de la diligencia verificada en España, según la extendida doctrina jurisprudencial española y norteamericana de los *frutos podridos del árbol envenenado*²².

Ahora bien, la previa disposición de esta medida requiere que la policía se cerciore de la existencia de droga dentro del paquete postal de que se trate, surgiendo de esta forma la duda de si puede o no intervenir y proceder a su apertura.

A este respecto, y antes de adentrarnos en el estudio de la normativa general aplicable a tales casos, deben excluirse de la misma ciertos supuestos específicos, como aquellos en los que interviene la policía de fronteras, cuya concreta reglamentación (art. 20 del Convenio sobre paquetes postales, de 14 de diciembre de 1989 y 117.1 de su Reglamento) permite la apertura de los mismos, siempre que contengan estupefacientes, al igual que sucede cuando estuvieran abiertos o fueran enviados bajo el régimen de *etiqueta verde* (arts. 30 y 31 del Decreto 1653/1964, de 14 de mayo, regulador de los Servicios de Correos), respecto de los que se reconocen ciertas facultades de intervención a los funcionarios de aduanas²³, como expresamente recoge la STS de 5 de junio de 2000 (RJ/4153. Ponente: Sr. Martín Canivell), relativa a un supuesto en el que se procedió por el jefe del servicio de área, en colaboración con agentes del GIFA, a observar un paquete por rayos X y, notando que contenía en su interior una masa más densa de lo normal, como quiera que se había remitido a través del sistema de *etiqueta verde*, que autoriza, por tanto, su apertura a efectos de inspección, se procedió a abrirlo observando que contenía unos bollos en cuyo interior había una sustancia que dio positiva a los reactivos para descubrir *cocaína*, motivo por el que dicho funcionario solicitó del Juzgado de Instrucción de guardia *autorización* para poner en marcha la *entrega controlada*, que fue acordada por auto motivado, llevándose finalmente a cabo la detención del delincuente por uno de los Guardias Civiles a quien el auto judicial encargó el servicio.

22 En la misma línea, las SSTS de 6 de junio de 1994 (RJ/4528), 8 de marzo de 2000 (RJ/382), y 14 de septiembre de 2001 (RJ/9013).

23 En relación a la reiterada doctrina de la Sala Segunda del TS en torno a la exclusión del concepto de *correspondencia postal* de los *paquetes* cursados bajo el régimen de *etiqueta verde*, vid., entre otras, las SSTS de 15 de noviembre de 1994 (RJ/9011), 18 de junio de 1997 (RJ/5158), 7 de enero de 1999 (RJ/390) y 25 de septiembre de 2000 (RJ/8087).

Del mismo modo, puede exceptuarse de la normativa general aplicable la utilización de *medios mecánicos*, como por ejemplo, los *rayos X* o el *escáner*, que no conlleven apertura física alguna del paquete, ya que el examen o la inspección por la policía del mismo a través de alguno de estos sistemas no supone, como dice la STS de 3 de mayo de 2000 (RJ/2274. Ponente: Sr. Martínez Arrieta), “vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones”, incluso aunque “haya existido punción para examinar la existencia de la droga”; doctrina esta última que ya había sido con anterioridad proclamada en la Sentencia de 23 de julio de 1998 (RJ/5884).

Otro tanto cabe, finalmente, añadir en cuanto a la apertura y registro de *bolsos y maletas* de viaje, destinados al uso personal, por la autoridad o agentes competentes, que tampoco requieren resolución judicial autorizante, puesto que están excluidos del ámbito de la tutela de la correspondencia postal del art. 18.3 CE. Así lo ha manifestado expresamente la STS de 21 de marzo de 2000 (RJ/225. Ponente: Sr. Abad Fernández), que remite a otras pronunciadas con anterioridad en la misma línea²⁴.

En consecuencia, y salvedad hecha de estos supuestos excepcionales, en los demás casos un *paquete postal*, enviado a través de Correos o mediante cualquier empresa privada, es equiparable a la *correspondencia*, por lo que queda sujeto a todas las normas garantizadoras del *secreto de las comunicaciones* (v. gr., a través de una carta), salvo resolución judicial; inviolabilidad de la correspondencia establecida por vía de principio en el art. 18.3 CE y en los arts. 579 a 586 de la LECrim, que establecen taxativamente los requisitos objetivos que deben motivar la resolución judicial sobre su detención y registro, así como todos los elementos relacionados con la concreta operación de apertura del paquete, con la única salvedad prevista en el art. 584, que alude a la *citación del interesado* a tales efectos, el cual (o en su nombre la persona que designe) *podrá presenciar la operación*.

En este sentido lo ha venido manifestando de forma continuada la doctrina de la Sala Segunda del TS desde la Sentencia de 4 de abril de 1995²⁵, habiéndose pronunciado en esa misma línea más recientemente la de 23 de marzo de 2001 (RJ/1953. Ponente: Sánchez Melgar)²⁶ en un supuesto en el que declaró vulnerado el derecho a la inviolabilidad de la correspondencia del art. 18.3 CE cuando unos guardias civiles, con consentimiento del detenido, más no estando asistido de Letrado (art. 17.3 CE), abrieron en su pre-

24 P. ej., SSTs de 28 de diciembre de 1994 (RJ/10378) y 9 de junio de 1997 (RJ/4669).

25 Ulteriormente, se ha mantenido esta jurisprudencia en otras resoluciones. Así, en SSTs de 22 de diciembre de 1995 (RJ/9444), 14 de noviembre de 1996 (RJ/8204), 4 de marzo de 1997 (RJ/1824) y 23 de marzo de 2001 (RJ/1953).

26 Vid. el comentario a esta Sentencia, publicado en el Diario “La Razón”, de fecha 17 de marzo de 2002, bajo el título “Inviolabilidad de la correspondencia y asistencia letrada”, de COBO DEL ROSAL, M.

sencia un paquete del que era destinatario y que resultó contener droga, declarándose igualmente inválidas, en consecuencia, las pruebas posteriores que traían causa de la nulidad de la diligencia policial de apertura, conforme a la consolidada doctrina de los “frutos podridos” del “árbol envenenado”, la cual, por otra parte, encaja a la perfección con lo dispuesto en el art. 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sin olvidar la prohibición absoluta que se desprende del art. 24 CE respecto de la valoración de las pruebas obtenidas cuando media lesión a un derecho fundamental. Así reza el primero de dichos preceptos:

“En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas directa o indirectamente violentando los derechos o libertades fundamentales”.

Todo ello explica que la L.O. 5/1999 incorporara en su día un nuevo apartado, el 4, al texto reformado del art. 263 bis LECrim que, de este modo, viene a recoger textualmente desde un punto de vista legal la referida declaración de garantías. El precepto, en su nueva versión, dice así:

“4. La interceptación y apertura de envíos postales sospechosos de contener estupefacientes y, en su caso, la posterior sustitución de la droga que hubiese en su interior se llevarán a cabo respetando en todo momento las garantías judiciales establecidas en el ordenamiento jurídico, con excepción de lo previsto en el artículo 584 de la presente Ley”.

No obstante, y pese a que la redacción del precepto así lo establece y podría llevar a interpretaciones erróneas, la posibilidad de *sustituir la droga* por otra sustancia inocua que se le parezca dentro del paquete sólo puede llevarse a cabo mediante resolución motivada dictada por la autoridad judicial, que deberá ponderar su decisión en atención a la gravedad del delito perseguido (principios de *proporcionalidad* y *necesidad*), en tanto nos encontramos en presencia de una figura que afecta a *derechos fundamentales*, y, en particular, al secreto de las comunicaciones (arts. 18.3 y 24 CE), por lo que su vulneración, como ya hemos comprobado, conllevaría no sólo la nulidad de la concreta diligencia ejecutada, sino que se extendería, en general, a los restantes actos jurídicos realizados y a las ulteriores pruebas practicadas, ya que ambos traerían causa directa de la misma.

2.5. Procedimiento a seguir para su adopción

La medida deberá acordarse siempre mediante *resolución fundada*, en la que se exprese, mientras sea posible, el objeto de la autorización o entrega vigilada, así como el tipo y cantidad de la sustancia de que se trate. Así se desprende del art. 263 bis.3 LEC cuando establece que aquella se hará caso

por caso, lo que significa que el recurso a la misma debe ser individualizado, quedando, pues, excluidas las entregas genéricas e indiscriminadas.

Dicha exigencia de que la resolución sea fundada o motivada, introducida en dicho precepto de la Ley Procesal por la L.O. 5/1999, se constituye en primera exigencia formal del *principio de proporcionalidad* como deber constitucional de motivación de las resoluciones judiciales limitativas de derechos fundamentales (deber del órgano judicial/derecho del justiciable), a cuyos efectos el juez deberá realizar un juicio de ponderación entre los derechos fundamentales afectados y los intereses que trate de proteger mediante tal afectación; de ahí que las resoluciones judiciales no motivadas infrinjan por sí mismas los citados derechos²⁷.

El otro principio que preside el procedimiento a seguir en la adopción de esta clase de medidas es el de *necesidad*, el cual, a su vez, se infiere de la letra del art. 263 bis 1, puesta en relación con la del último inciso de su apartado 2, cuando ambas disposiciones aluden a la *necesidad a los fines de la investigación*, teniendo presente la *importancia del delito y las posibilidades de la investigación*, todo ello siempre encaminado a *descubrir o identificar a las personas involucradas en la comisión de algún delito relativo a dichas drogas, sustancias, equipos, materiales, bienes y ganancias*, al igual que a *“prestar auxilio a autoridades extranjeras”* en esos mismos fines. De tales preceptos se desprende que la adopción de la medida está claramente prevista para investigar y dismantelar organizaciones de narcotráfico de gran envergadura y recabar pruebas para poder inculpar a todos los que hubieran participado en ellas, y no, desde luego, para intervenir en operaciones de poca trascendencia, aunque tengan también por objeto la droga, como tampoco cuando los narcotraficantes hayan sido ya plenamente identificados.

Pese a todo, lo verdaderamente importante, a mi juicio, sería valorar *a priori* las posibilidades reales existentes de la puesta en marcha de este operativo frente al riesgo que supondría perder el control policial del mismo frustrándose la operación iniciada, en cuyo caso las consecuencias serían tremendamente nefastas porque la droga escaparía a dicho control y entraría en el circuito ilegal del tráfico.

2.6. Conclusiones críticas

De todas las consideraciones que han sido formuladas a lo largo de este estudio la conclusión crítica final que, en mi opinión, debe prevalecer por encima de cualquier otra que pudiera formularse al art. 263 bis LECrim, en la nueva versión que le confirió la reforma de 13 de enero de 1999, que no por

27 Vid. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R., “El agente encubierto...”, cit., p. 109. Al respecto, vid., también, GIMENO SENDRA, V., “Aspectos procesales...”, cit., p. 179.

ser más extensa resultó más explícita y convincente, es la relativa a la permisión legal de que sean determinadas autoridades administrativas e, incluso, el propio Ministerio Fiscal, quienes estén legitimados para autorizar la circulación o entrega vigilada, cuando sabemos que esta es una figura que afecta a derechos fundamentales y, en particular, al secreto de las comunicaciones postales, proclamado como tal en el art. 18.3 CE, el cual, como sucede con otros derechos de la misma entidad o naturaleza (v. gr., escuchas telefónicas, registros domiciliarios, etc.), solo puede ser vulnerado previa existencia de un auto o resolución judicial motivada, que salvaguarde esos derechos y garantías individuales, que son los pilares en los que se sustenta el Estado de *Derecho*. Por ello, sin duda, dichas autorizaciones, debería otorgarlas, *en exclusiva*, el *Juez de Instrucción competente*, habiendo, pues, desaprovechado la LO 5/1999 una excelente oportunidad para enmendar este error legislativo, cosa que no hizo, al parecer, por mantener vigentes a nivel interno los cánones de la Convención de Viena (1988, ratificada en 1990), imperantes sobre la materia, los cuales, por cierto, también deberían haberse ya modificado hace tiempo en relación a este punto concreto.

3. EL AGENTE ENCUBIERTO

3.1. Consideraciones generales

Como ha sido expuesto en el epígrafe introductorio de este trabajo, la sociedad español, al igual que ocurre en el resto de las sociedades de nuestro entorno, hace ya algunos años que viene siendo un semillero de fertilidad en el que prolifera la comisión de hechos criminales especialmente graves, entre los que se encuentran los pertenecientes a la delincuencia organizada (narcotráfico, terrorismo, prostitución infantil, etc.) y que muchos de los métodos tradicionales de investigación utilizados por la policía para descubrirlos han quedado hoy obsoletos o resultan insuficientes a tales efectos. En este sentido, ninguna técnica resulta tan eficaz como, por ejemplo, introducir a un agente de policía (*agente provocador*) en una trama ficticia organizada de compraventa de droga para que provoque la comisión del delito (*delito provocado*) y poder así fundamentar en él la ulterior condena del (de los) delincuente; eficacia de una práctica policial que, sin embargo, no podría sustentarse constitucionalmente, ya que contraviene los principios fundamentales en los que sustenta un Estado de Derecho, en el que *el fin no siempre justifica los medios*, o, lo que es lo mismo, *no todo vale*, ni puede prevalecer el resultado final de desarticular *a toda costa* una organización delictiva, dedicada al narcotráfico o a la perpetración de cualquier otra infracción penal cometida a gran escala.

No obstante, y excluido de antemano el *delito provocado estricto sensu* —figura esta que no constituye ahora el centro de nuestra atención, aunque tengamos que rozarla siquiera sea tangencialmente—, que ha sido lógica-

mente repudiado por la reiterada doctrina jurisprudencial estudiosa del tema²⁸ al definirlo como una forma de inducción engañosa que utilizan, por lo general, miembros de las fuerzas de seguridad para incitar a una persona a cometer un delito que no tenía con anterioridad el propósito de cometer, con la finalidad de detener a sospechosos, hasta el extremo de concluir que el sujeto no habría actuado de la forma en que lo hizo de no ser por la previa y eficaz provocación proveniente del agente incitador, lo cierto es que los servicios policiales tienen la posibilidad de acudir con bastante frecuencia a otras técnicas de investigación, que resultan de todo punto válidas como elementos de lucha contra el crimen y que son, a la vez, respetuosas de los derechos fundamentales, lógicamente siempre y cuando se ejecuten dentro de sus correspondientes límites.

Así, por ejemplo, es usual en la práctica que ciertos particulares actúen como *confidentes* o *infiltrados* de la policía, o, incluso, ocurre que son los propios agentes los que se *infiltran* en un determinado ambiente criminal ("bajos fondos") para recabar información *desde fuera*, que facilite ulteriormente la persecución de los delitos que se estén investigando. Otro tanto cabría decir respecto de la actuación de algunos *agentes provocadores*, bien entendido que me refiero ahora a aquellos funcionarios de policía que intervienen mediante su conducta con la exclusiva finalidad de descubrir delitos *ya cometidos* o que se *están cometiendo*, generalmente de tracto sucesivo, como son los de tráfico de drogas, quienes funcionan, siguiendo las mismas palabras utilizadas por la STS 53/1997, de 21 de enero, "[...]sin conculcar legalidad alguna... porque en tales casos los agentes no buscan la comisión del delito, sino los medios, las formas o los canales por los que ese tráfico ilícito se desenvuelve..., se pretende la obtención de pruebas en relación a una actividad criminal que ya se está produciendo pero de la únicamente se abrigan sospechas[...]".

La tercera y última técnica investigadora, en la que centraré el resto del presente trabajo, constituye la figura del *agente encubierto*, figura de nuevo cuño en nuestro Ordenamiento jurídico, la cual, debido a la complejidad de su propia naturaleza, si no se aplica debidamente en la práctica puede suscitar graves problemas, tanto materiales como procesales, al igual que serios riesgos para las garantías procesales inherentes a un Estado de Derecho.

28 Sobre la figura del "agente provocador", en general, vid. RUIZ ANTÓN, L. F., *El agente provocador en el derecho penal*, Madrid, 1982. Un estudio detallado de dicha jurisprudencia, así como del *agente provocador* y de la específica conducta de *provocación policial* puede verse en OLMEDO CARDENETE, M., *La inducción como forma de participación accesoría*, Madrid, 1999, pp. 726 y ss., en especial, n.º 91, 99 y 102. Acerca de la delimitación del agente encubierto con otras figuras colindantes, tales como el *denunciante anónimo*, el *arrepentido*, el *under cover agent* de los modelos policiales angloamericanos, o el *agente secreto*, vid., ampliamente, Gascón Inchausti, F., *Infiltración policial...*, cit., pp. 20 y ss., con especial consideración a la bibliografía y jurisprudencia allí citada.

3.2. Concepto de agente encubierto y regulación jurídica

Se trata de un instrumento de investigación que se utiliza por los Cuerpos de Policía de los diferentes Estados con la finalidad de lograr un mayor grado de eficacia en la lucha contra la criminalidad, y consiste en que un agente policial con identidad supuesta, o sea, falsa, se integra en la estructura de una organización delictiva para recabar desde dentro pruebas suficientes que permitan fundamentar la condena penal de sus miembros integrantes, desarticulando, finalmente, la citada organización. Así pues, puede apreciarse que su acción excede de la de un mero *confidente* o *infiltrado*, ya que éste se limita, como hemos comprobado, a recabar información sin inmiscuirse en el entramado organizativo, al igual que de la de un “agente provocador” de un delito ya cometido o que se está cometiendo, cuya meta es descubrir la realidad de esa comisión y obtener pruebas de la misma²⁹.

Es la LO 5/1999, de 13 de enero, la que introduce por vez primera en nuestra Ley Procesal Penal esta figura, siguiendo el ejemplo de otras legislaciones extranjeras³⁰, y lo hace, concretamente, en el art. 282 bis LEC³¹, pues, con anterioridad, sólo había sido objeto de contemplación por parte de cier-

29 Vid. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R., “El agente encubierto...”, cit., pp. 94 y ss.

30 P. ej., la alemana, austriaca, sueca, italiana, francesa o belga. Un estudio detallado de la respectiva regulación jurídica de esta figura en los ordenamientos de cada uno de esos países puede verse en GASCÓN INCHAUSTI, F., *Infiltración policial...*, cit., pp. 37 y ss.

31 Art. 282 bis LECrim: “[...] 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, actuar bajo identidad supuesta y a adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos. La identidad supuesta será otorgada por el Ministerio del Interior por el plazo de seis meses prorrogables por períodos de igual duración, quedando legítimamente habilitados para actuar en todo lo relacionado con la investigación concreta y a participar en el tráfico jurídico y social bajo tal identidad. La resolución por la que se acuerde deberá consignar el nombre verdadero del agente y la identidad supuesta con la que actuará en el caso concreto. La resolución será reservada y deberá conservarse fuera de las actuaciones con la debida seguridad.

La información que vaya obteniendo el agente encubierto deberá ser puesta a la mayor brevedad posible en conocimiento de quien autorizó la investigación. Asimismo, dicha información deberá aportarse al proceso en su integridad y se valorará en conciencia por el órgano judicial competente.

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

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

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

...

to sector de la jurisprudencia³² y de algún autor³³ en particular. Característica esencial de esta regulación es la pretendida *jurisdiccionalización* de la actividad del agente encubierto, plasmada no sólo en la exigencia de la previa autorización judicial de la medida, sino también en el sometimiento ulterior a un control efectivo, que ha de ser judicial también³⁴.

Sin embargo, antes de adentrarme en el estudio pormenorizado de las características esenciales de esta medida, conviene señalar que la LO 5/1999 modificadora de la LECrim, ha venido a perfeccionar la acción investigadora relacionada no solo con el tráfico ilegal de drogas, así como con todo un elenco de actividades ilícitas graves, a cuyos efectos el art. 282 bis.4 de la misma ofrece una definición legal de *criminalidad organizada*, entendiendo por tal "[...] la asociación de tres o más personas para realizar, de forma más o menos permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer alguno o algunos de los delitos siguientes:

- a) Delitos de secuestro de personas previsto en los artículos 164 a 166 del Código Penal.
- b) Delitos relativos a la prostitución previstos en los artículos 187 a 189 del Código Penal.
- c) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico, previstos en los artículos 237, 243, 244, 248 y 301 del Código Penal.
- d) Delitos contra los derechos de los trabajadores previstos en los artículos 312 y 313 del Código Penal.
- e) Delitos de tráfico de especies de flora y fauna amenazada previstos en los artículos 332 y 334 del Código Penal.
- f) Delitos de tráfico de material nuclear y radioactivo previsto en el artículo 345 del Código Penal.
- g) Delitos contra la salud pública previstos en los artículos 368 a 373 del Código Penal.

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

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

32 Cfr. SSTs de 3 de febrero, 16 de abril y 13 de mayo de 1999.

33 Así, DELGADO GARCÍA, M^a. D., "El agente encubierto: técnicas de investigación. Problemática y legislación comparada", en *La criminalidad organizada ante la Justicia*, Dir. F. Gutiérrez-Alviz Conradi, Universidad de Sevilla/Universidad Menéndez Pelayo, Sevilla, 1996, pp. 70 y ss.

34 DELGADO MARTÍN, J., "El proceso penal ante la criminalidad organizada. El agente encubierto", en *Actualidad Penal*, N.º 1, 3 al 9 de enero de 2000, p. 7.

- h) Delitos de falsificación de moneda, previsto en el artículo 386 del Código Penal.
- i) Delito de tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos, previsto en los artículos 566 a 568 del Código Penal.
- j) Delitos de terrorismo previsto en los artículos 571 a 578 del Código Penal.
- k) 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”.

Hecha la salvedad de esta catalogación, que se corresponde con los criterios establecidos en otras legislaciones de nuestro entorno en relación a la necesidad de limitar las formas extraordinarias de lucha contra la delincuencia en función de los principios de especialidad y proporcionalidad³⁵, y retomando el tema del tráfico de drogas que nos ocupa, debe en primer lugar señalarse que solo un *funcionario* perteneciente al Cuerpo de la *Policía Judicial* podrá ostentar la condición de agente encubierto, pues así lo dispone expresamente el art. 282 bis LEC, el cual, por otra parte, tampoco podrá ser obligado a asumir dicha condición, sino que tendrá que aceptarla libre y voluntariamente, dado el enorme riesgo personal que su ejecución conlleva.

3.3. Autoridades competentes para adoptar la medida y contenido de la misma

A diferencia de lo que sucede en la entrega vigilada, esta medida solo puede autorizarla el Juez de Instrucción competente o, en su defecto, el Ministerio Fiscal, que, en este caso, le dará cuenta inmediata, si bien aquel podrá revocarla, es decir, no pueden intervenir en este tipo de autorizaciones ni los Jefes de las Unidades Orgánicas de la Policía Judicial ni sus mandos superiores. De hecho, y de acuerdo con la propia Constitución, todas las medidas restrictivas de derechos fundamentales deben ser adoptadas por un órgano judicial; en consecuencia, la concesión legal al Ministerio Fiscal de facultades para permitir la intervención del agente encubierto debe interpretarse *restrictivamente* en un doble sentido: únicamente operará en supuestos en los que razones de urgencia, que habrá que valorar atendiendo a criterios de racionalidad, impidan solicitar la autorización al Juez de Instrucción, además de que, una vez puesta de inmediato en su conocimiento, éste tendrá que dictar una resolución motivada que recoja el juicio de proporcionalidad y todos los requisitos legalmente exigidos, quedando así subsanada su inicial falta de

35 Vid. MARTÍN PALLÍN, J. A., “Impacto social, criminológico, político y normativo del tráfico de drogas”, en *Delitos contra la salud pública, Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, 2000, p. 160.

intervención, sin que ello impida una eventual revocación de la concesión si cree que no concurren los citados requisitos³⁶.

El art. 282 bis también exige que la *resolución* mediante la que se autorice la intervención del agente encubierto sea *fundada*, lo que significa que si la dicta la autoridad judicial se traduzca en un auto motivado y, si lo hiciera el Ministerio Fiscal, el acuerdo que adopte este organismo deberá estar igualmente fundado, puesto que lo que la Ley pretende es evitar arbitrariedades en la concesión de la medida.

Como sucede con la entrega controlada, así como con cualquier otra técnica investigadora restrictiva de derechos fundamentales, esta que ahora tratamos debe quedar también estrictamente sometida al *principio de proporcionalidad*, implícito en numerosas disposiciones constitucionales. En este orden de ideas, el órgano jurisdiccional competente deberá *ponderar* todas las circunstancias concurrentes en el caso concreto procediendo a autorizar la injerencia en que la medida consiste, únicamente, cuando existan *indicios suficientes* de la comisión de un delito, es decir, razones objetivas que permitan afirmar la probabilidad de que el sujeto esté cometiendo o haya cometido un delito; cuando considere que la actuación del agente encubierto es *objetivamente idónea* para conseguir datos útiles a efectos de investigar las actividades delictivas de una determinada organización criminal de narcotraficantes, resultando, en consecuencia, *necesaria a los fines de la investigación (principio de necesidad)*, como expresamente indica el art. 282 bis.1 LECrim, cláusula esta que algún autor ha interpretado como *subsidiaria*, es decir, de estricta aplicación, siempre y cuando el mismo fin no pueda alcanzarse por otro medio menos gravoso para el afectado, pese a que el citado precepto omita toda referencia a este requisito³⁷, sin olvidar, finalmente, la *gravedad* de la pena correspondiente al delito investigado, como otro de los criterios a considerar en la labor de ponderación inherente al juicio de proporcionalidad.

De todo ello se desprende la prohibición de adoptar medidas de esta índole de "prospección general", que no solo conllevaría el riesgo de que fueran declaradas *nulas* de pleno derecho sino, lo que es aún más grave, podría conducir a la comisión de un *delito provocado*³⁸.

36 De esta opinión, DELGADO MARTÍN, J., "El proceso penal...", cit., pp. 10 y 11.

37 DELGADO MARTÍN, J., "El proceso penal...", cit., p. 13.

38 MARTÍN PALLIN, J.A., "Impacto social...", cit., p. 164. El autor, basándose en la experiencia adquirida por el examen de algunas resoluciones judiciales dictadas en casos de entradas y registros o de intervenciones telefónicas, llega a la conclusión de que son inválidas las fundamentaciones basadas en rasgos o perfiles inciertos derivados de estereotipos tales como: "sospechas policiales", "informaciones fidedignas", "investigaciones realizadas o en marcha" o "fuentes policiales".

Por otra parte, en la resolución debe constar el verdadero nombre del agente y la identidad supuesta con la que actuar en el futuro. Dicha identidad corresponde otorgarla al Ministerio del Interior y podrá durar un plazo máximo de seis meses, prorrogable por otro de seis más, sin que sea factible imaginar la creación de una personalidad fingida de carácter permanente. El agente cuya identidad se cambia actúa bajo ella en lo relacionado con la materia concreta a investigar, al igual que en lo concerniente al tráfico social y jurídico que opere al margen de la misma.

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 282 bis.2 LECrim los funcionarios de la policía judicial que hubieran actuado en una investigación con identificación falsa podrán mantenerla cuando testifiquen en el proceso que pudiera derivarse de los hechos en los que hubieran intervenido, siempre que así se acuerde mediante resolución judicial motivada. Esto es, queda al arbitrio del juez que otorgó en su día la identidad simulada la determinación ahora de las condiciones en que deberá declarar el agente encubierto, cuando lo lógico hubiera sido aplicar la normativa general recogida en la LO 19/1994, de 23 de diciembre, sobre Protección a Testigos y Peritos en Causas Criminales, de tal forma que fuese el órgano encargado del enjuiciamiento quien tomase la decisión oportuna al respecto³⁹. Así y todo, pese a la firme decisión adoptada sobre este extremo por nuestra Ley Procesal Penal, no tendrían que desdeñarse los problemas constitucionales que la misma puede suscitar, en particular en lo que concierne a las eventuales limitaciones que podrían sufrir los derechos de defensa⁴⁰.

3.4. Control judicial

Una vez otorgada la medida, el Juez no puede desentenderse de su ejecución ni de las múltiples injerencias que supone su ejercicio en la práctica, puesto que se trata de una técnica que se prorroga a lo largo del tiempo, con lo que se incrementa el riesgo de que un derecho fundamental, como es el relativo a la intimidad de las personas, pueda verse afectado por ella, al igual que ocurre respecto de otras tantas parcelas de su vida privada, que también pueden ser invadidas al ejercitarse la medida, la cual, finalmente, no es raro que, además de perjudicar a los miembros de la organización de narcotráfico que se esté investigando, afecte también a un número considerable de personas ajenas a ella, aunque guarden algún tipo de relación con los mismos.

39 Ampliamente, sobre las medidas que contiene esta L.O., RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R., "El agente encubierto...", cit., pp. 104 y ss.

40 Vid. sobre este punto, MARTÍN PALLÍN, J. A., "Impacto social...", cit., pp. 170 y 171. Al parecer, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos avala la posición de que se mantenga la identidad falsa en el momento de testimoniar en el juicio oral.

En este sentido, debe existir un *control judicial* de la actividad desplegada por el agente encubierto, susceptible de desarrollarse en tres esferas: la primera de ellas se corresponde con el momento en que se dicta la *resolución* que *autoriza* dicha medida, es decir, el *auto motivado*, basado en el juicio de proporcionalidad, a través del cual el citado control se ejercerá mediante el debido cumplimiento de cada uno de los requisitos que hemos ido analizando en el apartado anterior.

La segunda esfera de control coincidirá con el período de tiempo en el que el agente encubierto desarrolle su actividad investigadora, respecto de la que, por expresa disposición legal, éste tiene el deber de *informar* al Juez. Así lo establece el párrafo 3 del art. 282 bis.1 LECrim⁴¹ cuando señala: “[...] la información que vaya obteniendo el agente encubierto deberá ser puesta a la mayor brevedad posible en conocimiento de quien autorizó la investigación. Además, dicha investigación deberá aportarse al proceso en su integridad y se valorará en conciencia por el órgano judicial competente”; información que ha de ser, pues, inmediata e íntegra⁴².

Finalmente, una tercera esfera de control se corresponderá con la intervención del órgano judicial sentenciador cuando haya finalizado la actividad del agente, a cuyos efectos tendrá en cuenta las posibilidades, dificultades y demás circunstancias que hayan concurrido en su actuación, pues, como declaró la STC 49/1996, de 26 de marzo, “el control judicial efectivo en el desarrollo y cese de la medida es indispensable para el mantenimiento de la restricción del derecho fundamental dentro de los límites constitucionales”, integrándose, según otra STC, la 121/1998, de 15 de junio, “en el contenido esencial del derecho cuando es preciso para garantizar su corrección y proporcionalidad”.

3.5. Efectos de la actuación del agente encubierto sobre determinados derechos fundamentales

Tal y como se desprende del apartado 3 del art. 282 bis LECrim “[...] cuando las actuaciones de investigación puedan afectar a derechos fundamentales, el agente encubierto deberá solicitar del órgano judicial competente las autorizaciones que al respecto establezca la Constitución y la Ley, así como cumplir las demás previsiones legales aplicables”. De esta declaración se desprende, en primer término, la estrecha vinculación que debe en todo

41 De “ingenuidad y arcaísmo doctrinal” ha calificado LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., el contenido de dicha disposición legal. Vid. de este autor: “El agente encubierto”, en *Revista La Ley*, N.º 4778, 20 de abril de 1999, p. 3.

42 Asunto diferente será la dificultad inherente al ejercicio de dicho control judicial, lo que no debe restarle trascendencia a la disposición legal citada, que no cabe calificar de “ingenua”, sino que, por el contrario, asume un papel prioritario en la legitimidad de la actividad del agente encubierto. De esta opinión, DELGADO MARTÍN, J., “El proceso penal...”, cit., p. 17, n.º 67.

momento mediar entre el Juez y el funcionario de la Policía Judicial a quien se encomiende la ejecución de la medida; y en segundo lugar, el dato de que nuestro sistema jurídico repele cualquier técnica de investigación y ulterior enjuiciamiento contrarios a las exigencias constitucionales y legales; luego, si el agente considera que sus actividades pueden incidir en determinados derechos fundamentales, vendrá obligado a pedir al Juez competente la pertinente autorización, que se plasmará en una nueva resolución suficientemente fundada, como es habitual en todas las que afectan a derechos de esta naturaleza, basada, pues, en los principios de proporcionalidad y necesidad.

Tales actividades estarán la mayor parte de las veces relacionadas con determinados aspectos del derecho a la *intimidad*, como ocurre con las *entradas y registros domiciliarios*, al igual que con las *intervenciones telefónicas*. En este orden de cosas se ha señalado⁴³, con toda razón, que, en ocasiones, será imposible cumplimentar estrictamente todas las previsiones legales ante el peligro de que fracase toda la operación, bastando, por ejemplo, la habilitación judicial en los casos en que se autoricen entradas y registros en domicilios privados, si bien cuestión distinta será el valor probatorio que pueda adjudicarse a los objetos encontrados; al igual que una intervención telefónica solo tendrá valor de diligencia de investigación si recoge algún dato necesario para la continuidad y buena marcha de esta, aunque alcanzarán valor probatorio, únicamente, cuando las conversaciones puedan acreditarse utilizando los oportunos contrastes.

Y ya en este contexto, la actuación de un agente encubierto puede resultar también contraria al art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y al art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. No obstante, el TEDH al interpretar el citado art. 8 ha declarado que la injerencia de un Estado en la vida privada de las personas puede quedar justificada siempre que concurren tres requisitos: que dicha injerencia esté prevista por la ley (*legalidad*), que su finalidad sea legítima (*legitimidad del fin*), y que sea necesaria en una sociedad democrática para la consecución de dicho fin (*necesidad*). La legislación española vigente en esta materia, a través del art. 282 bis de la LECrim, regula, a mi juicio, con una técnica legislativa excesivamente minuciosa, los presupuestos necesarios para la autorización judicial de la medida, como todo lo relativo al procedimiento de su ejercicio; por otra parte, la lucha contra la criminalidad organizada en el tráfico de drogas es motivo suficiente para legitimar la injerencia, siempre que se protejan la seguridad, los derechos y las libertades públicas; y, finalmente, dicha injerencia debe responder a una predominante necesidad social y ser proporcionada al fin legítimamente perseguido⁴⁴.

43 Así, MARTÍN PALLIN, J. A., "Impacto social...", cit., pp. 166 y 167.

44 Vid. DELGADO MARTÍN, J., "El proceso penal...", cit., p. 10, quien cita a MORENILLA RODRÍGUEZ, J. M^a., "El derecho al respeto de la esfera privada en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de

3.6. Responsabilidad penal del agente encubierto: conductas justificadas y conductas punibles

A tenor de lo dispuesto en el art. 282 bis 5 LECrim “[...] el agente encubierto estará exento de responsabilidad criminal por aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, siempre que guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma y no constituyan una provocación al delito”. Se trata de una norma de naturaleza penal sustantiva, que, excepcionalmente, dentro del marco general del citado precepto, no regula en el apartado que contiene ninguna técnica de investigación, sino, por el contrario, una *exención de responsabilidad*, pese a que ciertas actividades desplegadas por el agente hayan podido subsumirse en determinados tipos del CP, en cuyo ámbito debiera haberse ubicado esta cláusula, en opinión de algún autor⁴⁵, que no encuentra explicación satisfactoria a su inclusión en la LECrim, cuerpo legal que, a juicio de otros⁴⁶, es, en cambio, el lugar sistemáticamente adecuado a tales efectos, pues, de este modo, se delimita el ámbito de actuación reconocido a las autoridades de persecución penal cuando se sirven de la técnica de la infiltración policial.

Personalmente pienso que nos encontramos en presencia de uno de los aspectos más conflictivos, por no decir del más conflictivo, que suscita la regulación jurídica de la figura que estamos contemplando, ya que el legislador llega al extremo de eximir de responsabilidad criminal al agente encubierto respecto de los delitos que cometa, siempre que exista la debida proporcionalidad entre ellos y la finalidad perseguida por la investigación de que se trate, y, como es lógico, surge de inmediato la duda acerca de cómo solucionar aquellos supuestos en los que encierre considerable gravedad el delito cometido, eventualmente favorecido por la exención, en tanto el delito investigado sea sumamente grave también. Es obvio que me refiero a infracciones que atenten contra bienes jurídicos de trascendencia tal como la vida, la integridad o la libertad de las personas, sin olvidar que la vulneración de derechos fundamentales requiere previa solicitud de autorización judicial por parte del agente. La respuesta a esta cuestión puntual, pese a la cláusula general de exención legalmente establecida, debe, a mi juicio, ser negativa, es decir, estos casos de extrema gravedad constituyen un *límite* a la citada regla general, no quedando, pues, abarcados por la misma, salvo circunstancias muy especiales, que habría que valorar detenidamente en cada supuesto en particular⁴⁷.

Derechos Humanos”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol. Dedicado a “La Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, CGPJ, Madrid, 1993, pp. 322 y ss.

45 LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., “El agente encubierto”, cit., p. 2.

46 Así, GASCÓN INCHAUSTI, F., *Infiltración policial...*, cit., p. 276.

47 En la misma línea, MARTÍN PALLIN, JA., “Impacto social...”, cit., p. 167; y QUERALT JIMÉNEZ, J.J., “Recientes novedades legislativas...”, cit., p. 128.

En cuanto a la *naturaleza jurídica* de la exención, y descartada la idea inicial, apuntada por algún autor, acerca de la hipotética incorporación por el art. 282 bis 5 de un *estado de necesidad* creado *ad hoc* para el agente encubierto⁴⁸, no parece existir problema alguno en afirmar que, efectivamente, se trata de una *causa de justificación*, aunque resulte más discutible si, como tal circunstancia, reviste caracteres propios o *sui generis*⁴⁹, o, si, por el contrario, no es más que una manifestación concreta del *cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un cargo*⁵⁰, siendo esta segunda, a mi entender, la opinión más acertada.

Veamos a continuación cuáles son los requisitos legales que deben concurrir en las conductas del agente encubierto para que quede amparado por la exención. A tenor de lo dispuesto en el párrafo 1º del art. 282 bis 5 LECrim son tres: 1º) que sean consecuencia *necesaria* del desarrollo de la investigación; 2º) que guarden la debida *proporcionalidad* con el fin perseguido por ella y 3º) que no constituyan una *provocación al delito*.

En relación al primero de esos requisitos, *la consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación*, debe interpretarse como necesidad de la conducta delictiva para el éxito de su labor, en tanto el término investigación se corresponde con una acepción amplia del mismo, no solo coincidente con la actividad de pesquisa en sentido estricto o actividad nuclear de investigación, sino que debe extenderse también a otras actividades que le son adyacentes y precisas para su buen desarrollo a efectos de facilitar su entrada y permanencia en la organización, establecer contactos, obtener informaciones, etc. El juicio de necesidad sobre la actuación de los agentes debe formularse siempre *ex ante* y no tras comprobar la efectiva aptitud de sus conductas a los fines de la investigación (*ex post*), pues tal comportamiento supondría un alto índice de inseguridad para ellos⁵¹.

En cuanto al requisito relativo a *la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma*, que se traduce en la manifestación de que solo debe admitirse una quiebra de la legalidad cuando los resultados de esta compensen los perjuicios que conlleva, en realidad supone un límite a la necesidad de la conducta, en el sentido de que no por calificarse de necesaria estará automáticamente justificada; para que así ocurra será, además, preciso que no haya

48 Idea inicialmente propuesta y, a la par, rechazada por QUERALT. Vid. del mismo: "Recientes novedades legislativas...", cit., p. 127.

49 Vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., "El agente encubierto", cit., p. 2. El autor se plantea, incluso, la posibilidad de que la exención sea una *excusa absolutoria*, en lugar de una *causa de justificación*, en cuyo caso habría responsabilidad penal y civil de los partícipes y la responsabilidad civil subsidiaria del Estado, salvo que se conformara como excusa absolutoria de carácter objetivo, en cuyo caso la responsabilidad penal de los partícipes podría quedar excluida.

50 De esta opinión, RIFÁ SOLER, J. Mª, "El agente encubierto o infiltrado en la nueva regulación de la LEC, en *Poder Judicial*, N.º 55, 1999, p. 172.

51 LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., "El agente encubierto", cit., p. 1.

sido desproporcionada⁵². En este sentido, ya excluimos con anterioridad de la cláusula general de exención determinados delitos, calificados de especialmente graves, pero, en cualquier caso, lo que resulta a todas luces evidente es que no pueden cometerse infracciones de mayor gravedad que las que son objeto de investigación. Dicho juicio de proporcionalidad debe también realizarse *ex ante*, o, lo que es lo mismo, determinarse si existe o no proporcionalidad entre delito e investigación desde la situación en que se encontrara el agente encubierto en el momento previo a decidir respecto de su comisión.

Por último, el tercer requisito recae sobre la exigencia legal de que sus actuaciones delictivas *no constituyan una provocación al delito*, puesto que esta excede de los fines de la investigación, que ha de recaer siempre sobre infracciones ya cometidas o que se estén cometiendo, como sucede en las de tracto sucesivo, cual es el caso del tráfico de drogas. En este punto concreto el art. 282 bis 5 LECrim se ha hecho eco de la doctrina elaborada en los últimos años por la jurisprudencia de la Sala Segunda del TS en torno a los conceptos de *agente provocador* y “delito provocado”, en cuya virtud por *provocación* debe entenderse *inducción* al delito, pero tan solo lo ha hecho en lo concierne a su vertiente terminológica, pues no parece que sea necesario amenazar a través de una norma procesal al agente encubierto con una declaración de responsabilidad criminal si “provoca el delito”, en la línea interpretativa seguida por el Alto Tribunal, cuando a tales efectos bastaría con aplicar su doctrina, basada en conceptos y disposiciones penales sustantivas. Probablemente, la disposición comentada vaya aún más lejos al prohibirle al infiltrado la “provocación o inducción”: es posible que el legislador haya tratado de evitar que ostenten un excesivo protagonismo y que dicha inducción no vaya encaminada a suministrar *pruebas del delito inducido*, ya que ello no es necesario a los fines de la investigación y, en cualquier caso, desde un punto de vista legal resulta totalmente desproporcionado⁵³.

De todas formas, esta no pretende ser más que una breve exposición de la visión interpretativa que me sugiere el último inciso del párrafo 1º del art. 282 bis 5 LEC, que puede ser o no compartida, y cuyo tratamiento en mayor profundidad excedería del contenido y los límites propuestos en el presente trabajo.

52 Vid. GASCÓN INCHAUSTI, F., *Infiltración policial...*, cit., pp. 279 y 280.

53 Tesis esta también sustentada por GASCÓN INCHAUSTI, F., *Infiltración policial...*, cit., pp. 280 a 283. El autor refiere cómo la experiencia comparada ha puesto de manifiesto ejemplos de agentes infiltrados que, considerándose con “patente de corso”, se han ubicado muchas veces fuera de la legalidad, en mayor medida de la imprescindible. Vid. Asimismo, MARTÍN PALLIN, J. A., “Impacto social...”, cit., p. 169, quien incide en el problema que suscita la valoración probatoria de las actuaciones de los agentes encubiertos cuando su actuación presente zonas colindantes con un posible delito provocado, citando a tales efectos la emblemática Sentencia del TEDH de 9 de junio de 1998 (Caso “Teixeira de Castro”), la cual, ante un supuesto de tráfico de drogas en el que la única prueba existente fue la actuación de dos policías que operaron como agentes encubiertos, estimó violado el art. 6.1 del Convenio Europeo al considerar que no intervinieron en calidad de tales sino como “agentes provocadores” o incitadores del delito, por lo que fueron rechazadas las pruebas obtenidas a través de dicha incitación policial.

3.7. Condición de procedibilidad

El párrafo 2 del art. 282 bis 5 LECrim, viene a completar la regulación ofrecida por el párrafo 1 sobre exoneración de responsabilidad criminal del agente encubierto, introduciendo un régimen procedimental especial para aquellos casos en los que se dirija una investigación penal contra él por las actuaciones llevadas a cabo durante la investigación. El precepto dice así:

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

Ante todo, parece existir acuerdo doctrinal en lo que concierne a la naturaleza jurídica del *requerimiento del informe*, ya que se ha sostenido mayoritariamente⁵⁴ que este elemento constituye una *condición de procedibilidad*, requisito imprescindible para que pueda continuar un proceso penal contra cualquier agente encubierto que hubiera sido debidamente autorizado para actuar como tal.

Pese a la compleja redacción del precepto, el informe debe emitirlo el Juez de Instrucción que acordó en su día autorizar la medida o ratificar la autorización concedida por el Ministerio Fiscal y tendrá que referir todas aquellas circunstancias que, además de poner de manifiesto que la persona a quien se le imputa el delito ostentó formalmente la condición de agente encubierto, lo que se avala garantizando que su investigación oculta se autorizó judicialmente, le permitan al Juez competente decidir si resulta o no aplicable la causa de justificación prevista en art. 282 bis 5 I LECrim; es decir, tiene el deber de aportarle toda la información necesaria para que la valoración que efectúe sobre este punto sea acertada.

En caso de estimarse dicha causa justificante, dictará auto de sobreseimiento libre, al amparo del art. 637.3 LECrim, mientras que, de lo contrario, podrá decretar la apertura del juicio oral contra él, fase en la que cabe la posibilidad de volver a discutir acerca de la mencionada circunstancia⁵⁵.

Puesto que el art. 282 bis 5, párrafo 2º, *in fine*, señala expresamente que el Juez instructor del proceso penal seguido contra el agente, a la vista

54 Así, DELGADO MARTÍN, J., “El proceso penal...”, cit., p. 26; MARTÍN PALLIN, J. A., “Impacto social...”, cit., p. 167; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., “El agente encubierto”, cit., p. 2; RIFÁ SOLER, J. Mª, “El agente encubierto...”, cit., p. 173; y GASCÓN INCHAUSTI, F., *Infiltración policial...*, cit., p. 288.

55 Vid. sobre estos y otros extremos de naturaleza estrictamente procesal, ampliamente, GASCÓN INCHAUSTI, F., *Infiltración policial...*, cit., pp. 284 y ss.

del informe, *resolverá lo que a su criterio proceda*, está admitiendo, como ya he advertido, que una de las posibilidades que aquel tiene es la de archivar la causa cuando concurra en él la exención de responsabilidad criminal legalmente prevista, supuesto éste que, a su vez, puede originar en la práctica algunas cuestiones problemáticas. Así, por ejemplo, esa decisión de archivo la podría adoptar directamente el Juez de Instrucción en cualquier clase de procedimiento penal, sea cual sea la gravedad de los hechos delictivos imputados, y no el órgano de enjuiciamiento; por otra parte, dicha decisión no produciría efectos de cosa juzgada, equiparándose al sobreseimiento provisional del procedimiento ordinario por delito; y, finalmente, también puede ocurrir que se ordene el cierre del proceso sin la publicidad inherente al juicio oral y limitando la intervención de las partes, lo que probablemente se traduzca en la comisión de abusos importantes, sobre todo en relación a la información que se le puede ocultar al Juez⁵⁶.

3.8. Conclusión final

La valoración final que, a mi juicio, merece la nueva regulación que sobre el agente encubierto introduce el art. 282 bis LECrim, creado por la LO 5/1999, de 13 de enero, puede calificarse globalmente de positiva, fundamentalmente porque la actividad investigadora que desarrolla en el marco de la delincuencia organizada en general y en el del tráfico de drogas en particular puede resultar altamente eficaz, como infiltrados policiales que son, en la tarea de búsqueda y obtención de información (pruebas) al servicio de la persecución procesal penal de tales delitos contra todos los miembros integrantes de las operaciones de narcotráfico a gran escala en las que, en mayor o menor medida, hayan participado, contribuyendo, finalmente, si ello fuera posible, a la desarticulación de la trama organizada. En este sentido, se trata, sin duda, de una actividad enormemente arriesgada para el funcionario de la Policía Judicial que la asuma, que exige por su parte un alto grado de profesionalidad y valentía, loables de todo punto.

Ahora bien, el precepto antes citado de nuestra Ley Procesal Penal somete a estos agentes a un estrecho control judicial y a unos estrictos condicionamientos legales que limitan enormemente en la práctica su verdadera capacidad de actuación, por la sencilla razón de que esta técnica de investigación policial —como sucede con otras, v. gr., las entregas vigiladas— conlleva importantes injerencias en la vida privada y en la intimidad de las personas que están siendo investigadas, y ante ello el gran riesgo que surge es el de que dichos agentes actúen recabando información, avalados por la propia Policía y sus altos mandos, pero sin respetar todas las limitaciones que les impone el art. 282 bis LECrim, que, como hemos comprobado, son bastantes,

56 Cuestiones todas ellas detalladas por DELGADO MARTÍN, J., "El proceso penal...", cit., pp. 26 y ss.

aunque esta llegue a manos del Juez como si su origen procediera de otros medios de investigación diferentes⁵⁷.

En consecuencia, y para finalizar este estudio me reitero ahora en la misma afirmación que sostuve en el ámbito de las "entregas vigiladas": no puede olvidarse que en la lucha contra la criminalidad organizada, por defendible y encomiable que esta labor sea, "el fin no siempre justifica los medios", y ello sucede, precisamente, cuando su utilización vulnera los principios básicos del Estado de Derecho.

57 Cfr. DELGADO MARTÍN, J., "El proceso penal...", cit., p. 28.

CUARTA PARTE

LA VIDEOVIGILANCIA

VIDEOVIGILANCIA Y SU EFICACIA EN EL PROCESO PENAL ESPAÑOL*

José Francisco Etxeberria Guridi

Catedrático de Derecho Procesal
Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Eficacia procesal de las videograbaciones.

1. INTRODUCCIÓN

El fenómeno de la videovigilancia está experimentando una expansión sin precedentes en los últimos tiempos. De las iniciales aplicaciones, que podríamos calificar de excepcionales, vinculadas con la seguridad pública, con la seguridad privada —particularmente en relación con la seguridad en bancos, cajas de ahorro y entidades financieras—, con la prevención de la violencia en espectáculos deportivos o con el ejercicio de las facultades de control en el ámbito de la empresa, se ha pasado a la utilización de la videovigilancia en ámbitos inimaginables hace pocos años; y lo ha hecho, además, de forma generalizada.

Como tendremos ocasión de desarrollar más adelante, el empleo de las técnicas de videovigilancia incide de lleno en la esfera de los derechos del individuo. Como se verá, la relación de estos derechos es amplia y la mayoría se encuentran tutelados en nuestra Norma Constitucional como fundamentales. Desde esta perspectiva, y en concreto desde la visión del derecho a la protección de los datos de carácter personal (*Habeas data*)¹, la Agencia Española de Protección de Datos (en adelante AEPD) ha adoptado instrucciones, informes y consultas en materia de videovigilancia que permiten hacernos una idea de los derroteros por los que camina recientemente el empleo de estas técnicas².

* Realizado en el marco de las actividades del Grupo de Investigación Consolidado del "Sistema Interuniversitario Vasco (2013-2018)": "Derechos Fundamentales y Unión Europea" (IT-675-13) y UFI 11/05, dirigido por el Prof. Gurutz JÁUREGUI BERECIARTU.

1 En Colombia, ha entrado recientemente en vigor (abril de 2013) la Ley 1581 de 2012, de 17 de octubre, de protección de datos personales, desarrollada por el Decreto N.º 1377 de 2013, de 27 de junio.

2 Muestra de la preocupación existente desde la perspectiva de los derechos (en particular del derecho a la protección de datos) es la elaboración por la AEPD de una "Guía de Videovigilancia" en el año 2009. Los informes emitidos por la AEPD dan cuenta de los diferentes ámbitos en

No resultan ajenos a dicho fenómeno expansivo los constantes avances en el desarrollo de las nuevas tecnologías de la información³.

El empleo de dispositivos de videovigilancia en los diversos ámbitos anteriormente mencionados se encuentra, las más de las veces, provisto de una habilitación legal. Por regla general, se trata de una regulación parca, que no aborda con la suficiente profundidad cuestiones esenciales relacionadas con tecnologías invasoras de la esfera de los derechos más esenciales del individuo. No dista mucho la situación relativa a la utilización de la videovigilancia en el marco del proceso y, en concreto, con motivo de la actividad probatoria. También en estos casos la regulación existente deja mucho que desear, pues se limita de ordinario a mencionar entre los medios probatorios utilizables los de reproducción de la imagen y el sonido, pero poco más. Desde esta perspectiva de la habilitación legal el estado de la cuestión es mucho más preocupante en el orden jurisdiccional penal, donde brilla por su ausencia cualquier referencia expresa al respecto⁴.

Precisamente, en este trabajo nos ocuparemos de la utilización de la videovigilancia en el proceso penal. Ello no significa que debamos obviar las escasas manifestaciones normativas sobre la materia. En efecto, nuestra vetusta Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim.) no contiene referencia alguna a la utilización de la videovigilancia como medio o diligencia de investigación de los hechos criminales y de sus autores, ni tampoco como medio de prueba. Como tendremos oportunidad de comprobar, la jurisprudencia de nuestros Tribunales ha estimado suficiente habilitación legal para el desarrollo de estas actividades, la atribución por parte de la normativa procesal de las genéricas funciones de averiguación del hecho punible y de descubrimiento de su autor. Pero al margen de la utilización de los sistemas de videovigilancia con

que se está aplicando la videovigilancia y de la preocupación y de las quejas de los ciudadanos. Podemos hallar informes sobre el uso de estas técnicas, además de en los ámbitos indicados, para la vigilancia de elementos comunes en inmuebles, comunidades de vecinos, videoporteros, para la vigilancia en piscinas, en taxis, en parkings, para fines turísticos mediante la colocación de webcams, para la vigilancia en espacios educativos o escolares —colegios, e incluso en guarderías—, etc. Disponíbel en: <<http://bit.ly/1UB0qI7>>. En relación con este fenómeno expansivo de la videovigilancia y la necesidad de adecuar la misma a las exigencias del derecho fundamental a la protección de datos, cabe destacar la decisiva Instrucción 1/2006, de 8 de noviembre, de la AEPD, sobre el tratamiento de datos personales con fines de vigilancia a través de sistemas de cámaras o videocámaras.

- 3 X. ARZOZ SANTISTEBAN se refiere al desarrollo de la microelectrónica y la miniaturización de los aparatos y, además, a que las nuevas tecnologías de la información permiten una casi ilimitada capacidad de almacenamiento y una gama amplísima de opciones de tratamiento automatizado (interconexión de bases de datos o transmisión de los mismos a larga distancia en cuestión de segundos), *Videovigilancia, seguridad ciudadana y derechos fundamentales*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2010, p. 21.
- 4 A diferencia del ordenamiento procesal penal colombiano que regula el uso de grabaciones videográficas con motivo de las diligencias de vigilancia y seguimiento de personas (art. 239 CPP), de vigilancia de cosas (art. 240 CPP) y de actuación de agentes encubiertos (art. 242 CPP), entre otras.

una finalidad orientada desde un inicio a la obtención de fuentes de prueba para el proceso, pueden servir igualmente como elemento de convicción en el proceso penal videograbaciones que tienen un origen extraprocesal. En ocasiones, este origen extraprocesal de las videograbaciones tiene un reflejo normativo expreso⁵. En otras, no son sino el fruto de la sociedad tecnológica en la que vivimos inmersos y que pone a nuestra disposición instrumentos de uso doméstico con aplicaciones aptas para la captación de imágenes y sonidos (videograbaciones procedentes de medios de comunicación, de personas privadas, etc.). En el caso de que la utilización ajena al proceso disponga de una normativa expresa, habrá de tomarse en consideración a los efectos de la incorporación de las grabaciones al proceso penal, pues en no pocas ocasiones dicha normativa refleja los presupuestos de su legítima utilización⁶.

2. EFICACIA PROCESAL DE LAS VIDEOGRABACIONES

Cuando nos referimos a la eficacia procesal de las grabaciones obtenidas mediante dispositivos de videovigilancia queremos aludir fundamentalmente a su eficacia probatoria y a su virtualidad, en su caso, para desvirtuar la presunción de inocencia. Conforme a constante jurisprudencia, el pronunciamiento condenatorio que desvirtúe el derecho fundamental a la presunción de inocencia, exige la existencia de una actividad probatoria que cumpla los siguientes imperativos: a) ha de ser suficiente, b) ha de ser de cargo o incriminatoria; y c) ha de respetar todas las garantías que rodean dicha actividad de prueba⁷.

5 Existe una amplia normativa sectorial extraprocesal que prevé la utilización de videocámaras con fines muy diversos: seguridad pública, seguridad privada, prevención de la violencia en el deporte, vigilancia del tráfico, etc.

6 El ejemplo más ilustrativo sería el de la Ley Orgánica (LO) 4/1997, de 4 de agosto, que regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos. En nuestra opinión, aunque su ámbito de aplicación se encuentre limitado a la seguridad pública, su contenido y las garantías reflejadas merecen un juicio altamente positivo. Vid. J.F. ETXEBERRIA GURIDI, "La Comisión de Videovigilancia y Libertades del País Vasco", *Videovigilancia. Ámbitos de aplicación y derechos fundamentales afectados. En particular la protección de los datos personales*, (J.F. ETXEBERRIA/I. ORDEÑANA, (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 107 y ss.; "Videovigilancia y el derecho a la protección de los datos de carácter personal", *ibídem*, pp. 187 y ss. Por ello, compartimos totalmente la opinión de quienes aprecian la utilidad hermenéutica de los criterios recogidos en la LO 4/1997 para aplicarlos a otros ámbitos distintos: vid. J.L. GOÑI SEIN, *La videovigilancia empresarial y la protección de datos personales*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2007, p. 51.

7 La jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC) al respecto es abundante. En una de las más recientes (STC 25/2011, de 14 de marzo) se dispone lo siguiente: "Como recuerda la STC 70/2010, de 18 de octubre, f.j. 3, el derecho a la presunción de inocencia se configura como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que exige una mínima actividad probatoria, realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito, y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en los mismos. Así sólo cabrá constatar la vulneración del derecho a la presunción de inocencia cuando no haya pruebas de cargo válidas, es decir, cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carente de garantías, o

En relación con el último de los requisitos de la prueba, la eficacia procesal de las videograbaciones está condicionada por: a) la legitimidad en la obtención de las videograbaciones; y b) que la incorporación al proceso de las mismas respete las garantías irrenunciables que rodean, fundamentalmente, la contradicción entre las partes.

2.1. La legitimidad en la obtención de las grabaciones videográficas

La legitimidad en la obtención de las grabaciones videográficas se encuentra estrechamente vinculada a la incidencia que como consecuencia de aquella puede producirse en la esfera de los derechos del individuo. Derechos que en su mayoría están investidos del carácter de fundamentales y que gozan de una especial protección y, en ocasiones, están revestidos de la oportuna reserva judicial que legitime su menoscabo.

a. Principio de legalidad o de previsión legal

Partiendo de esta premisa, la legitimidad en la obtención de grabaciones videográficas habrá de satisfacer el primero de los presupuestos de toda injerencia en los derechos fundamentales del individuo en el marco del proceso penal, a saber, el principio de legalidad o de previsión legal. Es más, no es suficiente para entender satisfecho este requisito con una vaga referencia en el ordenamiento interno, sino que, conforme a la jurisprudencia emanada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y asumida por la jurisprudencia española en la materia, ha de respetar unos mínimos de “calidad de la previsión legal”⁸. En efecto, el TEDH ha insistido en que la referencia conteni-

cuando no se motive el resultado de dicha valoración, o, finalmente, por ilógico o por insuficiente no sea razonable el iter discursivo que conduce de la prueba al hecho probado” (f. j. 8).

- 8 En la STC 206/2007, de 24 de septiembre, se resume esta doctrina en lo que respecta a la previsión legal habilitante, al afirmar que “la reserva de ley constituye el único modo efectivo de garantizar las exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas y no es una mera forma, sino que implica exigencias respecto del contenido de la Ley que, naturalmente, son distintas según el ámbito material de que se trate, pero que en todo caso implican que el legislador ha de hacer el máximo esfuerzo posible para garantizar la seguridad jurídica o dicho de otro modo, la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho (...). Y profundizando en esa exigencia, (...), recordábamos que la jurisprudencia del Tribunal Europeo relativa a la garantía de la intimidad individual y familiar del art. 8 del Convenio europeo de derechos humanos (CEDH) exige que las limitaciones estén previstas legalmente y sean las indispensables en una sociedad democrática, lo que implica que la ley que establezca esos límites sea accesible al individuo concernido por ella, que resulten previsibles las consecuencias que para él pueda tener su aplicación, y que los límites respondan a una necesidad social imperiosa y sean adecuados y proporcionados para el logro de su propósito (Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos caso X e Y, de 26 de marzo de 1985; caso Leander, de 26 de marzo de 1987; caso Gaskin, de 7 de julio de 1989; *mutatis mutandis*, caso Funke, de 25 de febrero de 1993; caso Z, de 25 de febrero de 1997). La norma habilitante, en suma, deberá concretar las restricciones alejándose de criterios de delimitación imprecisos o extensivos, pues vulnerará la intimidad per-

da en el art. 8.2 CEDH a que las intromisiones en el derecho a la vida privada han de estar previstas en la ley y ser necesarias en una sociedad democrática para la consecución de una serie de fines entre los que se encuentra la prevención del delito, ha de interpretarse en el sentido de que la intromisión tenga un fundamento en el derecho interno y que el mismo permita la accesibilidad y la previsibilidad para los ciudadanos⁹.

¿Cumple este presupuesto básico el ordenamiento español? Parece evidente que no. Cuando la más que centenaria LECrim. ha abordado las “nuevas formas de investigación y prueba” en el proceso penal, lo ha hecho tarde y mal. Como muestra, las intervenciones telefónicas, pero esto mismo cabría predicar de prácticamente todas las formas de investigación y prueba de cierto carácter novedoso¹⁰. La videovigilancia no es una excepción. A diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos procesales penales de nuestro entorno¹¹, no existe en España una regulación específica acerca del empleo de la videovigilancia con ocasión de la investigación y prueba de un hecho criminal. Esta lamentable situación se hubiera subsanado en gran medida si las recientes propuestas de reforma procesal penal integral contenidas en el Anteproyecto de LECrim. (2011) o en el más reciente Borrador de Código

sonal si regula los límites de forma tal que hagan impracticable el derecho fundamental afectado o ineficaz la garantía que la Constitución le otorga” (también las SSTC 49/1999, de 5 de abril; 292/2000, de 30 de noviembre; 70/2002, de 3 de abril.).

- 9 Son numerosas las resoluciones del TEDH en las que se ha consagrado esa interpretación de la previsión legal: STEDH, *Silver y otros c. Reino Unido*, de 25 de marzo de 1983; STEDH, *Malone c. Reino Unido*, de 2 de agosto de 1984; STEDH, *Müller y otros c. Suiza*, de 24 de mayo de 1988; STEDH casos *Huvig y Kruslin c. Francia*, ambas de 24 de abril de 1990; STEDH, *Valenzuela Contreras c. España*, de 30 de julio de 1998. Acerca de la previsión legal vid. con carácter general J.F. ETXEBERRIA GURIDI, “La previsión legal y las diligencias de investigación restrictivas de derechos fundamentales”, en *La Ley*, 1999, núm. 4919, pp. 1-9. En relación con la videovigilancia y la necesidad de una regulación detallada, vid. X. ARZOZ SANTISTEBAN, *Videovigilancia, seguridad ciudadana...*, cit., p. 30; J.F. ETXEBERRIA GURIDI, “Filmaciones videográficas, derechos fundamentales afectados y su eficacia probatoria”, en *Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, (J. SOROETA ed.), vol. II, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2000, pp. 266-268.
- 10 Vid. al respecto F. GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y ‘agente encubierto’*, Comares, Granada, 2001, pp. 1-9. También N. CABEZUDO RODRÍGUEZ, “Omisiones y recelos del legislador procesal ante los medios de prueba tecnológicos”, en *Diario La Ley*, 2004, N.º 6158, pp. 1 y ss. Una de las pocas excepciones la constituye la circulación y entrega vigilada de sustancias prohibidas prevista en el art. 263 bis LECrim., que “sólo” ha precisado de once años para ser trasladado al ordenamiento español desde la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, de 20 de diciembre de 1988.
- 11 Por citar algunos supuestos concretos, la Ley belga relativa a los métodos particulares de investigación, de 6 de enero de 2003, modifica el *Code d’Instruction Criminelle* para incorporar los métodos de escucha y grabación de imágenes y sonidos. La StPO alemana ha sido objeto de numerosas reformas al respecto y el actual § 100 h regula la obtención de imágenes fuera del domicilio. En Francia la Ley de adaptación de la justicia a las evoluciones de la criminalidad, de 9 de marzo de 2004, también incorpora en el art. 706-96 del *Code de Procédure Pénale* (CPP) la utilización de dispositivos técnicos para la captación de palabras y de imágenes.

Procesal Penal (2013) hubieran sido tramitadas y publicadas finalmente en el Boletín Oficial.

Que no exista una regulación de carácter procesal penal, no quiere decir que no existan disposiciones pertenecientes a otros órdenes jurisdiccionales o previsiones normativas extraprocesales que recaigan sobre la utilización de la videovigilancia. Entre las primeras, el art. 90.1 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, de Procedimiento Laboral (LPL) incluye entre los medios de prueba los procedimientos de reproducción de la palabra, la imagen y el sonido, y aunque se remita a los que se “encuentren regulados en la ley”, en dicho momento no existía ninguna disposición legal que contemplara dichos medios mecánicos¹². También el art. 311 de la Ley Procesal Militar (LO 2/1989, 13 de abril) que menciona expresamente entre los medios de prueba, y diferenciándolos de los documentos, los medios audiovisuales tales como las películas, videos, grabaciones sonoras o visuales, etc. Sin olvidar también las previsiones contenidas en la más reciente Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) (arts. 382-383) y el carácter supletorio que este último cuerpo normativo cumple conforme a su art. 4 en relación con las leyes que regulan el resto de procesos¹³.

Entre las disposiciones extraprocesales podríamos resaltar especialmente la LO 4/1997, de 4 de agosto, reguladora de la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos (FF. CC.) de Seguridad en lugares públicos. Esta LO es de suma importancia porque contiene una serie de criterios consagrados por la jurisprudencia con motivo de la videovigilancia y porque algunos de los mismos son proyectables al empleo de la videovigilancia en el proceso penal. Pese a su naturaleza extraprocesal.

En esta misma categoría podríamos incluir la Ley 23/1992, de 39 de julio, de Seguridad Privada, cuyo art. 5.1.e) menciona entre las actividades y servicios a desarrollar por las empresas de seguridad la de instalación y mantenimiento de aparatos, dispositivos y sistemas de seguridad (cabría incluir las consistentes en videovigilancia), siempre y cuando respecto de los equipos de seguridad se incluya el servicio de conexión con centrales de alarma (de conformidad con la Disposición adicional sexta).

12 Ahora bien, el apartado segundo del mismo precepto de la LPL condiciona su admisibilidad a que en su obtención no se hubieran violado, directa o indirectamente, los derechos fundamentales o las libertades públicas. Este precepto reproduce prácticamente lo dispuesto en la anterior LPL aprobada por el Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril.

13 La sentencia del Tribunal Supremo (STS) 4/2005, de 19 de enero, sobre la incorporación como prueba al proceso de grabaciones videográficas periodísticas, afirma que “[...] no solo esta clase de pruebas está ya expresamente contemplada en las normas procesales civiles, con su carácter general de supletoriedad, sino que además, en nuestro proceso penal específicamente, imbuido de principios tales como el de oficialidad en la búsqueda de la verdad material, no puede hablarse de exclusión a priori de ninguna clase de prueba o actividad que pudiera proporcionar datos que faciliten al Tribunal la averiguación de lo realmente acontecido”.

El Reglamento de desarrollo de dicha Ley de seguridad privada [el Real Decreto (RD) 2364/1994, de 9 de diciembre] se refiere igualmente a la instalación de dispositivos y sistemas de seguridad y protección (art. 112.c). Aunque son particularmente importantes las previsiones contenidas en relación con bancos, cajas de ahorro y demás entidades de crédito. Así, el art. 120.1 del Reglamento establece como medidas de seguridad concretas que “En los establecimientos u oficinas de las entidades de crédito donde se custodien fondos o valores, deberán ser instalados, en la medida que resulte necesaria en cada caso teniendo en cuenta las circunstancias enumeradas en el artículo 112 de este Reglamento y los criterios que se fijen por el Ministerio del Interior, oyendo a la Comisión Mixta Central de Seguridad Privada: a) Equipos o sistemas de captación y registro, con capacidad para *obtener las imágenes de los autores de delitos contra las personas y contra la propiedad*, cometidos en los establecimientos y oficinas, que permitan la posterior identificación de aquellos, y que habrán de funcionar durante el horario de atención al público, sin que requieran la intervención inmediata de los empleados de la entidad¹⁴.

Siguiendo con la estela de las normas sobre seguridad, podemos traer a colación la LO 1/1992, de 21 de febrero, de protección de la seguridad ciudadana, que, aunque sin mencionar explícitamente los mecanismos de videovigilancia, sí se refiere a la adopción de medidas de seguridad en establecimientos e instalaciones. De este modo, su art. 13.1 dispone que “El Ministerio del Interior podrá ordenar, conforme a lo que se disponga reglamentariamente, la adopción de las medidas de seguridad necesarias en establecimientos e instalaciones industriales, comerciales y de servicios, para prevenir la comisión de los actos delictivos que se puedan cometer contra ellos, cuando generen riesgos directos para terceros o sean especialmente vulnerables”¹⁵.

También se han prodigado las previsiones sobre videovigilancia en el ámbito de los espectáculos deportivos y como mecanismo para la prevención de la violencia en los mismos. En esta tesitura, la Ley 10/1990, de 25 de octubre, del Deporte, dedicaba un título específico (Título IX) a la prevención

14 Continúa dicho precepto señalando que “Los soportes destinados a la grabación de imágenes han de estar protegidos contra robo, y la entidad de ahorro o de crédito deberá conservar los soportes con las imágenes grabadas durante quince días al menos desde la fecha de la grabación, en que estarán exclusivamente a disposición de las autoridades judiciales y de las dependencias de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, a las que facilitarán inmediatamente aquellas que se refieran a la comisión de hechos delictivos. El contenido de los soportes será estrictamente reservado, y las imágenes grabadas únicamente podrán ser utilizadas como medio de identificación de los autores de delitos contra las personas y contra la propiedad, debiendo ser inutilizados el contenido de los soportes y las imágenes una vez transcurridos quince días desde la grabación, salvo que hubiesen dispuesto lo contrario las autoridades judiciales o las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad competentes”.

15 El apartado tercero del mismo precepto añade que de existir tal obligación, la apertura de dichos establecimientos estará condicionada a la comprobación de la idoneidad y suficiencia de las medidas de seguridad por las autoridades competentes, aun cuando la adopción o instalación de las mismas sea responsabilidad de los titulares de dichos establecimientos (apartado cuarto).

de la violencia en espectáculos deportivos. En desarrollo de dicho Título, el Reglamento para la prevención de la violencia en espectáculos deportivos (RD 769/1993, de 21 de mayo —vigente hasta el 1 de julio de 2010—), hacía referencia expresa en su art. 61 al empleo de circuitos cerrados de televisión y el registro mediante grabación de las imágenes¹⁶ como uno de los elementos que, como mínimo, debía disponer cada Unidad de Control Organizativo, junto con un servicio de megafonía y enlaces de radio y telecomunicación (art. 60). La Orden ministerial de 22 de diciembre de 1998, por la que se regulan estas Unidades de Control Organizativo para la prevención de la violencia en los espectáculos deportivos, da cuenta de la trascendencia de la LO 4/1997, de 4 de agosto, como norma supletoria en la medida en que su artículo primero realiza una remisión expresa a la aplicabilidad de la misma¹⁷.

El título IX de la Ley del Deporte fue derogado por la Ley 19/2007, de 11 de julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte, cuya Disposición Adicional 7ª (“Instalación de videocámaras y grabación de imágenes”) vuelve a incluir una remisión a la LO 4/1997 en cuanto a la instalación de tales dispositivos al prever que “La instalación de los dispositivos de videovigilancia a los que se refieren los artículos 4 y 12 de la presente Ley, así como el tratamiento de las imágenes resultantes de la utilización de dichos dispositivos, se encuentran sometidos a lo dispuesto en la Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto, por la que se regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos”¹⁸.

16 Conforme a dicho precepto, “Este circuito contará con cámaras fijas y móviles. Las cámaras fijas controlarán el exterior e interior del recinto, cubriendo las zonas de acceso y las gradas y proporcionando una visión total de aquel. Las cámaras móviles se situarán en los espacios que el Coordinador estime necesario controlar especialmente en cada acontecimiento deportivo” (apartado 1) y dispondrá, asimismo, “de medios de grabación para registrar las actitudes de los asistentes y el comportamiento de los grupos violentos”.

17 Dice así este primer precepto: “La utilización de las cámaras fijas y móviles del circuito cerrado de televisión, en los términos del artículo 61 del Reglamento para la prevención de la violencia en los Espectáculos Deportivos, aprobado por Real Decreto 769/1993, de 21 de mayo, así como el tratamiento de las imágenes y sonidos obtenidos *están sujetos a lo dispuesto en la Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto, por la que se regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos, y en sus normas reglamentarias de desarrollo*. A estos efectos, corresponde al Coordinador de Seguridad, de acuerdo con lo prevenido para el mismo en el Capítulo III del Reglamento para la prevención de la violencia en los Espectáculos Deportivos, la custodia de dichas imágenes y sonidos y la responsabilidad sobre el ulterior destino, incluida su inutilización o destrucción. Asimismo, será el competente para resolver las peticiones de acceso o cancelación por los interesados. El Coordinador de Seguridad decidirá la disposición de las cámaras móviles en cada acontecimiento deportivo”.

18 Añadiendo el párrafo segundo de dicha Disposición Adicional que las imágenes captadas por dichos dispositivos serán tratadas únicamente por el Coordinador de Seguridad, que las transmitirá a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad o a las autoridades competentes únicamente en caso de apreciarse en las mismas la existencia de alguna de las conductas que se pretenden evitar, a fin de que se incorporen al procedimiento judicial o administrativo correspondiente. El art. 12.1 mencionado se refiere a la adopción de medidas especiales en competiciones o encuentros específicos que comprenden, entre otras, la instalación de cámaras en los alrededores,

En desarrollo de la Ley 19/2007, el Real Decreto 203/2010, de 26 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de prevención de la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte, contiene igualmente previsiones específicas sobre el empleo de dispositivos de videovigilancia. De forma muy similar a lo previsto en el derogado Reglamento para la prevención de la violencia en espectáculos deportivos (RD 769/1993), aunque con más detalle, se contempla la elaboración de "protocolos de seguridad, prevención y control" donde se reflejarán las medidas a adoptar en función de los distintos niveles previstos (art. 5.1). El mayor detalle de la regulación se aprecia en lo previsto en relación con la instalación de circuitos cerrados de televisión (art. 66)¹⁹.

Como puede evidenciarse de las propias remisiones que realizan las disposiciones mencionadas a la LO 4/1997, esta última norma es de vital importancia como punto de referencia. Pese a todo, su naturaleza es estrictamente administrativa. En el Preámbulo se cita el art. 104.1 de la Constitución Española (CE) relativo a la misión de las FF.CC. de Seguridad en garantía de la seguridad ciudadana y del libre ejercicio de los derechos y libertades (no se hace referencia, en cambio, a sus funciones como Policía Judicial conforme al art. 126 CE). Más en concreto, siguiendo con el Preámbulo, se hace una expresa referencia a "la prevención de actos delictivos, la protección de las personas y la conservación y custodia de bienes que se encuentren en situación de peligro". Ya en su articulado, el art. 1.1 dispone que la utilización de videocámaras por las FF. CC de Seguridad persigue "contribuir a asegurar la convivencia y la utilización pacífica de las vías y espacios públicos, así como de prevenir la comisión de los delitos, faltas e infracciones relacionadas con la seguridad pública"²⁰.

en los tornos y puertas de acceso y en la totalidad del aforo a fin de grabar el comportamiento de las personas espectadoras (b) y la instalación de circuitos cerrados de televisión para grabar el aforo completo del recinto a lo largo de todo el espectáculo desde el comienzo del mismo hasta el abandono del público (d).

- 19 Se concreta en este precepto la ubicación de las cámaras fijas y las móviles y el espacio que han de controlar unas y otras. De otra parte, aproximándose a las previsiones de la LO 4/1997, se establece un plazo de conservación de las grabaciones de un mes antes de proceder a su destrucción y el deber de colocar carteles informativos en los accesos a los recintos deportivos vigilados por medio de sistemas cerrados de televisión. A tales efectos se hace referencia a las Instrucciones de la Agencia Española de Protección de Datos y a la LO 15/1999, sobre protección de datos personales.
- 20 Sobre la naturaleza administrativa de la finalidad perseguida con la LO 4/1997, *vid.* C. SENÉS MOTILLA, "Cámaras de control y filmación de las vías públicas, redadas y controles policiales", en *Cuadernos de Derecho Judicial, Medidas restrictivas de derechos fundamentales*, 1996, XII, pp. 271-272; J.L. REQUERO IBÁÑEZ, "Aspectos administrativos de la videovigilancia (Comentarios al Proyecto de Ley Orgánica de Utilización de Videocámaras por las FCSE en Lugares Públicos)", en *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, 1997, N.º 1, pp. 25-26; E. RODRÍGUEZ ACHUTEGUI, "Cámaras en la calle", en *Iuris*, 1997, N.º 7, p. 31; del mismo autor, "Videocámaras y proceso penal", en *Revista del Ilustre Colegio de Abogados de Vizcaya*, 1998, N.º 9, p. 73; V. MAGRO SERVET, "Consideraciones sobre la nueva ley que regula la utilización de las vi-

Por si hubiera alguna duda acerca de la exclusión del ámbito de aplicación de la LO 4/1997 de la utilización de las videocámaras como diligencia de investigación penal, el Reglamento de desarrollo de la LO 4/1997 (RD 596/1999, de 16 de abril) para las Comunidades Autónomas (CC. AA.) sin competencia en materia de seguridad ciudadana y orden público, dispone en su art. 2.3, relativo precisamente a su ámbito de aplicación, que “las unidades de Policía Judicial reguladas en la legislación de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, cuando, en el desempeño de funciones de policía judicial en sentido estricto, realicen captaciones de imágenes y sonidos mediante videocámaras, se regirán por la Ley de Enjuiciamiento Criminal y por su normativa específica”²¹. Esta remisión normativa a la LECrim. resulta contradictoria en la medida en que en dicho cuerpo normativo procesal no existe previsión alguna al respecto.

El hecho de que el ámbito de aplicación de la LO 4/1997 quede circunscrito a la prevención penal o administrativa no debe conducirnos a ignorar las disposiciones contenidas en la misma. Tal como venimos indicando, se condensan en dicha LO una serie de criterios y presupuestos igualmente válidos para su aplicabilidad procesal (principio de proporcionalidad, prohibición de grabaciones en el interior de viviendas, integridad y originalidad de las grabaciones aportadas, etc.), pues con frecuencia son reflejo, a su vez, de pronunciamientos jurisprudenciales sobre la materia. Todo lo indicado tiene una directa repercusión en la eficacia procesal –probatoria– de las grabaciones videográficas²².

deocámaras por las fuerzas de seguridad en lugares públicos”, en *Poder Judicial*, 1997, N.º 46, p. 296. Algunas opiniones pusieron de relieve la inadecuación de las medidas e instrumentos legalmente regulados para lograr el fin deseado: J. NAVAS AMORES, “La videovigilancia desde la perspectiva del Grupo Parlamentario de Izquierda Unida”, en *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, 1997, N.º 2, p. 266; A. GONZÁLEZ URDÍNGUIO/M.A. GONZÁLEZ GUTIÉRREZ DE LEÓN, “La videovigilancia en el sistema democrático español: Análisis y crítica de la Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto, por la que se regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 1997-1998, N.º 89, p. 116.

- 21 Junto al citado Real Decreto, las Comunidades Autónomas con competencia para la protección de las personas y los bienes y para el mantenimiento del orden público (Disposición adicional primera de la LO 4/1997) se han dotado de los correspondientes reglamentos de desarrollo. Así, el Decreto vasco 168/1998, de 21 de julio, que desarrolla el régimen de autorización y utilización de videocámaras por la Policía del País Vasco en lugares públicos; y el Decreto catalán 134/1999, de 18 de mayo, de regulación de la videovigilancia por parte de la Policía de la Generalidad y de las Policías Locales.
- 22 En atinadas palabras de E. RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, pese a que la regulación “se centra en aspectos preprocesales de la autorización de la grabación de acontecimientos realizados en espacios públicos (...), contiene normas que elevan el nivel de garantía del material probatorio que pueda utilizarse para la incriminación”, “Videocámaras y proceso penal”, cit., p. 73. También en consideración de L.F. REY RUIDOBRO, las previsiones contenidas en la LO 4/1997 son “perfectamente aplicables a las grabaciones llevadas a cabo en el curso de la investigación de un delito”, *El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 461.

b. El fundamento normativo en ausencia de previsión expresa

Como ha ocurrido con frecuencia en España respecto de otros métodos de investigación y prueba “modernos”, la ausencia de previsión normativa expresa sobre la videovigilancia no ha supuesto impedimento de relevancia para su admisibilidad procesal. Este vacío normativo de rango procesal en la materia, ha sido suplido por la jurisprudencia de nuestros tribunales²³, excediéndose de sus funciones meramente interpretativas y asumiendo otras que corresponden al legislador, y recurriendo en busca de fundamento normativo para su utilización a disposiciones genéricas²⁴.

Desde las primeras resoluciones judiciales en las que se plantea esta cuestión, se estimó que las facultades genéricas concedidas a las autoridades responsables de la persecución penal comprendían el empleo de dispositivos de grabación de imágenes y sonidos en cumplimiento de dicha función de comprobación del delito y descubrimiento de los delincuentes. Una de las primeras resoluciones del Tribunal Supremo al respecto —la STS 6 de mayo de 1993 (recurso núm. 2339/1991; ponente J.A. Martín Pallín)— afirma que:

“Las tareas de investigación de todo hecho delictivo están encaminadas a practicar las diligencias necesarias para comprobar y descubrir a los delincuentes y recoger a todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito, poniéndolos a disposición de la autoridad judicial. En el desarrollo de estas funciones se pueden realizar labores de vigilancia u observación de lugares o personas que pudieran estar relacionadas con el hecho que es objeto de la investigación. Estas labores de vigilancia se pueden desarrollar en la vía pública concretándose en tareas de seguimiento o visualización de comportamientos y conductas de las personas consideradas como sospechosas. Para llevar a cabo estas funciones se pueden utilizar toda clase de medios que permitan constatar la realidad sospechada y que sean ap-

23 F. ALONSO PÉREZ, “Filmaciones videográficas: apuntes jurisprudenciales”, *La Ley*, 1999, núm. 4932, p. 14; L.F. REY RUIDOBRO, *El delito de tráfico de drogas...*, cit., p. 461. En palabras de C. SENÉS MOTILLA, la ausencia de regulación “ha revitalizado el valor de la jurisprudencia”, “Cámaras de control y filmación...”, cit., p. 275.

24 Sin que, como acertadamente critica J.C. SUÁREZ-QUIÑONES Y FERNÁNDEZ, pueda utilizarse como excusa de la inactividad del legislador la espera de la gran reforma del proceso penal tan reiteradamente anunciada, “Las video-grabaciones como prueba en el proceso penal”, *BIMJ*, 2006, núm. 2014, pp. 7-8. No circunscrito al fenómeno de la videovigilancia, afirma igualmente E. PEDRAZ PENALVA ante la atrasada e incompleta legislación, que el juez se ve obligado a suplir la incompetencia, la incoherencia o la mera inactividad del legislador “yendo más allá de su papel continental de actuar *secundum legem*”, en una tarea judicial de “*Positivgesetzgeber*”, “La utilización en el proceso penal de datos personales recopilados sin indicios de comisión delictiva”, *Protección de datos y proceso penal* (PEDRAZ PENALVA, coord.), La Ley, Madrid, 2010, pp. 38-39. Con anterioridad a la regulación procesal en Francia mediante la Ley N.º 2004-204, de 9 de marzo, la situación era prácticamente idéntica. La jurisprudencia admitía la utilización de dispositivos de captación de imágenes y sonidos con base en habilitaciones legales genéricas (arts. 81, 151 y 152 CPPf), pero sin poder evitar algunas contradicciones, *vid.* Édouard VERNY, “Des sonorisations et des fixations d’images décidées par le juge d’instruction”, *Revue Pénitentiaire et de Droit Pénal*, 2004, N.º. 4, pp. 777-779.

tos para perfilar o construir un material probatorio que después pueda ser utilizado para concretar una denuncia ante la autoridad judicial. No están descartados los sistemas mecánicos de grabación de imágenes y su utilización debe realizarse dentro de los márgenes marcados por el respeto a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio. Los derechos establecidos por la Ley Orgánica de 5-5-1982 reguladora de la protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, no pueden considerarse absolutamente ilimitados. Imperativos de interés público pueden hacer que por Ley se autoricen expresamente determinadas entradas en el ámbito de la intimidad que podrán ser reputadas legítimas. Según el art. 8 de la Ley Orgánica, antes mencionada, no se reputarán intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la autoridad competente de acuerdo con la Ley. El art. 282 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal autoriza a la policía a practicar las diligencias necesarias para comprobar los delitos y descubrir a los delincuentes”²⁵.

Esta situación de ausencia normativa y de indebido protagonismo de nuestros Tribunales en la materia se hubiera atenuado de materializarse las recientes propuestas de reforma integral del proceso penal español [LECrim. (2011) y BCPP (2013)]. En la Exposición de Motivos de la primera se recoge la “imperiosa necesidad” de regular actos de investigación no previstos o de actualizar el régimen jurídico de otros actos de injerencia que carecen de cobertura legal suficiente²⁶. Al efecto, se incorporan en los proyectados cuerpos procesales nuevas diligencias de investigación vinculadas a la videovigilancia como las que permiten la captación mediante dispositivos técnicos de “conversaciones privadas directas” que pueden tener lugar tanto en espacios públicos como en privados (domicilios). Igualmente las denominadas “observaciones y vigilancias policiales sistemáticas” a desarrollar en la vía pública o en otros espacios abiertos. Por regla general, estas diligencias han de ser autorizadas por el Ministerio Fiscal, como tendremos oportunidad de detallar. La reserva judicial solo será aplicable cuando se utilicen estos medios técnicos de vigilancia y observación para la captación de imágenes en ámbitos de intimidad o cuando la captación de la imagen se encuentre asociada a la del sonido.

25 Años después se ha reiterado literalmente en otras resoluciones del TS lo indicado en relación a la habilitación legal derivada del art. 282 LECrim. (por ejemplo, en las SSTs 1733/2002, de 14 de octubre; 354/2003, de 13 de marzo). De forma similar la STS 299/2006, de 17 de marzo, al afirmar que “las imágenes grabadas se realizaron desde la vía pública y sobre escenas que también se desarrollaban en un espacio público; por tanto, sin necesidad de autorización judicial la policía está actuando con plena legitimidad, amparada por el artículo 282 LECrim. y la Ley Orgánica de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, en su cometido de investigar los delitos y descubrir a sus autores” o la STS 597/2010, de 2 de junio.

26 En el BCPP (2013), por su parte, se añade que por más meritorio que haya sido el esfuerzo de jueces y tribunales para definir los límites del Estado en la investigación del delito, “el abandono a la creación jurisprudencial de lo que ha de ser objeto de regulación legislativa ha propiciado un déficit en la calidad democrática de nuestro sistema procesal”.

c. Obtención de grabaciones respetuosa con los derechos fundamentales

c.1. Derechos fundamentales afectados

Se ha indicado anteriormente que la eficacia procesal de las grabaciones videográficas está condicionada a la legitimidad en su obtención, legitimidad que exige como presupuesto previo el respeto al principio de legalidad o previsión legal de esta clase de actos de investigación. Pero, satisfecho este primer presupuesto, la legitimidad en la obtención supondrá en esencia el respeto a los derechos fundamentales que pudieran resultar afectados. Se advierte en las numerosas resoluciones judiciales recaídas al respecto un intento de armonización, en la medida de lo posible, entre la utilidad que reporta en el ámbito del proceso el empleo de las filmaciones videográficas y la debida salvaguarda de los derechos fundamentales²⁷.

En un principio, el elenco de derechos fundamentales que se presumía podían resultar afectados era muy reducido y, además, vinculado al espacio físico objeto de vigilancia. De forma excesivamente elemental, en nuestra opinión, se afirmaba a comienzos de la década de los 90 que las únicas grabaciones videográficas que merecían especial consideración eran las que afectaban intensamente a la intimidad por captar acontecimientos acaecidos en espacios en los que la misma se desarrolla en su plenitud, por ejemplo, en el domicilio u otros espacios privados²⁸. Se estimaba que si una persona se expone públicamente frente a los demás ubicándose en un espacio de acceso general o no restringido, no cabe apreciar ninguna injerencia añadida por el hecho de que un tercero que visualiza esa persona en ese espacio abierto al público proceda a la grabación de sus imágenes. La grabación no sería, sino la constatación de lo que el ojo humano visualiza²⁹. Manifestación clara

27 En la ya reiterada STS de 6 de mayo de 1993 (recurso núm. 2339/1991; ponente J.A. Martín Pallín) se aborda precisamente la cuestión desde esta perspectiva (grabaciones realizadas por la Policía de las proximidades del inmueble en que vivían los acusados): "El sistema procesal constitucional veda la utilización de pruebas obtenidas directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales, según el tenor literal del art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por lo que debemos examinar si en la presente causa se ha producido la vulneración de los derechos constitucionales que invoca el recurrente" (en concreto, el art. 18.1 CE). También muy tempranamente la STS 461/1994, de 11 de febrero de 1994, afirma que "el material 'fotográfico' y 'videográfico', obtenido sin vulneración de los derechos fundamentales, tiene un innegable valor probatorio". De forma similar las iniciales SSTs 1171/1994, de 6 de abril (ponente E. Ruiz Vadillo); 1504/1994, de 21 de mayo (ponente R. Hernández Hernández); de 18 de diciembre de 1995 (ponente J.A. De Vega Ruiz); de 27 de febrero de 1996 (ponente J.M. Ramírez-Pereda Rodríguez).

28 "La captación de imágenes se encuentra autorizada por la ley en el curso de una investigación criminal siempre que se limiten a la grabación de lo que ocurre en espacios públicos *fuera del recinto inviolable del domicilio donde tiene lugar el ejercicio de la intimidad*" (STS de 6 de mayo de 1993 —recurso núm. 2339/1991; ponente J.A. Martín Pallín—).

29 Ejemplo nuevamente de esta posición no suficientemente garantista sería la STS de 6 de mayo de 1993 (recurso N.º 2339/1991; ponente J.A. Martín Pallín) al afirmar que "[...] del mismo modo

de esta opinión sería la STS 1171/1994, de 6 de abril, donde se afirma sin ningún tipo de rubor que son absolutamente respetuosas con los valores de la persona las grabaciones realizadas en espacios libres y públicos (fuera de los domicilios o lugares similares) *donde para nada quedan afectados tales derechos fundamentales*³⁰.

No es de extrañar que en esta tesitura no se apreciara la necesidad de una regulación expresa del empleo de las videograbaciones en espacios públicos, estimándose suficiente con garantizar la intervención judicial para las grabaciones en espacios protegidos (domicilio o similares). Afortunadamente esto ya no es así. No puede afirmarse con la rotundidad con que se ha hecho que en los espacios públicos no quepan manifestaciones vitales protegidas por el derecho a la intimidad³¹ y que las mismas hayan de reducirse al espacio más privado del individuo, como es el domicilio o lugares similares³². Es

que nada se opone a que los funcionarios de policía hagan labores de seguimiento y observación de personas sospechosas, sin tomar ninguna otra medida restrictiva de derechos mediante la percepción visual y directa de las acciones que realiza en la vía pública o en cualquier otro espacio abierto. *No existe inconveniente para que pueda transferir esas percepciones a un instrumento mecánico de grabación de imágenes que complementa y tome constancia de lo que sucede ante la presencia de los agentes de la autoridad*". También la STS 354/2003, de 13 de marzo. Aunque no esté vinculada con la investigación y prueba de ilícitos penales, podría incorporarse en esta orientación la Sentencia T-034/95, de 6 de febrero, de la Corte Constitucional colombiana (relativa a la captación de imágenes en una marcha celebrada con motivo del día de la clase obrera).

- 30 En análogos términos la STS 1504/1994, de 21 de mayo (ponente R. Hernández Hernández): "ningún derecho queda vulnerado si la filmación se realiza en las vías o espacios abiertos al público".
- 31 Subrayando esta idea, afirma X. ARZOZ SANTISTEBAN que el derecho a la intimidad personal no se constriñe al ámbito doméstico o privado, sino que despliega su eficacia también en el ámbito público, *Videovigilancia, seguridad ciudadana...*, cit., p. 122. También J.J. ÚBEDA DE LOS COBOS, "Videograbación y videoconferencia", en *Cuadernos de Derecho Judicial, Los nuevos medios de investigación en el proceso penal. Especial referencia a la tecnovigilancia*, 2007, t. II, p. 306. También R. MARTÍN MORALES, "El derecho a la intimidad: grabaciones con videocámaras y microfonía oculta", en *Diario La Ley*, 2004, N.º 6079, pp. 2-3.
- 32 La utilización de mecanismos de videovigilancia en el ámbito laboral ha experimentado una evolución similar. En la STC 98/2000, de 10 de abril, se reconoce por el intérprete constitucional que en ocasiones se ha partido de la premisa básica de que el centro de trabajo no constituye por definición un espacio en el que se ejerza el derecho a la intimidad por parte de los trabajadores. Sin embargo, en la mencionada se enmienda el criterio interpretativo "pues no puede descartarse que también en aquellos lugares de la empresa en los que se desarrolla la actividad laboral puedan producirse intromisiones ilegítimas por parte del empresario en el derecho a la intimidad de los trabajadores, como podría serlo la grabación de conversaciones entre un trabajador y un cliente, o entre los propios trabajadores, en las que se aborden cuestiones ajenas a la relación laboral que se integran en lo que hemos denominado propia esfera de desenvolvimiento del individuo (SSTC 231/1988, de 2 de diciembre, f. j. 4 y 197/1991, de 17 de octubre, f. j. 3, por todas). En suma, habrá que atender no solo al lugar del centro del trabajo en que se instalan por la empresa sistemas audiovisuales de control, sino también a otros elementos de juicio (si la instalación se hace o no indiscriminada y masivamente, si los sistemas son visibles o han sido instalados subrepticamente, la finalidad real perseguida con la instalación de tales sistemas, si existen razones de seguridad, por el tipo de actividad que se desarrolla en el centro de trabajo de que se trate, que justifique la implantación de tales medios de control, etc.) para dilucidar en

cierto que determinados espacios, tales como el domicilio u otros asimilados, gozan de una tutela reforzada al contemplarse la exigencia de la autorización u orden judicial para la captación de imágenes en su interior, por considerarse que en dichos emplazamientos se despliega en toda su intensidad la intimidad personal y familiar del individuo. Pero ello no implica la validez del argumento de que fuera del domicilio la captación de imágenes al no requerir dicha intervención judicial signifique que no resulte afectada la intimidad en grado alguno³³. Muestra de ello es la LO 4/1997 que regula la utilización de las videocámaras por las FF. CC. de Seguridad precisamente en espacios públicos, pero sin embargo rodea esa actividad de una serie de garantías al objeto de evitar una injerencia injustificada en la esfera de derechos del individuo³⁴. El Informe elaborado por el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) sobre el “Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se regula la obtención de imágenes y sonidos en lugares públicos y su tratamiento”, distinguía en relación con la vigilancia audiovisual en espacios públicos, actividades que denomina “neutras” y otras que no lo son. Entre las primeras menciona las vinculadas con la ordenación del tráfico y la seguridad de edificios e instalaciones. Añade, no obstante, que la vigilancia y captación por medios audiovisuales, aunque se

cada caso concreto si esos medios de vigilancia y control respetan el derecho a la intimidad de los trabajadores” (f. j. 6). También en el ámbito laboral y en el mismo sentido la STC 186/2000, de 18 de junio. En la jurisdicción civil también ha estado extendida dicha opinión y, por ejemplo, se ha considerado en la STS de 2 de julio de 2004 que la grabación durante cinco meses de las imágenes de la entrada de una vivienda y realizadas por un detective privado no vulnera los derechos fundamentales de las personas afectadas, pues “las imágenes han sido captadas, que no reproducidas ni publicadas, en la calle, (...), recogiendo la entrada y salida de la vivienda de la actora recurrente y de sus hijos y de otras personas no identificadas” (aunque como argumento se añade también el deber de los padres de velar por sus hijos).

- 33 En tal sentido la sentencia de la Audiencia Provincial de Bizkaia, de 10 de enero de 1995 (ponente Rodrigo Landazábal): “La diferenciación entre lo exterior y lo interior, el espacio público y el espacio privado, determina la necesidad de que cualquier injerencia de los poderes públicos en el ámbito domiciliario y en el secreto de las comunicaciones exija autorización judicial. Se trata de proteger al máximo el núcleo profundo de la intimidad personal y familiar. Este círculo íntimo en opinión de la Sala, no agota el derecho a la intimidad y a la propia imagen. *No podríamos concluir, en este sentido, que todas las actividades que los ciudadanos desarrollamos en público sean públicas como contrapuestas a íntimas o privadas. Existen manifestaciones públicas de esferas privadas*: las personas con las que nos relacionamos y que nos acompañan en la vía pública, los lugares a los que acudimos, los establecimientos que frecuentamos, se desarrollan en el exterior, pero inevitablemente reflejan datos e informaciones sobre aspectos concretos de nuestra personalidad”.
- 34 En el orden civil (LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del honor, la intimidad personal y familiar y la propia), afirma en este mismo sentido A. SEISDEDOS MUIÑO que debe descartarse la idea de que en los espacios públicos no exista en ningún caso derecho a la intimidad, “pues esa esfera de la vida personal no es solo la que se desenvuelve en el domicilio de cada persona —en el que la intimidad alcanza, sin duda, su máxima expresión—, sino que se extiende a los demás espacios privados, y también, aunque en menor medida, a los lugares públicos y los privados de uso público (calles, plazas, cafeterías, comercios, cines...). Porque también en estos últimos puede ejercerse el derecho a la intimidad”, “Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2004”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2005, N.º 67, pp. 430-431.

produzca en lugares públicos, *no es una actividad neutra, carente de efectos sobre los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos*³⁵.

Reflejo de este distinto parecer es la jurisprudencia del TEDH. Parte al respecto de la idea de que el concepto de vida privada es amplio y que el mismo no se presta a una definición exhaustiva. Junto a factores tales como el nombre, la identidad sexual, la orientación sexual, etc., elementos importantes de la esfera personal protegida por el art. 8 CEDH, esta disposición protege igualmente el derecho a la identidad y al desarrollo personal, así como el derecho de todo individuo de entablar y desarrollar relaciones con sus semejantes y el mundo exterior. Puede incluso extenderse a las actividades profesionales o comerciales. Se reconoce, pues, “que existe una zona de interacción entre el individuo y los otros que puede revelar la ‘vida privada’ incluso en un contexto público” (SSTEDH *Peck c. Reino Unido*, de 28 de enero de 2003; *Wisse c. Francia*, de 20 de diciembre de 2003). Entre los elementos a considerar a la hora de determinar si la vida privada de una persona ha resultado afectada por medidas adoptadas fuera de su domicilio o de sus lugares privados, puede ocupar una posición significativa, aunque no necesariamente determinante, “la *expectativa razonable de dicha persona*. En ocasiones las personas participan consciente o intencionadamente en actividades que pueden ser registradas o comunicadas públicamente. Una persona que camina por una calle será vista inevitablemente por cualquier otra persona que también esté presente. Controlar por medios tecnológicos la misma escena pública (por ejemplo, un guardia de seguridad observando por un circuito cerrado de televisión) *es de similares características*. En cambio, la creación de una *grabación sistemática o permanente de tal material perteneciente al dominio público puede dar lugar a consideraciones vinculadas a la vida privada*” (SSTEDH *P.G. et J.H. c. Reino Unido*, de 25 de septiembre de 2001; *Peck c. Reino Unido*, de 28 de enero de 2001; *Wisse c. Francia*, de 20 de diciembre de 2003)³⁶.

35 Continúa dicho Informe apuntando que “[...] en los lugares públicos se desarrollan también ámbitos de privacidad merecedores de protección (...). El hecho de que alguna de estas actuaciones tenga lugar en un lugar público no implica que, necesariamente, rebase la esfera que la propia persona haya salvaguardado para sí conforme a los usos sociales”; Informe disponible en *Boletín de Información*, CGPJ, 1996, N.º 131, pp. 80-94.

36 Aunque pertenezca al orden jurisdiccional civil no nos resistimos a traer a colación el ATC 176/2007, de 1 de marzo, al afirmar que “*la delimitación del ámbito constitucionalmente protegido por el derecho a la intimidad no puede hacerse con criterios exclusivamente espaciales*. De una parte, no todo lo que sucede en el domicilio ha de estar necesariamente protegido por la intimidad pues cabe imaginar situaciones en las que, por ejemplo, el titular renuncie a su derecho invitando a terceros indeterminados a acceder a su morada, exhibiéndose ante una ventana o incluso permitiendo la instalación de dispositivos de grabación. Por otro lado, tampoco la vida privada puede reducirse a aquella que se desarrolla en la vivienda familiar, sino que debe abarcar cualquier espacio sobre el que la persona haya tomado medidas para evitar las intromisiones ajenas. Mucho menos puede acudirse al concepto constitucional de domicilio al que se refiere el art. 18.2 CE para delimitar el espacio en el que se desenvuelve el derecho a la intimidad. Se trata de realidades distintas que, independientemente de que ocasionalmente se solapen de modo parcial, responden a finalidades constitucionales distintas” (f. j. 3).

El criterio de la “expectativa razonable de la persona” recogido por el TEDH ha sido asumido también por el TC español. Así se pronuncia en su STC 12/2012, de 30 de enero, tras afirmar que “la intimidad protegida por el art. 18.1 CE no se reduce necesariamente a la que se desarrolla en un ámbito doméstico o privado”. Esta idea de la expectativa razonable de encontrarse al resguardo del escrutinio ajeno, está vinculada al empleo subrepticio y clandestino de medios de captación de imágenes y sonidos como era el caso resuelto por la sentencia del máximo intérprete constitucional³⁷.

El elenco de derechos fundamentales que puede resultar afectado como consecuencia del empleo de medios de videovigilancia es amplio, aunque todos ellos giren en torno al concepto extenso del derecho a la intimidad. La reiteradamente citada STS de 6 de mayo de 1993 (recurso núm. 2339/1991; ponente J.A. Martín Pallín) condicionaba, por ejemplo, la admisibilidad de los sistemas mecánicos de grabación de imágenes a que su utilización se realizase “dentro de los márgenes marcados por el respeto a la intimidad y a la inviolabilidad domiciliaria”³⁸. La LO 4/1997, por ejemplo, menciona de forma expresa en su Preámbulo que dicha Ley, en la medida en que incide en las condiciones del ejercicio de determinados derechos fundamentales, como el derecho a la propia imagen y el derecho de reunión, ha de tener en su totalidad el carácter de LO. A lo largo de su articulado menciona posteriormente y de forma expresa los derechos al honor, a la propia imagen y a la intimidad. Y en la medida en que las imágenes y sonidos merecen la condición de datos de carácter personal, contiene dicha LO importantes garantías vinculadas al derecho a la protección de los datos de carácter personal (derecho de información, acceso, cancelación, etc.) y se remite a la normativa sobre esta materia, sin perjuicio de las disposiciones específicas que se contienen en ella³⁹. Ade-

37 Se trata del supuesto de utilización de la técnica de investigación periodística llamada “cámara oculta” en la que una periodista haciéndose pasar por una paciente capta imágenes y conversaciones mantenidas con la demandante, que se atribuye la condición de esteticista y nutricionista. La grabación se emite finalmente en un programa de televisión. Estima el TC que el medio específico utilizado (cámara oculta) presenta una “especial capacidad intrusiva” que impide a la persona afectada ejercer “su legítimo poder de exclusión” al mantenerse el “contexto secreto y clandestino” hasta el momento de la difusión televisiva.

38 Para añadir a continuación que los derechos establecidos por la LO 5/1982, reguladora de la protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, “no pueden considerarse absolutamente ilimitados”.

39 Art. 2.2 LO 4/1997: “Sin perjuicio de las disposiciones específicas contenidas en la presente Ley, el tratamiento automatizado de las imágenes y sonidos se regirá por lo dispuesto en la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal”. LORTAD derogada y sustituida por la LO 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal. El TEDH ha afirmado igualmente que el registro de imágenes en un soporte permanente y su montaje con vistas a una utilización posterior pueden ser consideradas como un tratamiento o colecta de datos de carácter personal y, por consiguiente, constituir una injerencia en el derecho a la vida privada (*Perry c. Reino Unido*, de 17 de julio de 2003). Vid. igualmente J. PÉREZ GIL/J. J. GONZÁLEZ LÓPEZ, “La videovigilancia como diligencia de recogida de datos de carácter personal: una reflexión sobre sus repercusiones procesales”, *Videovigi-*

más se contienen previsiones relativas a la captación de imágenes o sonidos en el interior de viviendas o a la captación de conversaciones privadas, por lo que añadiríamos a dicha relación los derechos a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones⁴⁰.

Como puede comprobarse de la enumeración anteriormente indicada, la tecnología de la videovigilancia presenta desde la perspectiva jurídico-constitucional y *iustfundamentalista* una dimensión cualitativamente distinta a la mera yuxtaposición de dos supuestos conocidos, como es el caso de la captación de la imagen y la captación del sonido⁴¹. Algunos de los derechos citados por la jurisprudencia y por la LO 4/1997 gozan de una específica garantía constitucional, como es el caso de la reserva judicial para la autorización de las intromisiones en los derechos a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones. La legitimidad de la obtención de las grabaciones videográficas estará condicionada al respeto de esas garantías específicas.

c.2. Principio de proporcionalidad

La mención a la incidencia o afectación en los derechos fundamentales como consecuencia de la videovigilancia no puede hacerse al margen de toda consideración hacia el principio de proporcionalidad. Este principio resulta esencial, e informa el conjunto de actividades de diversa naturaleza en el que opera una restricción de derechos y libertades fundamentales. En tal sentido ha sido calificado como un “presupuesto de carácter negativo”, pues resultan inadmisibles aquellas actuaciones y diligencias que incidiendo en derechos fundamentales vulneran el principio de proporcionalidad⁴².

El llamado principio de proporcionalidad es básicamente resultado de una elaboración doctrinal y jurisprudencial del TEDH, del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la actualidad) y de los Tribunales Constitucionales de nuestro entorno europeo

lancia. Ámbito de aplicación..., cit., pp. 291 y ss.; J.F. ETXEBERRIA GURIDI, “Videovigilancia y el derecho a la protección de los datos de carácter personal”, cit., pp. 187 y ss.

- 40 X. ARZOZ SANTISTEBAN amplía el catálogo de derechos fundamentales afectados añadiendo los derechos a la libertad ideológica, a la libertad, a la libertad de circulación, a la libertad sindical y a la huelga, etc. Según este autor, tales derechos podrían dividirse en dos categorías: por un lado, derechos fundamentales ligados a la protección de la vida privada; por otro lado, derechos fundamentales de libertad; siendo más categórica la posible incidencia en los primeros, frente a la mayor sutileza en el caso de los segundos, *Videovigilancia, seguridad ciudadana...*, cit., pp. 31-33.
- 41 X. ARZOZ SANTISTEBAN, *Videovigilancia, seguridad ciudadana...*, cit., p. 21. Se refiere en similares términos N. CABEZUDO RODRÍGUEZ a la permeabilidad existente entre los distintos instrumentos tecnológicos, “Omisiones y recelos del legislador procesal...”, cit., p. 3.
- 42 Horst DZENDZALOWSKI, *Die körperliche Untersuchungen. Eine strafprozessual-kriminalistische Untersuchung zu den §§ 81a und 81c StPO*, Max Schmidt-Römhild, Lübeck, 1971, p. 22.

occidental, en especial el alemán federal⁴³. Precisamente se considera que el principio surge originariamente circunscrito al derecho policial y posteriormente se expande al conjunto del Derecho administrativo para “pasar a impregnar” todo el Derecho público⁴⁴. Evidentemente, la vigencia del principio de proporcionalidad se aprecia en otros ámbitos. En tal sentido, se ha considerado una exigencia histórica de la pena. Pero trascendiendo más allá de los ámbitos administrativo y penal, ha experimentado un “mayor crecimiento, constituyendo una de las máximas jurídicas fundamentales cuya expansiva e ilimitada virtualidad en caso todos los ámbitos del Derecho no encuentra parangón alguno”, llegando a ser considerado como un imperativo consustancial del Estado de Derecho en lo que conlleva de imposición al Estado de un ejercicio moderado de su poder⁴⁵.

¿Cuáles son las razones de este fenómeno expansivo del principio de proporcionalidad? Uno de los factores determinantes aducidos para explicar el crecimiento en el ámbito de aplicación de este principio reside, precisamente, en el “reforzamiento cuantitativo y cualitativo de los derechos fundamentales” experimentado tras la segunda guerra mundial en los países occidentales⁴⁶. Ello sería debido básicamente a dos factores: por un lado, la conciencia de que la preocupación por los derechos y libertades fundamentales del individuo excede de los límites meramente nacionales, convirtiéndose en una cuestión supraestatal que se traduce en la proliferación de Pactos y Convenios Internacionales encaminados a la protección de estos derechos fundamentales⁴⁷; por otro lado, los derechos fundamentales dejan de tener un valor programático para transformarse en verdaderos derechos cuya efectividad resulta exigible.

43 E. PEDRAZ PENALVA/V. ORTEGA BENITO, “El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y literatura especializada alemanas”, en *Poder Judicial*, 1990, N.º 17, p. 80; N. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1990, p. 21.

44 I. SÁNCHEZ GARCÍA, “El principio constitucional de proporcionalidad en el Derecho penal”, en *La Ley*, 1994, t. 4, p. 1115. E. PEDRAZ PENALVA/V. ORTEGA BENITO consideran, por el contrario, que el principio de proporcionalidad tiene su origen en la esfera jurídico penal y está íntimamente ligado a la Ilustración, “Principio de proporcionalidad...”, cit., p. 72.

45 E. PEDRAZ PENALVA, “Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad”, en *La reforma del proceso penal*, II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, pp. 342-343; en idéntico sentido Hans Heinrich RUPP, “Ermessensspielraum und Rechtsstaatlichkeit”, en *NJW*, 1969, N.º 30, p. 30; Karl SCHÄFER, *Strafprozessrecht. Eine Einführung*, Walter de Gruyter, Berlín-New York, 1976, p. 17.

46 E. PEDRAZ PENALVA/V. ORTEGA BENITO, “El principio de proporcionalidad...”, cit., p. 73; E. PEDRAZ PENALVA, “Sobre la crisis de la Justicia”, *Crisis de la Justicia y reformas procesales*, I Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León, Madrid, 1988, pp. 28-29.

47 D. RUIZ-JARABO COLOMER, “Los derechos humanos en la jurisprudencia del Tribunal de las Comunidades Europeas”, en *Poder Judicial*, “Protección Jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades públicas”, 1989, N.º especial VI, pp. 159-177; J.A. CARRILLO SALCEDO, “El sistema jurisdiccional europeo de protección de los derechos humanos: la Comisión y el Tribunal Europeo de Derecho Humanos”, en *Poder Judicial*, “Protección Jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades públicas”, 1989, N.º especial VI, pp. 247-264.

El verdadero significado y alcance del principio de proporcionalidad en un ámbito como es el de la persecución de hechos criminales podría resumirse en la reveladora apreciación que formula Manfred GENTZ acerca de la consideración que al Tribunal Constitucional federal alemán le merece este principio con respecto a las actuaciones de los poderes públicos que inciden en los derechos fundamentales: “límite de todas las limitaciones de los derechos fundamentales”⁴⁸.

Todas estas consideraciones han tenido fiel reflejo en la jurisprudencia de nuestros tribunales cuando entran a analizar la justificación constitucional de las injerencias en la esfera de los derechos fundamentales del individuo con ocasión de la investigación y prueba de hechos punibles. Así, entiende el Tribunal Constitucional que una vez “constatada la afectación del derecho fundamental a la intimidad personal, hemos de analizar a continuación si tal afectación resulta constitucionalmente legítima o si, por el contrario, constituye una vulneración del derecho afectado” (STC 206/2007, de 24 de septiembre, f. j. 5). Añadiendo a continuación, y con fundamento en la jurisprudencia del TEDH sobre el art. 8 CEDH, que tal juicio sobre la legitimidad constitucional de la injerencia ha de pivotar sobre la proporcionalidad de la misma⁴⁹.

Esta doctrina constitucional se ha reiterado sistemáticamente en el análisis de la legitimidad, por parte de nuestros tribunales, de diligencias procesales restrictivas de derechos fundamentales tales como las entradas y registros, las intervenciones de las comunicaciones personales, las intervenciones corporales, etc. Resumiendo lo dicho hasta ahora, los requisitos “que proporcionan una justificación constitucional objetiva y razonable a la injerencia” serían los siguientes: a) la existencia de un fin constitucionalmente legítimo (considerando como tal “el interés público propio de la investigación de un delito, y, más en concreto, la determinación de hechos relevantes para el proceso penal”); b) la existencia de una previsión legal específica de la medida limitativa del derecho (principio de legalidad); c) que, como regla general, se acuerde mediante una resolución judicial motivada; y d) “la *stricta*

48 “Zur Verhältnismäßigkeit von Grundrechtseingriffen”, en *NJW*, 1968, N.º 35, p. 1601. *Vid.* en España M. MEDINA GUERRERO, *La vinculación negativa del legislador de los derechos fundamentales*, Mc Graw-Hill, Madrid, 1996, pp. 117-145.

49 Son frecuentes en tal sentido referencias de este estilo: “recordábamos que la jurisprudencia del Tribunal Europeo relativa a la garantía de la intimidad individual y familiar del art. 8 del Convenio europeo de derechos humanos (CEDH) exige que las limitaciones estén previstas legalmente y sean las *indispensables en una sociedad democrática*, lo que implica que la ley que establezca esos límites sea accesible al individuo concernido por ella, que resulten previsibles las consecuencias que para él pueda tener su aplicación, y que los límites respondan a una necesidad social imperiosa y sean adecuados y *proporcionados* para el logro de su propósito (Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos caso X e Y, de 26 de marzo de 1985; caso Leander, de 26 de marzo de 1987; caso Gaskin, de 7 de julio de 1989; *mutatis mutandis*, caso Funke, de 25 de febrero de 1993; caso Z, de 25 de febrero de 1997)” (SSTC 292/2000, de 30 de noviembre; 196/2004, de 15 de noviembre; 206/2007, de 24 de septiembre).

observancia del principio de proporcionalidad, concretado en tres requisitos o condiciones: idoneidad de la medida para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido (*juicio de idoneidad*), que la misma resulte necesaria o imprescindible para ello, esto es, que no existan otras medidas menos gravosas que, sin imponer sacrificio alguno de derechos fundamentales o con un sacrificio menor, sean igualmente aptas para dicho fin (*juicio de necesidad*), y, por último, que se deriven de su aplicación más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o intereses en conflicto o, dicho de otro modo, que el sacrificio impuesto al derecho fundamental no resulte desmedido en relación con la gravedad de los hechos y las sospechas existentes (*juicio de proporcionalidad en sentido estricto*)⁵⁰.

Como no podía ser de otro modo, esta doctrina encuentra también reflejo en el análisis de la constitucionalidad de las medidas de videovigilancia por parte de nuestros tribunales. Para ello se parte de la premisa de que “el derecho a la intimidad no es absoluto, como no lo es ninguno de los derechos fundamentales, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que aquel haya de experimentar se revele como *necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo* y, en todo caso, respetuoso con el contenido esencial del derecho”⁵¹.

El principio de proporcionalidad adquiere especial protagonismo en aquellos supuestos en los que la injerencia en los derechos fundamentales motivada por las medidas de videovigilancia no precise de intervención judicial previa⁵². Como tendremos ocasión de analizar, esta es la situación dominante en la vigilancia en espacios públicos en los que, conforme a lo indicado, no puede afirmarse que no se manifiesten determinados aspectos de la personalidad y libertades del individuo merecedoras de tutela. Buena prueba de ello es, nuevamente, la LO 4/1997 que reitera en varios de sus preceptos que la

50 SSTC 66/1995, de 8 de mayo; 55/1996, de 28 de marzo; 207/1996, de 16 de diciembre; 234/1997, de 18 de diciembre; 37/1998, de 17 de febrero; 70/2002, de 3 de abril; y 25/2005, de 14 de febrero; 206/2007, de 24 de septiembre.

51 STC 186/2000, de 10 de julio, sobre videovigilancia en el puesto de trabajo y reiterando las tres condiciones que deben satisfacerse desde la perspectiva del juicio de proporcionalidad de la medida, a saber, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Acerca de la escasa idoneidad y eficacia de la videovigilancia vinculada a la prevención delictiva *vid.* X. ARZOS SANTISTEBAN, *Videovigilancia, seguridad ciudadana...*, cit., pp. 229-232.

52 También cuando el empleo de la videovigilancia se produce en el ejercicio de las facultades de vigilancia del empresario. *Vid.* la STC 98/2000, de 10 de abril. Incluso en el orden civil, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 17 de mayo de 2003 (ponente J. Martínez Fernández) estima desproporcionada la colocación de cámaras que controlan la entrada a un domicilio donde reside una persona de origen senegalés por la sensación de seguridad de los vecinos.

utilización de las videocámaras estará presidida por el principio de proporcionalidad⁵³.

c.3. Grabación de imágenes en espacios no públicos

Si algo quedó meridianamente claro de la primera jurisprudencia sobre videovigilancia aplicada al proceso penal, es la rotundidad con que se pretendía disociar los requisitos de legitimidad de la medida partiendo de la zona o el área sobre la que recaía la misma. Resumidamente, las grabaciones afectantes al interior del domicilio o espacios similares incidirían en el derecho a la inviolabilidad del domicilio o al derecho a la intimidad de forma particularmente intensa. Consecuentemente dicha utilización gozaría de la reserva judicial constitucionalmente garantizada (art. 18.2 CE). Fuera del domicilio, apenas resultaría afectada la esfera de derechos y libertades fundamentales del individuo. Esta tajante afirmación ha sido matizada en lo que respecta a la captación de imágenes en espacios públicos. La tan reiterada STS 6 mayo 1993 (recurso núm. 2339/1991; ponente J.A. Martín Pallín) recoge fielmente esta distinción al afirmar que “La captación de imágenes se encuentra autorizada por la ley en el curso de una investigación criminal siempre que se limiten a la grabación de lo que ocurre en espacios públicos fuera del recinto inviolable del domicilio donde tiene lugar el ejercicio de la intimidad⁵⁴. Por ello, cuando el emplazamiento de aparatos de filmación o de escucha invada el espacio restringido reservado para la intimidad de las personas solo puede ser acordado en virtud de mandamiento judicial que constituye un instrumento habilitante para la intromisión en un derecho fundamental.”⁵⁵.

53 En el Preámbulo de la LO se anticipa que procede introducir en el uso de los medios de grabación de imágenes y sonidos una serie de garantías precisas para que el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Constitución “no pueda verse perturbado con un exceso de celo en la defensa de la seguridad pública”. En el art. 4 se enumeran una serie de criterios a considerar en la autorización de instalaciones de videocámaras fijas, “conforme al principio de proporcionalidad”, y en el art. 6.1, ya con carácter general sobre los principios de utilización de videocámaras, se dispone que “la utilización de videocámaras estará presidida por el principio de proporcionalidad, en su doble versión de idoneidad y de intervención mínima”, especificándose a continuación qué ha de entenderse por dichas manifestaciones del principio de proporcionalidad.

54 Al igual que no procede equiparar espacio público con ausencia absoluta de manifestaciones de la intimidad, esta equiparación entre inviolabilidad del domicilio e intimidad ha de ser matizada atendiendo al carácter sustancial de la intimidad, frente al carácter formal del derecho a la inviolabilidad domiciliaria (o del derecho al secreto de las comunicaciones), *vid.* al respecto L. DÍAZ-PICAZO, “Publicidad y secreto en la Constitución”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, “Acceso judicial a la obtención de datos”, 1997, XXV, pp. 55-56; J. JIMÉNEZ CAMPO, “La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones”, *REDC*, 1987, núm. 20, pp. 40-41.

55 También las SSTS 1171/1994, de 6 de abril (según esta sentencia, en estos casos “[...] sería necesario Auto del Juez con suficiente motivación y que respondiera, por analogía, a las exigencias y requisitos de las intervenciones telefónicas, esto es, tomarse en el curso de un procedimiento penal, existencia de indicios racionales de criminalidad respecto de un delito grave, imposibilidad o gran dificultad de averiguación de la grave infracción por otra vía, control judicial

Según la misma sentencia, esto ha de satisfacerse “aun cuando la captación tuviera lugar desde emplazamientos alejados del recinto domiciliario”⁵⁶. De la misma se deduce que lo que se protege no es tanto la intromisión física en el domicilio, sino lo que podría desarrollarse en el interior del mismo y que puede ser captado desde el exterior⁵⁷. Este criterio se consolida en posterior jurisprudencia. Es también la reflejada, según esta misma jurisprudencia, en la LO 4/1997 cuyo art. 6.5 dispone que “no se podrán utilizar videocámaras para tomar imágenes ni sonidos del interior de las viviendas, ni de sus vestíbulos, salvo consentimiento del titular o autorización judicial [...]”⁵⁸. Esta previsión normativa es acorde con lo previsto en el art. 18.2 CE respecto del derecho a la inviolabilidad del domicilio.

Ahora bien, dicho lo anterior procede aclarar a continuación si cabe formular algún tipo de matización al concepto de domicilio y qué otros espacios son asimilables al mismo desde la perspectiva de las garantías que se precisan (fundamentalmente autorización judicial). En primer término procede concretar qué ha entenderse por domicilio, y, considerando la jurisprudencia recaída sobre dicho concepto a los efectos de la diligencia de entrada y registro —caracterizada por su flexibilidad—, el mismo ha de venir determinado por el destino o uso que se le da al espacio, y no por la titularidad, configuración física u otra circunstancia secundaria. Podrían con carácter general caracterizarse como tales a los espacios acotados o cerrados aptos para el desenvolvimiento de la vida personal o familiar con exclusión de la actuación de los poderes públicos⁵⁹. Por otro lado, la LO 4/1997 incluye dentro del ámbito protegido, además del interior de las viviendas, a *sus* vestíbulos, esto es, como partes integrantes de aquellas. Esta referencia a los vestíbulos refleja una influencia clara de la normativa sobre seguridad francesa, en concreto

de la intervención y fijación por el Juez del lugar o lugares, tiempo y modo de llevarse a cabo una medida tan excepcional”); 1504/1994, de 21 de mayo; de 27 de febrero de 1996 (ponente J.M. Ramírez-Pereda Rodríguez); 828/1999, de 19 mayo.

56 En idéntico sentido la STS 354/2003, de 13 de marzo, al afirmar que “No estarían autorizados, sin el oportuno plazo judicial, aquellos medios de captación de la imagen o del sonido que filmaran escenas en el interior del domicilio prevaleciéndose de los adelantos y posibilidades técnicas de estos aparatos grabadores, *aun cuando la captación tuviera lugar desde emplazamientos alejados del recinto domiciliario*”.

57 A favor de dicha interpretación C. SENÉS MOTILLA, “Cámaras de control y filmación de las vías públicas...”, cit., p. 284; J. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Instituciones de Derecho Procesal Penal*, Akal, Madrid, 1999, p. 309. R. MARTÍN MORALES, en cambio, considera que estos casos de injerencia electrónica habrían encajado mejor en el art. 18.1 CE, “El derecho a la intimidad: grabaciones con videocámaras...”, cit., p. 1.

58 Según dicho precepto, las imágenes y sonidos obtenidos accidentalmente “deberán ser destruidas inmediatamente”. El Reglamento de desarrollo y ejecución de la Ley (aprobado por RD 596/1999, de 16 de abril) califica dichas grabaciones de “ilegales” y ordena también su destrucción (art. 20).

59 Vid. al respecto X. ARZOZ SANTISTEBAN, *Videovigilancia, seguridad ciudadana...*, cit., pp. 177-179.

de la Ley N.º 95-73, de 21 de enero de 1995, cuyo art. 10.II contiene dicha referencia (*leurs entrées*)⁶⁰.

Lo anterior no impide que proceda matizar que no siempre y en todo caso lo que ocurre en el interior de la vivienda goza de la protección derivada del derecho a la inviolabilidad domiciliaria (art. 18.2 CE). Esto es, se requerirá que el titular de dicha vivienda adopte las medidas o precauciones necesarias y mínimas para mantener dicho espacio vetado a las injerencias ajenas. Es posible que lo que ocurre en el interior de las viviendas sea perfectamente visible sin el auxilio de artilugios técnicos especiales desde el exterior de las mismas (por no colocar cortinas o protectores similares). En supuestos similares ha considerado la jurisprudencia que no es precisa la autorización judicial para captar las imágenes de lo que ocurre en el interior de las viviendas. Al respecto se ha indicado que la autorización judicial será necesaria cuando “sea imprescindible vencer un obstáculo que haya predispuesto para salvaguardar la intimidad. Cuando, por el contrario, tal obstáculo no existe, como en el caso de una ventana que permite ver la vida que se desarrolla en el interior de un domicilio no es necesaria una autorización judicial” (STS 453/1997, 15 abril 1997)⁶¹.

Aclaradas algunas dudas acerca de lo que ha de entenderse por vivienda o domicilio y en qué casos excepcionales no procede la tutela concedida a los mismos, puede uno preguntarse si existen espacios o ámbitos asimilables al domicilio aunque no estén destinados a tal uso. Puede ocurrir que en los mismos se desarrollen manifestaciones vinculadas a la intimidad. Es el supuesto de los baños públicos, por ejemplo. Al respecto nuestros tribunales

60 Esta influencia es reconocida por el CGPJ en su Informe sobre el Anteproyecto de la Ley. Surge una primera dificultad a la hora de determinar el significado del término “vestíbulo”, pues hace referencia al portal o entrada de un edificio, pero también se denomina así a una pieza o parte de la vivienda (recibidor), según J.L. REQUERO IBÁÑEZ, quien opta por la acepción más amplia, “Aspectos administrativos de la videovigilancia...”, cit., 31. Entiende lógica E. RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI esta extensión a los vestíbulos, pues rebela qué persona entra y sale del domicilio cuya salvaguarda se pretende, “Cámaras en la calle”, cit., p. 30. A. SEISDEDOS MUIÑO considera igualmente que vigilar continuamente y durante un plazo dilatado la entrada de la vivienda permite trazar un cuadro completo de ciertos hábitos, comportamientos y, en general, aspectos de la vida privada de la persona afectada, “Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo...”, cit., p. 431.

61 También las SSTs 1733/2002, de 14 de octubre; 354/2003, de 13 de marzo. Este criterio es aplicable a los supuestos en los que no se adoptan medidas para evitar intromisiones en los patios de las casas. Así, conforme a la STS de 18 de febrero de 1999 (RJA 1921) “cuando esos lugares o espacios físicos se encuentran expuestos por su propia estructura a la intromisión ajena, de tal manera que se hace inviable su calificación como recintos adecuados para resguardar la intimidad de sus usuarios; cuando el mismo interesado permite el intrusismo de cualquier agente exterior en esos espacios, indefensos por la omisión o desidia propia al no haberse establecido obstáculo o impedimento a la injerencia ajena, el Ordenamiento jurídico no puede atribuir la condición de privativos o íntimos a aquellos lugares”. A favor de dicha interpretación también E. RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, “Videocámaras y proceso penal”, cit., p. 74; el mismo autor en “Cámaras en la calle”, cit., p. 30.

han diferenciado la zona común o antesala, de lo que es propiamente el váter o retrete. Sólo en este último caso la intromisión precisaría de autorización judicial. Así, la STS 620/1997, de 5 de mayo, expone que “sin duda se trata de un lugar público, en cuanto que a tales servicios puede acceder cualquier persona, pero la sentencia entiende que, no obstante tal condición ello no significa que se trate de un espacio desprovisto de toda privacidad, pues su destino, hace que esté rodeado de esa connotación, por lo que puede hablarse, de ‘un lugar público, pero no expuesto al público’. Pues bien, siendo esto cierto y de acuerdo con los términos indiscutidos del ‘factum’, no lo es menos, —como señala el Fiscal recurrente— que las acciones más privadas que se pueden realizar en un lugar como el de autos, estuvieron fuera del campo de acción de la cámara. Nos referimos a los retretes propiamente dichos, cuyo ámbito de intimidad parece alejado de toda duda. Sin embargo, no sucede lo propio con lo que la sentencia denomina ‘antesala del váter’ (sic), lugar que era el que caía bajo el campo de acción de la cámara, en el que bien puede decirse que, por mucho que sea de cierta intimidad, desaparece la propia de los retretes en los que dicha nota la marca la puerta que los separa de la denominada antesala”⁶².

El Anteproyecto de reforma de la LECrim. que se hizo público en julio de 2011 resolvía algunas de estas cuestiones al incorporar una serie de diligencias de características similares a las que nos referimos, aunque no prosperaron tras la disolución de las Cortes. En concreto, en el Libro III relativo a las “Diligencias de investigación” se dedica un Título III a las diligencias consistentes en observaciones y vigilancias físicas y en la utilización de dispositivos de seguimiento, localización y captación de la imagen. La diligencia denominada “vigilancias físicas” consiste, según el ALECrím., en realizar labores de vigilancia u observación de personas, lugares o cosas que puedan estar relacionadas con el hecho delictivo objeto de la investigación y está orientada a “averiguar los delitos, descubrir a los responsables de su comisión o averiguar su paradero”. La aplicación de esta medida puede acordarla la Policía Judicial, por sí, o por orden del Ministerio Fiscal (art. 314.1 ALECrím.). En todo caso, las labores de vigilancia se desarrollarán “exclusivamente en la vía pública o en cualquier otro espacio abierto o público” (art. 314.2 ALECrím.) y, conforme al mismo precepto, no podrán realizarse de forma sistemática o utilizando sistemas técnicos de seguimiento y localización u obtención de imágenes sin la correspondiente autorización.

62 Similares pronunciamientos cabe hallar en supuestos de aplicación de medidas de videovigilancia en el ámbito de la empresa. Así, en la STC 98/2000, de 10 de abril, relativa a la colocación de cámaras y micrófonos en un casino, se afirma que “la instalación de tales medios en lugares de descanso o esparcimiento, vestuarios, aseos, comedores o análogos resulta, *a fortiori*, lesiva en todo caso del derecho a la intimidad de los trabajadores”.

Esta referencia a las vigilancias físicas desaparece del BCPP (2013) que regula directamente, al igual que la ALECrím. (2011) predecesora, la diligencia denominada “vigilancia sistemática”. Esta, es también realizada por funcionarios de policía pero el elemento diferenciador sería su carácter sistemático o duradero. Lo que ha de entenderse por sistemático o duradero varía en las distintas propuestas de reforma procesal. En el ALECrím. consistía en una vigilancia de cinco días consecutivos o de más de cinco días no consecutivos repartidos en el período de un mes (art. 315.1 ALECrím.). En el BCPP (2013) los días consecutivos se reducen de cinco a tres (exactamente 36 horas), pero se mantienen los cinco días no consecutivos en el período de un mes (art. 329.1 BCPP).

En principio, estas vigilancias policiales sistemáticas se han de desarrollar exclusivamente en la vía pública o en cualquier otro espacio abierto o público (arts. 314.2 ALECrím. y 330.1 BCPP). Las mismas pueden ir acompañadas de la utilización de medios técnicos de obtención de imágenes, la cual habrá de ser autorizada por el Ministerio Fiscal siempre que el ámbito espacial de vigilancia se mantenga dentro de los márgenes públicos mencionados (arts. 316.1 ALECrím. y 330.1 BCPP en relación con el art. 329.1 BCPP)⁶³. La realización de vigilancias sistemáticas por la Policía, vaya acompañada o no de dispositivos de captación de la imagen, exige la concurrencia de indicios de la comisión de un delito contra el afectado y la sujeción al principio de proporcionalidad (arts. 315.2 y 316.1 ALECrím; 329.2 BCPP)⁶⁴.

Cuando la captación de imágenes se refiere a actividades desarrolladas en el interior de las viviendas es precisa autorización judicial⁶⁵. También cuando se trata de otro lugar cerrado asimilado al domicilio por desarrollarse en su interior “actos de carácter íntimo”. El ALECrím. enmienda incluso el criterio jurisprudencial que consideraba que no era precisa la autorización judicial en los casos en los que el usuario de la vivienda no adoptase las precauciones

63 El ALECrím. prevé, además, la posibilidad de que en casos de extraordinaria o urgente necesidad, podrá la policía proceder a la utilización de dichos dispositivos: “No obstante, en casos de extraordinaria o urgente necesidad, la policía podrá proceder a la instalación y utilización inmediata de dispositivos de seguimiento y localización o a la utilización de dispositivos de captación de la imagen en lugares públicos o abiertos, dando cuenta inmediata al Ministerio Fiscal, que en el plazo de veinticuatro horas deberá autorizar el uso de la medida o dejarla sin efecto” (art. 316.2).

64 Esta medida puede afectar, no obstante, a personas diferentes del sospechoso cuando se disponga de indicios de que estas personas mantienen contacto o lo van a establecer con el sospechoso y cuando resulta inevitable esa afección a terceros (arts. 316.2 ALECrím.; 329.3 BCPP).

65 El art. 706-96 CPP reserva también a favor del Juez de Instrucción la autorización mediante resolución motivada de la colocación de dispositivos técnicos con el objeto de captar, grabar, transmitir y archivar imágenes de una o más personas que se encuentren en un lugar privado. El párrafo tercero del mismo precepto prohíbe esta misma actividad si se lleva a cabo en vehículos, despachos o domicilios de abogados, medios de comunicación, médicos, notarios, diputados, senadores, etc. Estas actividades de control solo resultan admisibles respecto de las infracciones comprendidas en el ámbito de aplicación del art. 706-73 CPP, esto es, criminalidad y delincuencia organizada.

adecuadas para preservar la privacidad del espacio, al entender que dicha autorización resulta procedente aunque las actividades “puedan ser divisadas desde el exterior”⁶⁶.

El ordenamiento procesal penal colombiano sí contempla expresas previsiones relativas al uso de mecanismos de videovigilancia con motivo de la ejecución de las diligencias denominadas de “vigilancia y seguimiento de personas” (art. 239 CPP) y “vigilancia de cosas” (art. 240 CPP). Aunque no lo diga expresamente, cabe interpretar que se está refiriendo al posible uso de sistemas de videovigilancia en espacios públicos, pues en caso de referirse a la vigilancia en espacios privados como el domicilio no tendría sentido la prevención contenida en el art. 239. II CPP: “cuidando de no afectar la expectativa razonable de la intimidad del individuo o imputado o de terceros”, pues dicha expectativa resultaría insoslayable si la vigilancia comprendiera espacios equiparables al domicilio. Ahora bien, de ser esta la intención del legislador —limitar el alcance del art. 239 CPP a espacios públicos— resulta loable el régimen de garantías previsto. En efecto, al igual que en el caso de las todavía propuestas de reformar procesal españolas, el CPP colombiano reserva a la Fiscalía la disposición de la diligencia. Pero las similitudes se detienen aquí, pues el ordenamiento colombiano condiciona la adopción de la medida a un control de legalidad posterior por el Juez de Garantías (art. 239.III CPP) siguiendo un régimen idéntico al previsto para los registros y allanamientos, retención de correspondencia, interceptación de comunicaciones o recuperación de información dejada al navegar por internet (*vid.* art. 237 CPP)⁶⁷.

Hay que añadir que el ordenamiento procesal penal colombiano prevé igualmente el uso de artilugios de videovigilancia para la vigilancia de cosas (art. 240 CPP —entre las que se incluyen los inmuebles—) o con motivo de la actuación de agentes encubiertos. En este último supuesto, en cambio, el uso de los medios técnicos como las filmaciones videográficas por el agente encubierto englobaría también espacios reservados como el domicilio del indiciado o imputado a tenor de lo previsto en el art. 242 CPP (“ingresar y participar en reuniones en el lugar de trabajo o domicilio del indiciado o imputado”). En cualquier caso, el uso de sistemas de videovigilancia por agentes encubiertos está igualmente sometido al control posterior por parte del Juez de Garantías (art. 242. IV CPP).

66 El art. 317.1 ALECrím. tiene por título, precisamente, “autorización judicial” y dispone que “Será necesaria la autorización del Juez de Garantías para captar y grabar las actividades desarrolladas en el interior de domicilios o en lugares cerrados destinados a la realización de actos de carácter íntimo, *aunque las mismas puedan ser divisadas desde el exterior*”.

67 Entre las restantes garantías cabe mencionar la exigencia de que concurran “motivos razonablemente fundados” para inferir que el imputado pudiere conducir a conseguir información útil para la investigación; o la ya mencionada de limitación de no afectar la expectativa razonable de la intimidad.

c.4. Grabación de imágenes en espacios públicos

La grabación en lugares públicos no tutelados por la reserva judicial característica del domicilio o espacios análogos, no significa que dicha grabación sea admisible en cualquier caso y sin ningún tipo de restricción. Ha quedado superada aquella inicial jurisprudencia que estimaba la ausencia de manifestaciones de la intimidad o de otros derechos fundamentales en espacios públicos. También en estos casos siguen estando en juego derechos fundamentales del individuo. Los presupuestos y garantías exigidas por la LO 4/1997 son muestra de ello (información clara de la existencia de videocámaras, informe previo preceptivo de una Comisión, modalidades de riesgo distintas dependiendo del carácter de las videocámaras —razonable riesgo para la seguridad ciudadana en el caso de las cámaras fijas y un peligro preciso y concreto en las móviles que habilita a la captación conjunta de imagen y sonido—, etc.). En particular el principio de proporcionalidad que habrá de ser ponderado por los órganos jurisdiccionales al valorar la admisibilidad de la prueba y su aptitud para desvirtuar la presunción de inocencia.

Volviendo nuevamente a la LO 4/1997, su art. 6.5 dispone que “No se podrán utilizar videocámaras para tomar imágenes ni sonidos del interior de las viviendas, ni de sus vestíbulos, salvo consentimiento del titular o autorización judicial, *ni de los lugares incluidos en el artículo 1 de esta Ley cuando se afecte de forma directa y grave a la intimidad de las personas*, así como tampoco para grabar conversaciones de naturaleza estrictamente privada. Las imágenes y sonidos obtenidos accidentalmente en estos casos deberán ser destruidas inmediatamente, por quien tenga la responsabilidad de su custodia”. Este precepto es una clara muestra de que en los lugares públicos a los que se refiere el art. 1 de la LO caben manifestaciones de la intimidad de las personas que pueden ser afectadas de “forma directa y grave” y que en dichos supuestos “no se podrán utilizar videocámaras para tomar *imágenes* ni sonidos” y que es precisa en los mismos la autorización judicial. El principal inconveniente que plantea dicho precepto en su aplicación, radica en la dificultad de apreciar *a priori* los supuestos en los que puede resultar afectada “de forma directa y grave” la intimidad de las personas y que requerirán la autorización judicial.

Estas cuestiones están estrechamente relacionadas con la eficacia procesal, básicamente la eficacia probatoria, de las grabaciones. Si nos atenemos a lo dispuesto en el art. 7.1 de la LO 4/1997 (“*aspectos procedimentales*”), las grabaciones que captan la comisión de hechos constitutivos de ilícitos penales han de ser puestos a disposición judicial siempre que la filmación se haya realizado “de acuerdo con los requisitos establecidos en la Ley”⁶⁸. Ahora

68 “Realizada la filmación de acuerdo con los requisitos establecidos en la Ley, si la grabación captara la comisión de hechos que pudieran ser constitutivos de ilícitos penales, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad pondrán la cinta o soporte original de las imágenes y sonidos en su

bien, ¿quién ha de valorar que se hayan respetado o no los requisitos establecidos en la Ley?, ¿qué criterio ha de prevalecer, el del órgano de la jurisdicción penal competente para conocer del caso o el de los órganos administrativos que intervienen previamente conforme a la LO 4/1997?

A modo de ejemplo, conforme al anteriormente citado art. 6.5 LO 4/1997 si “accidentalmente” se obtuvieran imágenes y sonidos en los casos proscritos en el mismo (interior de vivienda, vestíbulos, lugares públicos pero afectando gravemente a la intimidad, etc.) las mismas se destruirán inmediatamente “por quien tenga la responsabilidad de su custodia”. Esta responsabilidad de la custodia recae en un “órgano o autoridad gubernativa” (art. 8.4). ¿Qué ocurre si el criterio del responsable de la custodia acerca de la, por ejemplo, grave afeción en la intimidad no se corresponde con el del órgano judicial del orden penal competente?

Otro tanto ocurre en el caso de la intervención de la Comisión a que se refiere la LO 4/1997 y a la que corresponde informar previamente la autorización de la colocación de videocámaras fijas e informar posteriormente la utilización de videocámaras móviles. El informe en ambos casos es vinculante y de ser negativo dará lugar a la no autorización de la colocación de videocámaras fijas (art. 3.3) y a la destrucción inmediata de las grabaciones por el responsable de su custodia en el caso de las móviles (art. 5.2). Puede en estos supuestos plantearse una posible colisión de pareceres entre dicha Comisión y la autoridad judicial penal competente. En nuestra opinión ha de corresponder al órgano judicial encargado de la causa penal resolver si las grabaciones pueden tener eficacia procesal probatoria o no y si se han respetado o no los criterios y principios recogidos en la LO 4/1997 y que pueden conducir a su declaración de ilicitud. La Comisión a la que se refiere el art. 3 LO 4/1997 y a la que incumbe velar por el respeto de los derechos de los ciudadanos con sus informe no deja de ser un órgano administrativo⁶⁹. Alguna jurisprudencia menor así lo ha considerado⁷⁰. No sería esta, sin embargo, la solución más

integridad a disposición judicial con la mayor inmediatez posible y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas desde su grabación. De no poder redactarse el atestado en tal plazo, se relatarán verbalmente los hechos a la autoridad judicial, o al Ministerio Fiscal, junto con la entrega de la grabación”

69 Como advierte el CGPJ en el Informe sobre el Anteproyecto de Reglamento las actividades de los magistrados que componen dichas Comisiones no serían de carácter jurisdiccional y entrarían de lleno en la categoría prevista en el art. 117. 4 CE, esto es, las funciones atribuidas por Ley en garantía de cualquier derecho. Acerca de la naturaleza administrativa de dichas Comisiones y las garantías de su independencia *vid.* A. DE LA IGLESIA CHAMORRO, “Las Comisiones de Garantía de la Videovigilancia”, *Revista de Derecho Político*, 2007, N.º 68, pp. 228-229; F.J. BAUZÁ MARTORELL, *Régimen jurídico de la videovigilancia*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 92 y ss.; J.F. ETXEBERRIA GURIDI, “La Comisión de Videovigilancia y Libertades del País Vasco”, *cit.*, p. 116; X. ARZOZ SANTISTEBAN, *Videovigilancia, seguridad ciudadana...*, *cit.*, p. 241.

70 La falta de autorización administrativa para la obtención de grabaciones por medio de videocámaras no conduce inevitablemente a la nulidad de las mismas según las sentencias 187/1999,

adecuada conforme a las previsiones contenidas en el ALECrim. Al respecto, se afirma categóricamente que “no podrán ser utilizadas las grabaciones obtenidas mediante dispositivos de grabación de la imagen por los servicios de vigilancia de instalaciones públicas y privadas *cuando su instalación y uso no se encuentren autorizados conforme a la ley*” (art. 323 ALECrim.). El BCPP guarda silencio al respecto.

Como se ha adelantado más arriba, las propuestas de reforma procesal penal presentadas recientemente en España [ALECrim. (2011) y BCPP (2013)] abordan el uso de la videovigilancia (captación de imágenes) en espacios públicos, aunque con algunas diferencias entre ambas. El BCPP (2013) parece comprender la posibilidad de utilizar medios de captación de imágenes en el contexto de las vigilancias sistemáticas (art. 330.1 en relación con el art. 329 BCPP). El ALECrim. (2011) permite interpretar, en cambio, que nos hallamos ante dos diligencias distintas [“la vigilancia sistemática y aquella en la que sean utilizados medios de (...) obtención de imágenes” —art. 315.2—]. Lo que se entiende por vigilancia sistemática es también diverso en ambas propuestas, como hemos visto anteriormente, en función de la duración de la vigilancia. En lo que coinciden ambas propuestas es que se precisa la autorización del Ministerio Fiscal (art. 329.1 BCPP y art. 316.1 ALECrim.). El ALECrim., no así el BCPP, prevé que en caso de urgencia puede proceder la policía de oficio, como hemos comprobado anteriormente.

También coinciden ambas propuestas en la exigencia de que concurren indicios de la comisión de hechos delictivos o que se trate de persona o personas investigadas en el marco de un procedimiento penal y solo excepcionalmente contra terceras personas⁷¹. Estas propuestas contienen igualmente previsiones expresas sobre la duración de las medidas de vigilancia, aunque las mismas difieren. En el ALECrim. la duración es de tres meses, sin perjuicio de que la vigilancia mediante la obtención de imágenes sea dejada sin efecto tan pronto dejen de existir los presupuestos que determinaron su adopción. Cabe en cualquier caso la prórroga de la medida, aunque esta primera propuesta no especifique la duración de la misma (art. 319 ALECrim.)⁷². La posible duración de esta medida se amplía considerablemente en el BCPP (2013), ya que la misma tendrá una duración máxima de seis meses prorrogables, en este caso sí se especifica, por otros tres. Huelga decir que también en este

de 1 de septiembre, de la Audiencia Provincial de Navarra y 621/2001, de 24 de octubre, de la Audiencia Provincial de Lleida.

71 El régimen jurídico es muy similar al previsto en el § 100 h (1).1. *StPO alemana relativo a la obtención de imágenes fuera del domicilio del afectado y sin su conocimiento*.

72 Art. 319.1. “La medida de vigilancia sistemática o mediante la utilización de medios técnicos de seguimiento, localización u obtención de imágenes no podrá exceder de tres meses a partir de la fecha de autorización”. Art. 319.2. “La medida será dejada sin efecto tan pronto dejen de existir los presupuestos que determinaron su adopción, o modificada, completada o prorrogada en cuanto subsistan dichos motivos y a la vista de los resultados obtenidos”.

caso la vigilancia ha de cesar cuando dejen de concurrir los presupuestos que la autorizan (art. 329.4 BCPP)⁷³.

La medida equiparable en el ordenamiento procesal penal colombiano tiene una duración igualmente amplia, pero además con contornos bastante indeterminados. Dispone el art. 239.I CPP que “si en el lapso de un año no se obtuviere resultado alguno, se cancelará la orden de vigilancia, sin perjuicio de que vuelva a expedirse, si surgieran nuevos motivos”. ¿Significa esto que si se obtienen resultados puede ampliarse la duración de la medida? De ser así, ¿cuánto tiempo más?

c.5. Grabación de imágenes y sonidos

Los dispositivos de videovigilancia permiten la captación simultánea de la imagen y del sonido. El tratamiento jurídico en ambos casos no es uniforme. Si nos atenemos, por ejemplo, a lo dispuesto en la LO 4/1997, podremos comprobar que la captación de sonidos está sujeta a un régimen jurídico más estricto. Para la autorización de la instalación de dispositivos de videovigilancia mediante cámaras fijas, por ejemplo, se estima suficiente la concurrencia de un razonable riesgo para la seguridad ciudadana (art. 6.4). En compensación, la autorización ha de contener particularmente la prohibición de captar sonidos (art. 3.4). La utilización de videocámaras móviles permite la captación conjunta de la imagen y del sonido, pero exige, sin embargo, la concurrencia de un peligro concreto para la seguridad ciudadana (art. 5.1).

Parece, en todo caso, que ha de diferenciarse de la mera captación de sonidos la captación de conversaciones o comunicaciones personales directas. Al respecto ha existido desde antiguo un intenso debate acerca de si las comunicaciones personales directas podrían encontrar o no cabida en el derecho al secreto de las comunicaciones personales del art. 18.3 CE⁷⁴. J. JIMÉNEZ CAMPO es de la opinión de que la enumeración contenida en el art. 18.3 CE acerca de las modalidades de comunicación personal merecedoras de tutela especial (“en especial”, las postales, telegráficas y telefónicas) es meramente ejemplificativa. Pero en todo caso estima que resulta preciso el empleo de un “determinado medio técnico, quedando fuera del ámbito de esta disposición (...) las conversaciones directas o ‘en persona’”⁷⁵.

73 Art. 329.4 BCPP: “Las vigilancias sistemáticas tendrán una duración máxima de seis meses y podrán ser prorrogadas por otros tres meses cuando se justifique suficientemente su necesidad. La vigilancia deberá cesar cuando ya no concurren los presupuestos que la autorizan, se haya conseguido el objetivo propuesto, sea ya evidente que no podrá ser alcanzado, o haya transcurrido el plazo para el que fuera autorizada”.

74 *Vid.* un resumen de las diferentes posturas en la STS 513/2010, de 2 de junio, sobre la colocación de aparatos audiovisuales en las celdas de los calabozos de la Policía.

75 “La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones...”, cit., p. 49. También X. ARZOZ SANTISTEBAN para quien dichas comunicaciones directas estarían tuteladas por el derecho a la

El art. 6.5 LO 4/1997 viene a otorgar una protección relevante a las conversaciones privadas, incluso a las desarrolladas en espacios públicos. Recordando su enunciado, “no se podrán utilizar videocámaras para tomar imágenes ni sonidos del interior de las viviendas, ni de sus vestíbulos, salvo consentimiento del titular o autorización judicial, ni de los lugares incluidos en el artículo 1 de esta Ley cuando se afecte de forma directa y grave a la intimidad de las personas, así como tampoco para grabar *conversaciones de naturaleza estrictamente privada*. Las imágenes y sonidos obtenidos accidentalmente en estos casos deberán ser destruidas inmediatamente, por quien tenga la responsabilidad de su custodia”. Esto es, aunque la redacción del precepto no sea todo la clara que hubiéramos deseado, ha de entenderse que la captación de conversaciones privadas puede llevarse a cabo, al igual que la captación de imágenes y sonidos del interior de las viviendas, con la correspondiente autorización judicial. En todo caso, surge una dificultad añadida a la hora de materializar la prohibición de grabar conversaciones privadas, pues dicha naturaleza no podrá determinarse sino una vez oídas dichas conversaciones, esto es, *a posteriori*⁷⁶. Existe a nuestro entender una interpretación que permite salvar esta deficiencia en la tutela de las conversaciones privadas: considerar el aspecto formal de las conversaciones de forma similar a lo que ocurre con las comunicaciones personales del art. 18.3 CE. Es decir, al margen de entrar a considerar el contenido de las conversaciones, el carácter privado o no de las mismas vendría determinado por el comportamiento de los propios interlocutores reflejando su voluntad de mantener fuera de las intromisiones ajenas dicho contenido⁷⁷.

El Anteproyecto de LECrim. establece respecto del sonido un régimen jurídico similar al contenido en la LO 4/1997⁷⁸. En efecto, al igual que la captación y grabación de las actividades desarrolladas en el interior del domicilio requiere la preceptiva autorización judicial, la misma resulta igualmente exigible cuando la captación de la imagen se acompaña de la de sonido, al margen del espacio o lugar en que tenga lugar dicha utilización⁷⁹. Aunque su redacción

intimidad (art. 18.1 CE), *Videovigilancia, seguridad ciudadana...*, cit., pp. 180-181. Igualmente R. MARTÍN MORALES, “El derecho a la intimidad: grabaciones con videocámaras...”, cit., pp. 1-2.

76 Como acertadamente indica X. ARZOZ SANTISTEBAN, *Videovigilancia, seguridad ciudadana...*, cit., p. 177.

77 No pueden equipararse las conversaciones mantenidas en voz alta rodeados de numeroso público y las mantenidas en una zona apartada o alejada, pese a tratarse de un lugar público, o en voz baja, etc.

78 Hay que realizar en todo caso una matización respecto de la LO 4/1997 pues en nuestra opinión hay que atribuir un significado distinto a los términos “sonidos” y “conversaciones” tal y como son empleados en dicha norma; *vid.* J.F. ETXEBERRIA GURIDI, “Filmaciones videográficas, derechos fundamentales afectados y su eficacia probatoria”, cit., p. 288.

79 Conforme al párrafo segundo del art. 317.1 ALECrin., “Si los dispositivos de localización o de captación de la imagen han de ser utilizados de manera simultánea a la grabación de sonido, será siempre preceptiva la previa autorización judicial en los casos, con los requisitos y con los

deja mucho que desear, esta parece ser también la previsión contenida en el BCPP (art. 322) al exigir la autorización por el Tribunal de Garantías para la captación conjunta de imágenes y sonidos cuando el afectado se encuentre en un espacio o recinto públicos. Muy similares igualmente son las previsiones contenidas en ordenamientos de nuestro entorno⁸⁰.

2.2. Correcta incorporación de las grabaciones videográficas al proceso

La eficacia procesal de las grabaciones videográficas, fundamentalmente su eficacia probatoria, está condicionada al cumplimiento de dos presupuestos esenciales. Uno está relacionado con la obtención de dichas grabaciones, cuya legitimidad dependerá de que la injerencia en los derechos fundamentales del individuo como consecuencia de las videograbaciones sea proporcionada y justificada. Nos hemos referido al respecto con mayor detalle hasta ahora. Pero junto a la legítima obtención de las grabaciones es preciso, como segundo presupuesto, que la incorporación de las mismas al acervo probatorio se haga con todas las garantías⁸¹.

El control de la corrección en la incorporación del material videográfico al proceso ha de extremarse en aquellos supuestos en que el mismo tenga un origen extraprocesal, es decir, fuera de todo control jurisdiccional. En efecto, junto a las videograbaciones ordenadas por la autoridad judicial o realizadas directamente por la propia Policía Judicial en lugares públicos y en el ejercicio de sus funciones, esto es, las videograbaciones de carácter procesal, pueden resultar útiles a los mismos efectos procesales las grabaciones que tienen otro origen. A lo largo del presente trabajo hemos dejado constancia de la infinidad de ámbitos en los que se vienen aplicando los controles por medio de videocámaras con una finalidad esencialmente preventiva y de vigilancia: prevención de la violencia en el deporte, seguridad privada, seguridad pública,

límites establecidos en el capítulo anterior, aunque las imágenes se obtengan en lugares abiertos y públicos”.

80 El § 100 f (1) StPO se refiere a la medida de escucha y grabación utilizando medios técnicos de palabras emitidas por el afectado sin su conocimiento, fuera de la vivienda, pero de carácter privado (*nicht öffentlich gesprochene Wort*). Esta medida solo procede por regla general contra el inculpado (*Beschuldigte*) y solo excepcionalmente contra terceros [§ 100 f (2) StPO]. Y por remisión resulta de aplicación lo previsto en el § 100 b (1) StPO para la interceptación de comunicaciones, esto es, solo procede en virtud de autorización judicial y, como salvedad, si concurre peligro por el retraso, en virtud de una orden de la Fiscalía. También en la CPP francesa. Su art. 706-96 condiciona a la autorización judicial la colocación de dispositivos técnicos con el objeto de captar, grabar, transmitir y archivar “palabras pronunciadas por una o más personas a título privado o confidencial, en lugares o vehículos privados o públicos”.

81 Como indica I.J. SUBIJANA ZUNZUNEGUI, “[...] la inserción en el cuadro probatorio requiere que la aportación sea respetuosa con las garantías de contradicción, inmediación, publicidad y oralidad”, “La prueba video-gráfica en el proceso penal”, en *Videovigilancia. Ámbito de aplicación y derechos...*, cit., p. 40.

etc. En la mayor parte de estas disposiciones ya se contemplan mecanismos de puesta a disposición judicial de las grabaciones que, utilizadas con fines de prevención, captan imágenes de hechos delictivos. Pero junto a las anteriores pueden tener igualmente relevancia procesal otras grabaciones cuyo origen no está motivado por necesidades de vigilancia o prevención, y que nuestros tribunales han admitido como prueba. Así las videograbaciones realizadas por medios de comunicación social en sus tareas informativas o de entretenimiento (STS 4/2005, de 19 de enero) o las grabaciones procedentes de particulares⁸². En la mayoría de estos supuestos la incorporación al proceso de dicho material se canaliza como prueba documental que complementa como elemento corroborador la credibilidad del testimonio de quien ha practicado dichas grabaciones (prueba testifical)⁸³. En otros casos, las grabaciones se realizan sin que exista una persona física que las dirija (instalaciones permanentes, etc.) por lo que habrán de extremarse otro tipo de garantías en ausencia de persona con la que contrastar mediante su comparecencia en la vista el contenido de aquellas⁸⁴. En estos supuestos la jurisprudencia ha reconocido eficacia probatoria a estas grabaciones para desvirtuar la presunción de inocencia⁸⁵.

82 La aportación al proceso de las videograbaciones que tienen un origen particular está sujeta, como hemos dicho, a controles complementarios posteriores. Por ejemplo, se ha de controlar que dichas grabaciones no estén orientadas a la prevención o investigación penal, es decir, que sean ocasionales. La STS 968/1998, de 17 de julio, resuelve que no supone merma de los derechos constitucionales o garantías de los justiciables el hecho de que la filmación haya sido efectuada por un particular, "con tal que quede garantizada su integridad y autenticidad, y que sea ocasional, entendiéndose por ella, la que no estando preordenada a la prevención o investigación de hechos delictivos, pueden evidenciarlos de forma casual. Y ello, porque el principio de necesidad informador del sistema procesal penal y la aspiración del proceso penal de hacer constar la verdad material no deben ser obstaculizados por el origen circunstancial de la grabación". El fundamento de la ocasionalidad, en opinión de J.C. SUÁREZ-QUIÑONES y FERNÁNDEZ, ha de buscarse en que la función de prevención e investigación del delito corresponde a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y no a los ciudadanos, "Las video-grabaciones como prueba en el proceso penal", cit., p. 25. Vid. igualmente E. VELASCO NÚÑEZ, "La captación de la imagen de lugares y personas como medio de investigación penal". Disponible en: <<http://bit.ly/1blJWux>>, de 25 de enero de 2011, pp. 3-4.

83 Conviene recordar, se afirma en la STS 7/2001, de 19 de enero, "la doctrina jurisprudencial que niega la autonomía funcional de la filmación videográfica, confirmando su carácter complementario respecto del testimonio del sujeto que controla la filmación y ello porque, en definitiva, la filmación no es sino una técnica que permite "transferir" las percepciones sensoriales a un instrumento mecánico que complementa y toma constancia de lo que sucede ante los que en su día disponen como testigos". En idéntico sentido y más recientemente la STS 597/2010, de 2 de junio, que se refiere a la "finalidad corroborativa de lo que pudieran ver los agentes policiales" considerados como testigos. También se le ha dado este tratamiento en el orden jurisdiccional social: vid. la STC 186/2000, de 10 de julio.

84 J.J. ÚBEDA DE LOS COBOS se refiere a la evitación de alteraciones o trucajes en las grabaciones, "Videograbación y videoconferencia", cit., p. 329.

85 La eficacia probatoria puede ser, incluso, superior al reducirse la subjetividad, error o mendacidad del testigo. Vid. la STS 1285/1999, de 15 de septiembre: "Siendo relevantes los hechos indiciarios mencionados, es claro que el primero de los señalados adquiere especial significación a efectos de la inferencia deducida por el juzgador, y que su valor como elemento acreditativo

La corrección de la incorporación está vinculada con los derechos de defensa y de contradicción y con la inmediación⁸⁶. Para ello, lo más correcto sería que la incorporación del material videográfico se lleve a cabo en la fase de instrucción. De ese modo, las partes pueden examinar su contenido y plantear cualquier objeción sobre su autenticidad o formular las alegaciones que resulten pertinentes desde el punto de vista de la posición procesal de cada una de ellas⁸⁷. La inmediata incorporación del material videográfico en la fase previa al juicio oral garantiza, de otra parte, la igualdad de las partes procesales, evitando incorporaciones sorpresivas en la fase de juicio oral. Ello está en consonancia con el tratamiento jurídico que las piezas de convicción reciben en dicha fase previa (STS 7/2001, de 19 de enero).

La incorporación de las grabaciones al proceso ha de realizarse garantizando su autenticidad e integridad. La autenticidad de las grabaciones se garantiza mediante la inmediata puesta a disposición judicial del material videográfico obtenido⁸⁸. También mediante la aportación de las grabaciones en soporte original (para evitar manipulaciones, trucajes, etc., y poder solicitar prueba pericial en su caso)⁸⁹. La integridad de las grabaciones permite seleccionar las imágenes que resulten relevantes para la causa, aunque la relevancia se determinará por la posición que ocupan las partes acusadoras y acusadas en el proceso. La intervención del Secretario Judicial en el proceso de incorporación es también esencial⁹⁰.

de lo acaecido sitúa la grabación videográfica del suceso más cerca de la prueba directa que de la consideración de mero factor indiciario, en cuanto que, no cuestionada su autenticidad, la filmación se revela como una suerte de 'testimonio mecánico y objetivo' de un suceso, con entidad probatoria similar —o incluso, superior, al quedar excluida la subjetividad, el error o la mendacidad del testimonio personal— a la del testigo humano. Acaso por ello, la L.O.P.J. dispone en su art. 230 que podrán utilizarse en el proceso cualesquiera otros medios técnicos de documentación o reproducción siempre que ofrezcan las debidas garantías de autenticidad y, en esta línea, *cuando la película ha sido filmada por una persona, será precisa la comparecencia de esta en el Juicio Oral en tanto que, como operador de la cámara, tuvo una percepción directa de los hechos en el mismo momento en que ocurrían. Pero este requisito no será exigible, naturalmente, en el caso de que la cinta videográfica no haya sido filmada por una persona, sino por las cámaras de seguridad de las entidades que, por prescripción legal o por iniciativa propia, disponen de esos medios técnicos que graban de manera automática las incidencias que suceden en su campo de acción. En estos casos, la propia grabación videográfica ha sido considerada por esta Sala Segunda como prueba de cargo apta para desvirtuar la presunción de inocencia en cuanto medio técnico que recoge las imágenes de la participación del acusado en el hecho ilícito enjuiciado*"

86 STS 4/2005, de 19 de enero.

87 M.V. ULL SALCEDO, "El derecho a la intimidad como límite de la videovigilancia", en *Revista de Derecho Político*, 2005, N.º 63, pp. 193-194; J.C. SUÁREZ-QUIÑONES Y FERNÁNDEZ, "Las video-grabaciones como prueba en el proceso penal", cit., p. 32; I.J. SUBIJANA ZUNZUNEGUI, "La prueba video-gráfica en el proceso penal", cit., p. 40.

88 STS 7/2001, de 19 de enero.

89 STS 7/2001, de 19 de enero. También la STS 1140/2010, de 29 de septiembre.

90 La incorporación judicial de la filmación, se afirma en la STS 7/2001, de 19 de enero, "[...] deberá efectuarse, además, con la intervención del Secretario judicial, siendo conveniente la des-

Se trata de exigencias que la jurisprudencia de nuestros tribunales ya incorporó con ocasión de las grabaciones procedentes de intervenciones telefónicas, igual que en este caso, por la inexistencia de regulación específica al respecto. La LO 4/1997 sí contiene, en cambio, previsiones acerca del procedimiento a seguir en el caso de que las grabaciones capten imágenes constitutivas de ilícitos penales y que reflejan, a grandes rasgos, dichos criterios jurisprudenciales. En tal sentido se dispone que “realizada la filmación de acuerdo con los requisitos establecidos en la Ley, si la grabación captara la comisión de hechos que pudieran ser constitutivos de ilícitos penales, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad pondrán *la cinta o soporte original* de las imágenes y sonidos *en su integridad* a disposición judicial *con la mayor inmediatez posible* y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas desde su grabación. De no poder redactarse el atestado en tal plazo, se relatarán verbalmente los hechos a la autoridad judicial, o al Ministerio Fiscal, junto con la entrega de la grabación”⁹¹.

En todo caso, el grado de exigibilidad de los presupuestos de incorporación mencionados (integridad, originalidad e inmediata puesta a disposición judicial) en garantía de la autenticidad del material y la contradicción entre las partes, ha sido objeto de modulación por nuestros tribunales. La intensidad en la exigencia dependerá en gran medida de la procedencia u origen de las grabaciones, pues no pueden equipararse las obligaciones derivadas del ejercicio de sus funciones por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y las actuaciones de personas particulares o pertenecientes a medios de comunicación o a entramados empresariales.

La STS 1154/2011, de 12 enero, trata de llenar esta cuestión al plantear los recurrentes en casación que las grabaciones aportadas a la causa no cumplieran las exigencias de incorporación al proceso que estamos comentando.

cripción [...] de las imágenes captadas a fin de comprobar su correspondencia con los términos del atestado policial o denuncia particular, y acreditar posteriormente la integridad del material aportado a las sesiones del juicio oral”.

- 91 Por ejemplo, el Reglamento de desarrollo de la Ley 23/1992 de seguridad privada (el RD 2364/1994, de 9 de diciembre) en relación con la instalación de dispositivos y sistemas de seguridad y protección en bancos, cajas de ahorro y demás entidades de crédito, dispone que “Los soportes destinados a la grabación de imágenes han de estar protegidos contra robo, y la entidad de ahorro o de crédito deberá conservar los soportes con las imágenes grabadas durante quince días al menos desde la fecha de la grabación, en que estarán exclusivamente a disposición de las autoridades judiciales y de las dependencias de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, a las que facilitarán *inmediatamente* aquellas que se refieran a la comisión de hechos delictivos” (art. 120.1.a). También la Ley 19/2007, de 11 de julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte, dispone en su Disposición Adicional 6ª que “Las imágenes captadas por dichos dispositivos serán tratadas únicamente por el Coordinador de Seguridad, que las transmitirá a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad o a las autoridades competentes únicamente en caso de apreciarse en las mismas la existencia de alguna de las conductas previstas en los apartados primero y segundo del artículo 2 de esta Ley, a fin de que se incorporen al procedimiento judicial o administrativo correspondiente”.

Alegan los recurrentes, por ejemplo, que las grabaciones no han sido puestas a disposición judicial en los plazos relativamente breves a los que se refiere la jurisprudencia. Conviene aclarar previamente que las grabaciones procedían de un informador gráfico de una cadena de televisión. Este dato resulta trascendental. Reconoce sobre este punto el Tribunal Supremo que “efectivamente es preferible que las grabaciones videográficas sean puestas cuanto antes a disposición de la autoridad judicial, el transcurso del tiempo no es un elemento que prive de valor de forma absoluta a tales grabaciones. La razón de la celeridad en la aportación se explica, cuando el autor de las grabaciones es la Policía, por la obligación que le incumbe de informar al Juez, en los términos marcados por la Ley, de la integridad de los resultados de su investigación preliminar. De otro lado, y aunque es claro que las grabaciones realizadas por terceros solo se aportarán tras conocer su existencia y reclamarlas después de valorar su posible trascendencia respecto de los hechos investigados, la inmediata aportación se encamina a disminuir las posibilidades de manipulación del material, de manera que el retraso en la entrega pudiera conducir a hacer recomendable una mayor verificación de su autenticidad mediante su confrontación con otras pruebas y, en su caso, de ser así solicitado o de oficio en caso de que existan dudas razonables por parte del Juez instructor, mediante los exámenes técnicos que permitan garantizar la ausencia de alteraciones significativas”.

La procedencia de las filmaciones resulta igualmente determinante a la hora de analizar su autenticidad e integridad. Sobre este punto afirma la misma sentencia en lo que se refiere a la integridad de la grabación “que en algunas sentencias se ha exigido que lo grabado se remita en su totalidad. Especialmente se exige cuando se trate de grabaciones efectuadas por la Policía en su investigación que, es claro, debe ser comunicada en su totalidad al Juez. Sin embargo, no se trata de una exigencia meramente formal, sino que se justifica en el sentido de garantizar a la defensa la posibilidad de utilizar todo el contenido de la grabación para sostener una interpretación y valoración distinta de lo grabado, lo cual debe ponerse en relación con aquellos aspectos respecto de los cuales la grabación puede ser tenida en cuenta como elemento probatorio”⁹².

Por último, para que la incorporación del material probatorio al proceso pueda ser calificada de correcta por respetar los principios procesales de contradicción e igualdad y los principios procedimentales de inmediación y publicidad, es preciso proceder al visionado del mismo en el acto del juicio

92 De otro lado, añade la STS 1154/2011, de 12 de enero, que “[...] en ningún momento fue solicitado por la defensa el examen de las grabaciones íntegras, con la posible finalidad de verificar si en ellas se contenía algo de su interés. Tampoco solicitó su aportación. Es cierto, como argumenta, que no le corresponde proporcionar pruebas de cargo, ni tampoco la sanación de las aportadas por la acusación. Pero si pretendía utilizar como elemento de defensa parte de la grabación, hasta entonces no aportada, debió solicitarla”.

oral⁹³. Sobre este punto se recoge en la STS 7/2001, de 19 de enero, que “la eficacia probatoria de la filmación videográfica está subordinada a dicha visualización en el acto del juicio oral, lo que constituye una *condictio sine qua non* de eficacia procesal, deducible tanto de la salvaguardia de los principios procesales (contradicción e igualdad) y procedimentales (inmediación y publicidad) como de la más estricta consideración del material videográfico como pieza de convicción, en este sentido se pronuncian las SSTS 6-5-1993; 6-4-1994; 21-5-1994; 18-12-1995; 27-2-1996; 17-7-1998 que exigen que el material videográfico haya sido visionado en el plenario con todas las garantías procesales”⁹⁴.

93 J.C. SUÁREZ-QUIÑONES y FERNÁNDEZ, “Las video-grabaciones como prueba en el proceso penal”, cit., p. 32. Mediante la visualización íntegra de las cintas originales se estaría dando cumplimiento a la supletoriedad de la LEC cuyas previsiones (en este caso el art. 382.1 LEC) han de prevalecer sobre este punto sobre los criterios jurisprudenciales, *vid.* N. CABEZUDO RODRÍGUEZ, “Omisiones y recelos del legislador procesal...”, cit., p. 7.

94 También en la STS de 28 de febrero de 1995 (recurso núm. 2454/1994, ponente Martínez-Pereda Rodríguez): “El Tribunal de instancia estimó como pruebas suficientes para dictar una sentencia condenatoria, la utilización de una cinta de video como prueba de cargo, pero ni se propuso como prueba por el Ministerio Fiscal —única parte acusadora—, *ni se verificó su visionado en el plenario y así, tal prueba no solicitada por ninguna de las partes, ni aportada en el juicio oral con los principios de contradicción, publicidad, e inmediación, no puede tomarse en cuenta y su introducción sorpresiva en la sentencia conculca los derechos de defensa y de tutela judicial efectiva*”. Y en la STS 461/1994, de 11 de febrero: “el material ‘fotográfico’ y ‘videográfico’, obtenido sin vulneración de los derechos fundamentales, tiene un innegable valor probatorio de carácter ‘documental’, *siempre que sea reproducido en las sesiones del juicio oral, con juego de los principios de publicidad, concentración e inmediación y muy específicamente, de contradicción y defensa*”. También las SSTS 1733/2002, de 14 de octubre; 354/2003, de 13 de marzo.

VIDEOVIGILANCIA EN EL PROCESO PENAL ESPAÑOL

Emilio Frías Martínez

Fiscal
España

SUMARIO: 1. Cámaras cuerpos de seguridad. 2. Cámaras de seguridad privadas. 3. Incorporación de las imágenes al procedimiento. 4. La videovigilancia como prueba. 5. Normativa de protección de datos. 6. Control por la agencia española de protección de datos.

La evolución de la sociedad moderna comporta disponer de nuevos tipos de seguridad, los cuales, obviamente, colisionan en determinados momentos con derechos individuales consagrados en el art. 18 de la Constitución española de 1978. Entre estos elementos de seguridad debemos destacar el empleo de videovigilancia y las grabaciones resultantes que con posterioridad son empleados por la Policía Judicial, órganos judiciales y Ministerio Fiscal para la averiguación y persecución de los delitos cometidos.

La importancia de las imágenes captadas es esencial no solo para acreditar la comisión del ilícito penal sino también, y en mayor medida, para acreditar la identidad del autor del hecho. Sin embargo, estas imágenes y su grabación suponen una intromisión en la intimidad y propia imagen de los ciudadanos, y a otros derechos, y su empleo ha de estar sujeto a la legislación aplicable.

Lo que no cabe duda es que una imagen, sea fotográfica o no, supone un dato de carácter personal al referirse a personas identificada o identificable¹, y como tal su recogida y tratamiento, aun para la investigación criminal, ha de quedar sujeta a la legalidad.

En España se dispone de dos tipos de videovigilancia cuyo empleo sería lícito para la utilización de las imágenes como medio probatorio con objeto de desvirtuar la presunción de inocencia en el proceso penal, serían las imágenes obtenidas por los cuerpos de seguridad públicos por un lado, por el otro las imágenes captadas por cámaras de seguridad privadas.

¹ Conforme al Convenio 108 del Consejo de Europa por datos de carácter personal debemos entender cualquier información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o de cualquier otro tipo concerniente a personas físicas identificadas o identificables

Es preciso analizar además el modo en el que esas imágenes se incorporan al procedimiento, su valor probatorio, el modo en el que se debe cumplir la legislación en materia de protección de datos y el control por el organismo de control.

1. CÁMARAS CUERPOS DE SEGURIDAD

El marco normativo sería la Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto, por la que se regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos², que tiene por objeto el empleo de videocámaras para la grabación de imágenes y su posterior tratamiento, previendo expresamente la no ilicitud de las imágenes captadas conforme a la norma y la sujeción del tratamiento que de las imágenes pudiera hacerse a la regulación específica de la ley española de protección de datos.

En el artículo 3 de la Ley a efectos de aprobación para las cámaras de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y de las Corporaciones Locales se exige que sea aprobada, su instalación, por el Delegado del Gobierno, representante del Gobierno del Estado en cada Comunidad Autónoma, previo informe, aparentemente vinculante, de una comisión que presidirá el Presidente del respectivo Tribunal Superior de Justicia, y en todo caso la **cámara de videovigilancia deberá perseguir**: asegurar la protección de los edificios e instalaciones públicas y de sus accesos; salvaguardar las instalaciones útiles para la defensa nacional; constatar infracciones a la seguridad ciudadana, y prevenir la causación de daños a las personas y bienes. Esto en lo referido a videocámaras fijas pero se podrán utilizar otras móviles cuando se dispongan en los mismos lugares que las fijas o que se autoricen por el responsable provincial de los cuerpos y fuerzas de seguridad quien lo comunicará en el plazo de 72 horas a la comisión mencionada.

Es imprescindible para la validez de la información obtenida por la policía que la captación de la imagen y el sonido quede siempre condicionada a que sea en la vía pública, pues para la grabación del interior de domicilio será precisa la autorización judicial.

2 Preámbulo de la norma. "La prevención de actos delictivos, la protección de las personas y la conservación y custodia de bienes que se encuentren en situación de peligro, y especialmente cuando las actuaciones perseguidas suceden en espacios abiertos al público, lleva a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad al empleo de medios técnicos cada vez más sofisticados. Con estos medios, y en particular mediante el uso de sistemas de grabación de imágenes y sonidos y su posterior tratamiento, se incrementa sustancialmente el nivel de protección de los bienes y libertades de las personas. Ahora es oportuno proceder a la regulación del uso de los medios de grabación de imágenes y sonidos que vienen siendo utilizados por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, introduciendo las garantías que son precisas para que el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Constitución sea máximo y no pueda verse perturbado con un exceso de celo en la defensa de la seguridad pública".

La instalación de las videocámaras quedará sujeta a los principios de proporcionalidad e intervención mínima, y la concurrencia de un peligro abstracto para las fijas y concreto para las móviles. Es indiscutible que la filmación de una imagen perteneciente a una persona colisiona con el derecho a la privacidad de la misma, ello obliga a que el empleo se haga en supuestos mínimos y no con carácter general, además la intromisión en la privacidad debe ser proporcionada a lo que se trate de evitar. Cuando nos encontremos con cámaras fijas el peligro puede ser difuso o indeterminado debido a cuestiones generales de orden público, pero las cámaras móviles resulta imprescindible que se persiga alguno de los fines ante un peligro real.

Se prevé un plazo para la cancelación, imprescindible en Europa cuando se trate de datos personales, de oficio de las imágenes y sonidos captado de un máximo de un mes, salvo que se aprecie la comisión de delito, en cuyo caso se acompañará la grabación al atestado, quedando incorporado al procedimiento y sujeto, por tanto, a las normas procesales en cuanto a su contenido, valoración, destrucción y custodia. Del mismo modo se regulan los derechos de acceso y cancelación, y negación a los mismos.

Pero en cuanto a la grabación de imágenes debemos diferenciar aquella que se realiza por cámaras previamente instaladas en prevención de un peligro mas o menos concreto que captan imágenes de todos los usuarios de la vía sean sospechosos o no, y cuya grabación se incorpora a un fichero, y por tanto sujeto a la legislación de protección de datos, de aquellas otras grabaciones que se realizan en el marco de una investigación específica por un delito determinado en cuyo caso el empleo de cámaras no debiera quedar sujeto a la autorización previa, pues como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de mayo de 1993 "En el desarrollo de estas funciones, de investigación, se pueden realizar labores de vigilancia u observación de lugares o personas que pudieran estar relacionadas con el hecho que es objeto de la investigación. Estas labores de vigilancia se pueden desarrollar en la vía pública concretándose en tareas de seguimiento o visualización de comportamientos y conductas de las personas consideradas como sospechosas. Para llevar a cabo estas funciones se pueden utilizar toda clase de medios que permitan constatar la realidad sospechada y que sean aptos para perfilar o construir un material probatorio que después pueda ser utilizado para concretar una denuncia ante la autoridad judicial".

La LO 4/97 regula en la disposición adicional octava la posible existencia de videocámaras que controlen el tráfico, remitiéndose al reglamento de desarrollo oportuno, Real Decreto 596/1999, de 16 de abril, dando una regulación semejante al resto de cámaras instaladas por los cuerpos y fuerzas de seguridad.

El problema se plantea a la hora de determinar las cámaras que quedan sujetas a la LO 4/97 y aquellas otras que no. Para ello puede ser criterio inter-

pretativo los informes y resoluciones procedentes de la Agencia Española de Protección de Datos, al entender que toda aquella videocámara no sujeta a la LO4/97 lo estará a la regulación general de equipos de vigilancia privados. Así se entiende en el informe jurídico de la Agencia Española de Protección de Datos N° 148/08 que se incluye dentro del ámbito de la Ley 4/97 aquellas cámaras instaladas por los Cuerpos de Seguridad en sentido amplio, es decir, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado dependientes del Gobierno de la Nación, los Cuerpos de Policía dependientes de las Comunidades Autónomas y los Cuerpos de Policía dependientes de las Corporaciones Municipales. Ahora bien, en aquellos casos en los que las cámaras y su grabación no vaya a ser controlada por cuerpos de policía no estarán sujetos a dicha normativa sino a la general aun cuando tenga por objeto la vigilancia de seguridad de edificios públicos; ello implica que el tratamiento de datos lo debe llevar a cabo la Policía no cabe que se haga por persona distinta, pública o privada, aunque sean públicas las cámaras.

2. CÁMARAS DE SEGURIDAD PRIVADAS

Ya se ha dicho que la imagen de una persona y su voz es un dato de carácter personal relativo a la intimidad y privacidad conceptos no coincidentes necesariamente en su contenido³, que el derecho a la protección de datos de carácter personal es un Derecho Fundamental. Pero como tal derecho no es de carácter absoluto sino que ha de ceder ante determinados supuestos pero siempre con un mínimo de garantías y siempre de modo proporcional y necesario.

Con objeto de regular el modo en el que deben captarse y tratarse imágenes de personas a través de cualquier medio, cámaras, circuitos cerrados, webcam etc., se aprobó *la Instrucción 1/06 de 8 de noviembre, de la Agencia Española de Protección de Datos, sobre el tratamiento de datos personales con fines de vigilancia a través de sistemas de cámaras o videocámaras*, quedando únicamente excluidas las imágenes que un particular pueda captar en su vida privada.

3 Preámbulo de la LORTAD, primera legislación española ya derogada en materia de protección de datos " Nótese que se habla de la privacidad y no de la intimidad: Aquella es más amplia que esta, pues en tanto la intimidad protege la esfera en que se desarrollan las facetas más singularmente reservadas de la vida de la persona —el domicilio donde realiza su vida cotidiana, las comunicaciones en las que expresa sus sentimientos, por ejemplo—, la privacidad constituye un conjunto, más amplio, más global, de facetas de su personalidad que, aisladamente consideradas, pueden carecer de significación intrínseca pero que, coherentemente enlazadas entre sí, arrojan como precipitado un retrato de la personalidad del individuo que este tiene derecho a mantener reservado.

Y si la intimidad, en sentido estricto, está suficientemente protegida por las previsiones de los tres primeros párrafos del art. 18 de la Constitución y por las leyes que los desarrollan, la privacidad puede resultar menoscabada por la utilización de las tecnologías informáticas de tan reciente desarrollo".

Únicamente podrá instalarse cámaras de videovigilancia cuando se persiga salvaguardar un interés esencial y para que todas las personas captadas puedan conocer la existencia de la grabación se prevé la obligatoriedad de informar mediante un cartel en el que se anuncie la existencia de la zona vigilada así como documentos informativos.

Ahora bien, como cualquier otro dato de carácter personal las imágenes solo serán tratadas de modo inspirado en los principios de calidad y proporcionalidad. Lo que supone que cuando exista otro medio de vigilancia no especialmente gravoso deberá acudir a este, quedando expresamente prohibida la captación de imágenes de espacios públicos⁴.

Finalmente se prevé en la Instrucción 1/06 la expresa obligación de dar de alta los ficheros en la AEPD y la obligatoriedad de cancelación del dato en el plazo máximo de un mes.

El problema de la videovigilancia se complica desde el momento en que se somete, como no puede ser de otro modo, a la LOPD y ante la imposibilidad de que todas las personas que son captadas den el consentimiento para el tratamiento se requiere de una norma habilitante, que sería la Ley de Seguridad Privada y Reglamento de desarrollo. Por ello la Agencia Española de Protección de datos venía exigiendo que la instalación de las cámaras la realizase una empresa de seguridad autorizada por el Ministerio del Interior, y únicamente ellas.

Sin embargo recientemente se ha introducido una importante reforma en nuestro Ordenamiento Jurídico⁵ por la Ley 17/09 de 23 de noviembre, que para su adecuado desarrollo fue preciso la aprobación de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, *de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio*⁶, pues con objeto de facilitar la libre competencia se prevé la liberalización de algunos sectores, entre los que se encuentra la seguridad privada. Pues se añade en la ley de seguridad privada una nueva disposición sexta que dice "Los prestadores de servicios o las filiales de las empresas de seguridad privada que vendan, entreguen, instalen o mantengan equipos técnicos de seguridad, siempre que no incluyan la prestación de servicios de conexión con centrales de alarma, quedan excluidos de la legislación de seguridad privada siempre y cuando no se dediquen a ninguno de los otros fines definidos en el artículo 5, sin perjuicio de otras legislaciones específicas que pudieran resultarles de aplicación". Por tanto, si la instalación, venta o mantenimiento de equipos de videovigilancia puede ser realizado por cualquier empresa, sea o no de seguridad, ya no será preceptivo el concurso de tales sujetos para la instalación

4 Llegando poder a incurrir en infracción administrativa. Resolución 335/09 AEPD

5 Vid informe 650/2009 AEPD

6 Denominada ley ómnibus.

de equipos o tratamientos de imágenes como hasta ahora venía exigiéndose. Sin embargo los restantes requisitos impuestos por LOPD, su reglamento de desarrollo y la Instrucción 1/06 de la AEPD seguirán plenamente vigentes.

3. INCORPORACIÓN DE LAS IMÁGENES AL PROCEDIMIENTO

Lo dicho hasta ahora se refiere a la regulación “administrativa” de la videovigilancia y de los ficheros que se creen a tal efecto, pero es necesario referirse al modo en el que esas imágenes son incorporadas al procedimiento penal y su posterior valoración y su posibilidad de enervar la presunción de inocencia.

Una imagen captada puede llegar al plenario por tres vías distintas, por el atestado, desde unas diligencias de investigación del Ministerio Fiscal, ambas incorporadas después al sumario o directamente a este último.

La LOPD prohíbe expresamente la cesión de los datos en el artículo 11 de su texto. Únicamente se prevén determinados supuestos en los que sí cabría tal cesión, entre los mismos es de destacar la previsión legal o la cesión al Ministerio Fiscal y Órganos Judiciales para el cumplimiento de sus fines. Por tanto, tanto jueces y fiscales pueden solicitar cualquier imagen que se encuentre en cualquier base de datos, pública o privada, para la incorporación al expediente investigador.

Sin embargo, este artículo 11 LOPD no contempla la cesión de datos a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, y pese a ello son ellos los que en primer lugar requieren las imágenes, las tratan y emplean para la identificación del sujeto activo del delito. Sin embargo, la posible recogida de datos, imágenes, por la Policía tomadas por cámaras se encuentra perfectamente habilitada por dos vías, la primera prevista en el art. 22.2 LOPD⁷, aunque siempre que tenga por objeto la investigación de un ilícito criminal concreto y que resulte necesario para la investigación, pues no está previsto que la Policía pueda crear bases de datos generalizadas sin finalidad concreta alguna. La otra vía de acceso a los datos, de modo indirecta, sería interpretando que la Policía Judicial como dependiente del Ministerio Fiscal y Órganos Judiciales actúa, antes de la incoación del procedimiento, por delegación de estos y a prevención, y que cualquier imagen que obtengan debe incorporarse a los autos, por tanto, es como si los cesionarios fueran los previstos en el art. 11.2 LOPD.

7 “[...] la recogida y tratamiento automatizado para fines policiales de datos de carácter personal por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad sin consentimiento de las personas afectadas, están limitados a aquellos supuestos y categorías de datos que resulten necesarios para la prevención de un peligro real y grave para la seguridad pública o para la represión de infracciones penales, debiendo ser almacenados en ficheros específicos establecidos al efecto, que deberán clasificarse por categorías, en función de su grado de fiabilidad”.

4. LA VIDEOVIGILANCIA COMO PRUEBA

Establecido en el artículo 741 Lecrim el principio de libre valoración de la prueba debemos entender que todo dato, imagen, legalmente obtenido e incorporado al proceso puede ser tenido en cuenta y ponderándolo con el resto de elementos probatorios podrá desvirtuar la presunción de inocencia o actuar como elemento de descargo según los casos. El dato obtenido de un fichero normalmente se incorporará a la causa como un medio de prueba generalmente documental y como tal deberá ser valorado, junto a los restantes medios probatorios, huyendo de la mitificación de la imagen.

La jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo desde antiguo viene admitiendo el empleo de las imágenes captadas por cámaras de seguridad como medio de prueba, pues es esencial para la identificación del delincuente y también en determinados casos para apreciar la concurrencia o no de algunos elementos del tipo. Desde este primer momento todas las sentencias reconocen que la grabación de imagen o del sonido afecta a la intimidad de las personas y como derecho fundamental afectado debe realizarse el oportuno juicio de valoración, sin embargo, no llegan a plantearse en momento alguno que además nos podamos encontrar con la posible vulneración de otro derecho fundamental como sería el habeas data o libertad informática⁸. En cualquier caso, la consideración o valoración efectuada por nuestra Sala Segunda coincide en cuanto a requisitos y presupuestos con los establecidos por otras ramas del ordenamiento jurídico.

Así por ejemplo, desde el año 1994⁹ se viene reconociendo la no necesidad de la autorización judicial para las grabaciones que sean efectuadas en la vía pública o en el interior del domicilio cuando no sea necesario vencer un obstáculo que haya sido predispuesto para salvaguardar la intimidad, STS 18 de febrero de 1999, cuando, por el contrario, tal obstáculo no existe, como en el caso de una ventana que permite ver la vida que se desarrolla en el interior de un domicilio, no es necesaria una autorización judicial para ver lo que el titular de la vivienda no quiere ocultar a los demás.

Del mismo modo se admite por nuestros tribunales la posibilidad de que las grabaciones efectuadas por particulares sean incorporadas a la causa, sea intencionadamente y con objeto de prevenir el delito, SAP de Murcia de 1 de julio de 2009, o sea descubriendo tras su visionado que se ha procedido a la filmación de un hecho criminal.

Para nuestro Tribunal Supremo el contenido del video sería equivalente a la testifical de quien presencia directamente las imágenes, aunque si bien es

8 Tanto el TEDH como el Tribunal Constitucional vienen definiendo tal derecho de modo autónomo al derecho a la intimidad o el honor.

9 STS de 6 de abril. Y continúa en la actualidad STS 14/10/02

cierto que cuando de la grabación dependa la identificación del sujeto activo del ilícito “el imputado actúa no como fuente o medio de prueba, sino como objeto de prueba de percepción sensorial (en este caso visual) y el alcance de tal deducción realizada por personas imparciales como los miembros del Tribunal sentenciador no puede por menos de acrecer el resto de la prueba practicada”, como acertadamente se señala en la STS de 26 de octubre de 1996. Del mismo modo ha señalado en otras sentencias que no será precisa la intervención de peritos cuando conforme a las máximas de experiencia del Tribunal se pueda tener conocimiento directo de lo acontecido y de la identidad del sujeto.

Debemos finalizar diciendo que no existe inconveniente para admitir grabaciones de imágenes como medio de prueba y que las mismas estarán sujetas a la valoración conjunta con las restantes. En el mismo sentido en caso de que hubiera discrepancia o se tuviera como no equivalente a la realidad puede ser impugnada y sometida la grabación a las oportunas periciales, pues las imágenes serían introducidas en el plenario como documento.

Sin embargo, al afectar las imágenes a derechos fundamentales es preciso valorar la proporcionalidad; pues como toda intromisión en la intimidad de una persona ha de cumplir con la constatación de que la medida restrictiva adoptada cumple los tres requisitos ordinariamente exigidos de que la medida sea susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); que sea además necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución del tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, que la medida adoptada sea ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en un juicio estricto de proporcionalidad¹⁰. Por lo que únicamente pueden recabarse aquellas imágenes que sean imprescindibles para la investigación y en los extremos mínimos y menos dañinos para la intimidad y privacidad.

5. NORMATIVA DE PROTECCIÓN DE DATOS

Lo dicho hasta ahora es válido y aplicable cuando la grabación colisiona con el derecho a la intimidad, el problema es determinar qué solución debe darse en aquellos casos en los que el derecho fundamental lesionado no es la intimidad sino la protección de datos.

Para ello, debemos en primer lugar determinar el contenido concreto de este derecho fundamental meramente enunciado en el art. 18.4 de la Cons-

¹⁰ Tribunal Constitucional Sala 2ª, S 29-6-2009

titución de 1978¹¹. Debiendo acudir a la Sentencia del Tribunal Constitucional N.º292/2000, que reconoce definitivamente el derecho a la protección de datos¹² como derecho autónomo de los restantes garantizados en el mismo artículo 18.

Debemos entender que este derecho fundamental de tercera generación comprende esencialmente dos aspectos. El primero referido a la libertad de ceder datos referentes a una persona o de no hacerlo, y el segundo de los aspectos a poder conocer los datos que de una persona se tiene por otra, pública o privada, así como acceder a los mismos, rectificarlos si fueran erróneos o cancelarlos. Esta es la materia específica de la protección de datos y sobre tales extremos se ha de realizar la valoración. Pues es posible que una imagen captada por una cámara de vigilancia privada instalada en la calle no vulnere el derecho a la intimidad pero sí el derecho a la protección de datos¹³. Aunque si bien es cierto, los tribunales penales de nuestro país escasamente valoran el empleo de videocámaras mas allá de la posible colisión con la intimidad debiendo esperar hasta el Auto de 11 de enero de 2007 del Tribunal Supremo para relacionar la videovigilancia con la protección de datos, y pese a ello sin aportar nada nuevo a la cuestión.

Por ende, debemos discutir las consecuencias que sobre la prueba tendrá la vulneración de este relativamente novedoso derecho fundamental, pues como los restantes no es de carácter absoluto y puede ser limitado. A esta tarea dedicaremos las siguientes líneas, diferenciando si nos encontramos ante cámaras privadas o públicas y cada una de las facetas del derecho fundamental.

Respecto a las cámaras privadas hemos visto por su reciente reforma que no todos los requisitos que legal o administrativamente se imponen para su correcto y respetuoso funcionamiento suponen requisitos integrantes del derecho fundamental. Los requisitos para la posible instalación de equipos de videovigilancia privados eran esencialmente, la instalación por persona de las ya indicadas, la publicidad mediante carteles de la existencia del equipo, la existencia de hojas de información, la no captación de la vía pública y la cancelación automática transcurrido un mes. No todos estos requisitos afectan del mismo modo al derecho fundamental pues el núcleo sería la captación de imágenes y el conocimiento por parte del filmado de la existencia de la imagen. Por tanto debemos entender que habrá vulneración del derecho fundamental y por tanto sujeto a lo dispuesto en el artículo 11.1 LOPJ en aquellos

11 "[...] la Ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos"

12 sin posicionarnos ni inclinarnos sobre ninguna de las terminologías que por la doctrina se barajan.

13 Así, la SAN de 18/06/09 entiende desproporcionado que una cámara de vigilancia de correos tome imágenes de la vía pública.

casos en los que no se informe de la existencia de la grabación por medio de carteles¹⁴ u otro medio de comunicación. Igualmente habrá vulneración en aquellos casos en los que se recojan imágenes de la calle por parte de una videocámara, no controlada por la policía, ya que los sistemas de vigilancia privados deben tender únicamente por objeto la vigilancia de sus instalaciones y la filmación de la vía pública no se justifica para ello, además un ciudadano puede tácitamente consentir ser grabado en el interior de las instalaciones a las que acude voluntariamente pero lógicamente no consiente que un tercero, persona privada, pueda filmar su paso por espacios comunes públicos¹⁵. Respecto de la otra faceta del derecho de protección de datos transcurrido el plazo de cancelación, afectando a la autodeterminación informativa, si la imagen no ha sido utilizada no podrá hacerse en un futuro pues es contrario al derecho fundamental el almacenamiento temporalmente ilimitado, pudiendo hacerlo por razones históricas pero nunca como medio de prueba. La no inscripción en el fichero correspondiente de la AEPD, la no existencia de hojas informativas, o la instalación por persona no autorizada, aunque pudiera ser sancionable administrativamente, no puede implicar la no validez de la prueba pues la ausencia de su concurrencia no implica mayor limitación de la esencia del derecho fundamental. Tales irregularidades serían perseguibles administrativamente pero no pueden implicar la nulidad de la prueba, pues garantizando el conocimiento de la existencia del fichero, mediante el cartel, y la cancelación se respeta ambas facetas del derecho, siendo los otros requisitos meras garantías que refuerzan el control del ciudadano pero que deben ceder ante otros derechos como la tutela judicial efectiva o el derecho de defensa y más en la jurisdicción penal.

Respecto a las cámaras de la policía ya se ha indicado que aquellas filmaciones referidas a un único sospechoso no entrarían dentro de la regulación propia de la videovigilancia, sino que nos hemos de referir a las cámaras fijas o móviles instaladas. Respecto a las primeras es preciso entender que de no existir la oportuna autorización para la instalación cualquier imagen captada por las mismas no podrá ser utilizada en modo alguno pues su captación y tratamiento se ha realizado sin el más mínimo control o salvaguarda. Mas discutible es el supuesto en el que las cámaras móviles se instalen sin la preceptiva autorización o se incumpla levemente el plazo de las 72 horas, si ambos requisitos concurren posteriormente. Pues es posible que en caso de urgencia no puedan cumplirse tales extremos, no es preciso indicar que toda imagen captada por cámara móvil que no obtenga la autorización oportuna carecerá de validez probatoria.

14 No siendo necesario el modelo normalizado sino simplemente que los sujetos puedan tener conocimiento de la existencia de la grabación.

15 Debemos excepcionar aquellos supuestos de filmación inevitable o hallazgo fortuito respecto del que ya se ha pronunciado la jurisprudencia en múltiples asuntos.

Pese a lo dicho hasta ahora y aunque se cumpliera la regulación de la LOPD, instrucción de AEPD 1/06 y LO 4/97 en todos sus extremos es preciso realizar en cada caso de modo individualizado los correspondientes juicios de proporcionalidad, necesidad e idoneidad. Incluso en aquellos en los que nos hemos pronunciado sobre la inadmisión será preciso valorar la gravedad del delito investigado y el interés público y la afectación de la seguridad nacional existente.

Paulatinamente la jurisprudencia española evoluciona en el sentido apuntado, considera como elementos necesarios para dar validez a la prueba documental obtenida por medio de videovigilancia la concurrencia de los elementos administrativos de las cuestiones relativas a la protección de datos, así debemos destacar la SAP de Madrid de 28 de septiembre de 2012 en la que considera válida la filmación en una comunidad de vecinos en aquellos casos en los que su instalación se efectuó conforme a las instrucciones de la AEPD, llega incluso a rechazar los elementos de la defensa que el acusado adujo, como ausencia de publicidad y otras cuestiones.

6. CONTROL POR LA AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS

La Agencia Española de Protección de Datos es un ente de derecho público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada, que actúa con plena independencia de las Administraciones públicas en el ejercicio de sus funciones, conforme al artículo 35 LOPD; y además entre sus funciones se encuentra, artículo 37, “velar por el cumplimiento de la legislación sobre protección de datos y controlar su aplicación, en especial en lo relativo a los derechos de información, acceso, rectificación, oposición y cancelación de datos”.

Por ello desde algún sector¹⁶ se comienza a plantear la posibilidad de que por los organismos de control se pueda entrar a valorar la correcta aplicación de la materia en cuanto a la protección de datos y el cumplimiento de la normativa en la recogida de datos, imágenes en nuestro caso, tratamiento y cesión. Lo cual implica, como veremos, un exceso en el cumplimiento de las funciones de la Agencia pues correspondería al ámbito exclusivo de la potestad jurisdiccional.

Y pese a que no se haya producido en el proceso penal sí ha ocurrido ya en el civil, un supuesto en el que una persona graba unas imágenes y las aporta a una causa civil, denunciando la grabación la parte contraria. En dicho expediente, 27/08, la AEPD no solo valora la no inclusión de las imágenes

¹⁶ En foros de ámbito europeo.

captadas en su ámbito de competencia¹⁷, sino que además expone razonadamente la admisibilidad de las grabaciones en procedimientos civiles y realiza el juicio de idoneidad y proporcionalidad. En este caso no hubo consecuencias prácticas pues se resolvió admitiendo la prueba en concreto y finalizó la causa, civil, con acuerdo de las partes.

La posibilidad de ese control administrativo de la prueba en la causa penal¹⁸ ha de estar claramente vedado por múltiples motivos. En primer lugar, porque la admisión de los medios probatorios es una potestad jurisdiccional establecida en el art. 659 Lecrim para el procedimiento ordinario y el art. 785.1 para el procedimiento abreviado, debiendo ser únicamente estos quienes decidan la necesidad o pertinencia de las pruebas. Y sobre la vulneración de derechos fundamentales a través de los artículos de previo pronunciamiento, 666 Lecrim, o las cuestiones previas, 787.2, según el procedimiento de que se trate. Siendo por tanto, como ya hemos dicho, el órgano de enjuiciamiento aquel que deberá resolver sobre la admisión, constitucionalidad y licitud de la prueba practicada o a practicar.

En segundo lugar, porque la resolución dictada por la AEPD agota la vía administrativa y contra la misma cabe recurso contencioso-administrativo en única instancia ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional conforme a la disposición adicional cuarta de la ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Por tanto, no solo estaríamos ante la realidad de que el control administrativo de la actuación de los tribunales vuelve a ser controlado por estos, realizando un absurdo viaje de ida y vuelta. Sino que además nos encontraríamos ante una cuestión de prejudicialidad, la cual conforme al artículo 44 LOPJ¹⁹ en el orden penal necesariamente habrán de resolver los mismos órganos penales. Es decir, ante una resolución de la AEPD que entienda la ilicitud de una imagen o base de imágenes cabría recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativo que no podrá resolverla pues sobre la admisión de las pruebas, licitud y valoración se debe pronunciar la jurisdicción penal como ya se ha dicho.

Abogando por esta tesis, de la incompetencia de control administrativo, se ha pronunciado la AEPD en el Procedimiento N° AP 26/2008 al decir “en el marco de la instrucción de un procedimiento penal no corresponden ser dilucidados por parte de esta Agencia, sino a través de los correspondientes recursos judiciales por las sucesivas instancias”.

17 Eran imágenes recogidas por cámara doméstica.

18 También en otros órdenes jurisdiccionales.

19 El orden jurisdiccional penal es siempre preferente. Ningún Juez o Tribunal podrá plantear conflicto de competencia a los órganos de dicho orden jurisdiccional.

Y por último, es preciso diferenciar la actuación o actividad “administrativa” de los órganos judiciales y fiscalías que quedaría por completo bajo la órbita o control de la Agencia Española de Protección de datos, refiriéndonos a la recogida de datos para las bases, cancelación, cesión de datos y demás cuestiones propias de la materia; de aquellas cuestiones propiamente jurisdiccionales que han de regirse por sus propias normas de enjuiciamiento, conforme establece la sentencia de la Audiencia Nacional, sección primera de la Sala de lo Contencioso, de fecha 9 de octubre de 2009.

VIDEOCÁMARAS Y PROCESO PENAL

Edmundo Rodríguez Achútegui

Magistrado 1.ª Instancia N.º 10 Bilbao

SUMARIO: 1. Los valores en conflicto. 2. La admisibilidad del video como prueba. 3. presentación al juzgado. 4. Garantías en la instrucción. 5. Juicio oral.

La Ley Orgánica 4/1997, de 4 de Agosto, por la que se regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos, trata de afrontar alguno de los problemas planteados por las resoluciones judiciales más polémicas sobre esta materia, dictadas en su mayoría por los Juzgados y Audiencias vascas. Aunque su regulación se centra en los aspectos pre-procesales de la autorización de la grabación de acontecimientos realizados en espacios públicos, contiene normas que elevan el nivel de garantía del material probatorio que pueda utilizarse para la incriminación.

No puede ocultarse que esta norma nace como consecuencia de la enorme sensibilidad social que crean las algaradas callejeras, puesto que la previsión de que estas se reiteren en los mismos lugares y fechas (el Arenal bilbaíno en fiestas, La Salve donostiarra...) y la utilización por la Ertzaintza de videocámaras para captar la participación de los presuntos responsables, provocaron discrepantes interpretaciones de las audiencias guipuzcoana y vizcaína, incluso entre diferentes secciones, sobre la validez probatoria de las grabaciones en video que se presentaban.

Tampoco puede negarse el enorme poder preventivo y disuasorio de las videocámaras. Su mera existencia provoca cierta inhibición de los responsables de este tipo de actos criminales, que temen que su intervención e identidad puedan quedar registrados. No hay más que comprobar la diferente tasa de criminalidad que se produce en los espacios vigilados con videocámaras para constatar su eficacia como instrumento preventivo, aunque a veces solo suponga un desplazamiento de la delincuencia hacia otros lugares. Un ejemplo, tomado del artículo de André Vitalis en *Le Monde Diplomatique* de 22 de Marzo de 1998: El índice de criminalidad francés es del 90 por mil. En Mónaco, con más de 60 videocámaras provistas de zoom, la tasa se reduce a un 44 por mil, mientras que en el departamento contiguo de Alpes Marítimos, sin estas, se ha elevado al 130 por mil.

Al tiempo que preventiva la grabación de lo que sucede en la vía pública tiene una finalidad probatoria. La presentación ante los tribunales de las grabaciones obtenidas mediante las videocámaras fijas y móviles en lugares públicos pueden permitir acreditar, como dispone el art. 299 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la perpetración del hecho y la identificación de su responsable.

Pero la posibilidad de grabación de lo que sucede en los espacios públicos provoca serios problemas de tipo constitucional, pues los valores y derechos proclamados por el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Constitución entran en conflicto, generando numerosas dudas y reservas sobre, fundamentalmente, el sistema de control de su utilización y el uso de las imágenes captadas de este modo. El mundo descrito por Orwell no es ya descabellado, pues las mismas cámaras que en un centro comercial sirven para vigilar a los posibles delincuentes permiten controlar a los empleados que trabajan en el lugar vigilado, estudiar el comportamiento de los clientes [...].

Ya en el proceso penal, las mayores garantías introducidas por la Ley 4/1997 permitirán solventar algunas de las dudas planteadas por los tribunales, por lo que se analizará el sistema ideado para su presentación al Juzgado, las garantías en la fase instructora y el juicio oral.

1. LOS VALORES EN CONFLICTO

La extensión del sistema de vigilancia por video en espacios primero privados, y su posterior extensión al ámbito público, ha obligado a los tribunales a pronunciarse sobre su validez, en tanto que pueden afectar a derechos fundamentales.

La grabación de imágenes en la vía pública afecta a derechos garantizados por el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), cuyo art. 8.2 prohíbe toda limitación o injerencia de la autoridad pública en el ámbito de la intimidad personal y familiar que no sea necesaria para preservar la seguridad pública. A su vez, la Constitución garantiza la inviolabilidad del domicilio, la propia imagen y la intimidad (art. 18), el derecho de reunión y manifestación (art. 21) y al tiempo, la seguridad (art. 17).

En primer lugar puede comprometerse la *inviolabilidad del domicilio*, pues la grabación de cuanto acontezca en su interior supone una intromisión ilegítima que la ley no puede amparar sin resolución judicial que lo autorice, so pena de vulnerar el art. 18 de la Constitución. No obstante, en ocasiones puede observarse lo que sucede en el interior de la morada por no haberse adoptado medidas elementales de protección. Si no se cierra una ventana, no se colocan cortinas que garanticen la discreción o si se realiza alguna actividad en la terraza, sería complicado hablar de vulneración, pues no se han adoptado precauciones básicas que cualquiera dispondría.

Cuestión diferente es la grabación del interior de la vivienda desde un acceso no natural, como una videocámara instalada de modo que lo permita. Precisamente por ello la LO 4/97 dispone en el art. 6.5 la prohibición absoluta de tomar imágenes o sonidos del interior de las viviendas, sus vestíbulos, lugares públicos abiertos o cerrados si se afecta gravemente a la intimidad de las personas, o incluso la grabación de conversaciones estrictamente privadas, sin autorización judicial o de los afectados. Si se produce una grabación accidental o intencionada de estos ámbitos protegidos, la norma ordena la inmediata destrucción "por quien tenga la responsabilidad de su custodia", calificando la D.A. 7.^a como falta grave la vulneración de ese mandato.

En segundo lugar pueden verse afectados los derechos de intimidad y propia *imagen*, que no quedan limitados a ámbitos protegidos como una vivienda, pues tienen relevancia y protección, matizada sin duda, en el espacio público. Porque la privacidad no se manifiesta solo en el domicilio, aunque parezca contradictorio. Hay actos privados, incluso íntimos, que pueden realizarse en esos espacios, confiando en el anonimato de la masa y en que no concurre una atención especial a su protagonista, y que no se realizarían, al menos con la misma naturalidad, de tenerse conocimiento que están siendo observados.

La célebre SAP Bilbao (Sec. 1.^a) de 10 de Enero de 1995 (Pte. Sra. Rodrigo Landazábal), sobre la agresión al ertzaina de paisano Ander Susaeta en fiestas de Bilbao de 1994, indica sobre el particular que "[...] existen manifestaciones públicas en esferas privadas: las personas con las que nos relacionamos y que nos acompañan por la vía pública, los lugares a los que acudimos, los establecimientos que frecuentamos, se desarrollan en el exterior, pero inevitablemente reflejan datos e información sobre aspectos concretos de nuestra personalidad, nuestros gustos y preferencias".

En idéntico modo se ha pronunciado la SAP de Madrid (Sec. 15.^a) de 12 de Abril de 1994, refiriéndose a la grabación en unos servicios públicos, considerando "[...] que sean unos servicios públicos para uso de cualquier ciudadano no quiere decir que estemos ante un espacio desprovisto de toda privacidad", aunque luego la STS 5 de Mayo de 1997 (Pte. García Calvo), que la casa, haya matizado tal declaración al indicar que "[...] que las acciones más privadas que se pueden realizar en un lugar como el de autos, estuvieron afuera del campo de acción de la cámara. Nos referimos a los retretes propiamente dichos, cuyo ámbito de intimidad parece alejado de toda duda. Sin embargo, no sucede lo propio con lo que la sentencia denomina "antesala del water" (sic), lugar que era el que caía bajo el campo de acción de la cámara, en el que bien puede decirse que, por mucho que sea de cierta intimidad, desaparece la propia de los retretes en los que dicha nota la marca la puerta que los separa de la denominada antesala".

Además la videovigilancia puede afectar a los derechos de *reunión y manifestación*, con una dimensión pública que cuando se realiza en espacios abiertos (concentraciones, fiestas, homenajes...). Que se realicen en la vía pública no autoriza sin más a la policía a conocer quienes participan en ellas, identificando a sus integrantes. Sería preciso que el ejercicio de esos derechos se produjera al margen de la ley, o al menos que fuera probable o previsible que esto suceda.

Para hacer permisible la injerencia, ha dicho el Tribunal Constitucional (STC 37/1998, de 17 de Febrero), analizando un supuesto ocurrido en San Sebastián durante la huelga general del 27 de Enero de 1993, es preciso que el riesgo exista o se constate la vulneración de la ley. La grabación por parte de la Ertzaintza de la actividad de un piquete informativo de LAB se entiende vulnera los derechos fundamentales de libertad sindical y huelga porque "[...] las actividades de propagación y publicidad de la huelga se desarrollaron en todo momento de forma pacífica, dentro del marco legal, con la más absoluta normalidad y sin que se produjera ningún hecho que pudiera considerarse delictivo", ya que además sus dirigentes se habían ofrecido a identificarse, sin que se aceptase por la fuerza policial. La Ley no autoriza, en consecuencia, cualquier grabación con cámaras fijas o móviles, sino que es preciso un juicio de proporcionalidad al que la propia norma quiere someter todo registro cuando exige en el art. 6.1 que sea idónea, se respete el principio de intervención mínima y concurra un "razonable riesgo" para la seguridad ciudadana.

Solo como apunte, pues aquí se trata de estudiar más las consecuencias procesales de la LO 4/97, debe recordarse que el *principio de proporcionalidad* supone la necesidad de una comparación de los valores en conflicto, sobre la que el Tribunal Constitucional ha establecido una importante doctrina para ponderarlos (STC 66/1995, en cuanto a una decisión administrativa que suponía limitación de derechos y SSTC 62/1982, 19/1988, 85/1992, 50/1995 y 207/96, en casos de medidas judiciales). El principio supone idoneidad (art. 6.2) e intervención mínima (art. 6.3) lo que requiere que las cámaras se ubiquen solo en la zona en que se presume se verá afectada la seguridad ciudadana, por el tiempo estrictamente indispensable, hacia el objetivo que pretende vigilarse... Toda grabación sistemática, tan tentadora a la lógica policial, tiene que estar absolutamente proscrita. Ambos principios suponen también subsidiariedad, de modo que no se disponga de otro medio menos gravoso que permita la misma finalidad afectando de forma menor a los derechos en conflicto. Seguramente cualquier algarada puede evitarse con una masiva presencia policial, pero su intervención, además de ser imposible en todos los casos, puede provocar resultados más perjudiciales y dañinos que los que se pretenden evitar y suponer una limitación mayor de los derechos que tratan de salvaguardarse. La mencionada SAP de Bilbao de 10 de Enero de 1995, ratificada en cuanto a la validez de la prueba videográfica por la STS de 27 de Febrero de 1996 (Pte. Sr. Martínez-Pereda), analiza exhaustivamente las

circunstancias del caso concluyendo la proporcionalidad de la grabación de video en ese supuesto, ya que “[...] la intervención policial, en el caso concreto, mediante un dispositivo ingente de miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad o impidiendo la libre circulación de todos los ciudadanos de la zona, hubiera resultado, sin duda, una medida más radical que la adoptada”.

La intimidad de las personas y su derecho de reunión o su libertad sindical no se excluye cuando se participa en manifestaciones públicas, aunque por su naturaleza se desenvuelvan en espacios abiertos. Por eso no cabe un registro sistemático de aquellos, pues se ponen cortapisas que vulneran derechos fundamentales. Como dice el Tribunal Constitucional en la STC 37/1998 valorando las concretas circunstancias que concurrían, *la filmación no produjo una ablación total del derecho de huelga, sino una simple restricción de su ejercicio*. Siguiendo la doctrina constitucional, habrá que ponderar, en consecuencia, los valores en conflicto, pues claro es que está permitida la filmación, siempre que haya algún interés (la seguridad pública, primordialmente) que justifique la restricción del derecho, es decir, si la medida concreta es constitucionalmente proporcionada, dadas las circunstancias del caso y las garantías adoptadas en su aplicación, ya que “[...] no puede negarse a realizar la posibilidad de que, en determinadas circunstancias y con las debidas garantías puedan emplearse medidas de control como la aquí enjuiciada en orden a la prevención de alteraciones de la seguridad ciudadana” (STC 37/1998).

2. LA ADMISIBILIDAD DEL VIDEO COMO PRUEBA

La anterior sentencia del Tribunal Constitucional permite sostener la admisibilidad de la grabación en video como prueba. Con relación al derecho a la tutela judicial dicho órgano indica en la STC 29 Noviembre 1993, que la “[...] denegación de la prueba de identificación propuesta, consistente en la visualización de un video que sobre los acontecimientos de Villalar había difundido la Televisión, ha vulnerado los derechos fundamentales del recurrente en amparo... constituyendo su denegación una vulneración no solo del derecho a la utilización de los medios de prueba pertinente, sino también del derecho a la defensa y a no padecer indefensión, dado que la prueba denegada era esencial para acordar o no el acceso del recurrente a un proceso en el que pudiera hacer valer sus pretensiones”. Por su parte el Tribunal Supremo no ha discutido su valor como medio probatorio y lo admite en diversas resoluciones (STS 5 Julio 1984, 17 Abril 1989, 30 Noviembre 1992 y sobre todo 6 de Mayo de 1993 (Pt. Martín Pallín), que declara que “no están descartados los sistemas mecánicos de grabación de imágenes y su utilización debe realizarse dentro de los márgenes marcados por el respeto a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio”.

Estas sentencias y otras posteriores (STS 7 Febrero, 6 Abril, 14 y 21 de Mayo 1994, 27 de Noviembre 1995, 27 Febrero 1996, 5 de Mayo y 7 de Julio

de 1997 y 26 de Enero de 1998) establecen doctrina que dispone las garantías de uso de ese medio de vigilancia que complementan las previsiones de la ley.

Esta persigue asegurar la legalidad que requiere toda injerencia en la intimidad o libertad, vistos los arts. 43.1 de la Constitución, la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) que interpreta el art. 8 del CEDH y del TC y TS. Toda limitación de la libertad e intimidad precisan de justificación legal, en este caso la defensa de la seguridad pública reconocida también en la Constitución, por lo que es necesario que esté prevista por las normas.

Tiene apoyo constitucional en el art. 104.1 de la CE, que dispone que las FyCSE tienen la misión de garantizar la seguridad ciudadana, siendo desarrollado por La L.O. 2/1986 de 13 de Marzo, de FyCSE, que les encomienda la garantía de la seguridad pública (art. 1) y ciudadana (art. 11.1), investigar los delitos para descubrir y detener a los presuntos culpables (11.1.g) y les autoriza expresamente a “[...] captar, recibir y analizar cuantos datos tengan interés para el orden y la seguridad pública, y estudiar, planificar y ejecutar los métodos y técnicas de prevención de la delincuencia” (Art. 11.1.h).

3. PRESENTACIÓN AL JUZGADO

A falta de previa autorización judicial, que no es precisa para la obtención de las imágenes si se respetan los principios y prohibiciones señalados por la ley, en el momento de la presentación de las grabaciones al Juzgado habrá de realizarse el correspondiente control sobre su admisibilidad.

La jurisprudencia ha reiterado de modo insistente la aplicación a este supuesto parecidas garantías que para los casos de intervención telefónica se han dispuesto por el Tribunal Supremo (STS 6 de Abril de 1994 y 18 de Diciembre de 1995), recogidos en el Auto TS de 18 de Junio de 1992.

Debe recordarse que las conocidas sentencias que rechazaron la admisibilidad de las grabaciones videográficas realizadas por la policía se basan en la falta de garantías de autenticidad. Se duda de aquella por la deficiente custodia del material videográfico, que se realiza por la policía obviando lo ordenado en el art. 286 de la LECRIM que dispone la entrega “en el acto” de los efectos del delito. Otros reproches fueron la falta de información sobre el número y ubicación de las cámaras que impide el control jurisdiccional de la idoneidad y proporcionalidad de la medida, y la falta de integridad de las presentadas en el Juzgado.

La polémica SAP de San Sebastián (Sec. 2.^a) de 1 de Junio de 1995, Pte. Sr. Blánquez Pérez, cuando rechazó la utilización de las grabaciones sobre los incidentes de “La Salve” donostiarra de 1993, indicaba que “[...] ese des-

control en cuanto al número de cámaras utilizadas, número de cintas grabadas y su correcta identificación. Ese hablar, indistintamente tanto de cintas en singular como de cintas en plural, de originales y copias, todo ello dio y da pie, como argumento la defensa, no solo a una clara indefensión... sino a poder articular al menos dialécticamente todo tipo de "manipulaciones" no deseables. Sólo así se dio motivo para que el letrado apelante se lamentase, y con razón, de que únicamente se le había dado visión de la parte que comprometía a su patrocinado sin gozar de la más mínima opción para resaltar otros pasajes a modo de descargo".

Ahora la norma establece en el art. 7 que la entrega se hará normalmente acompañada de un atestado, pero de no concluirse habrá de presentarse "con la mayor inmediatez posible y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas desde su grabación", indicando verbalmente al Juez o al Ministerio Fiscal, los hechos que recogen. Se ha mejorado así el texto respecto al proyecto, que permitía que *cualquier demora en este último plazo deberá ser justificada*, lo que facilitaba la presentación tardía de las cintas en franca contradicción con el art. 284 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Y se disipan las dudas que se plantearon a los órganos jurisdiccionales que han rechazado el valor probatorio del material videográfico por este motivo, pues aunque nunca dudaron de la posibilidad de utilización como prueba, cuestionaron su autenticidad.

Aunque el art. 8.1 ordena la destrucción de las grabaciones en el plazo de un mes desde su captación, salvo que estén relacionadas con infracciones penales o una investigación policial o procedimiento judicial en curso, la ley es tajante respecto al plazo de presentación, que en ningún caso y bajo ningún pretexto, como la falta de elaboración del atestado, podrá presentarse por encima de las setenta y dos horas. Ya se ha señalado que a falta del mismo podrá informarse verbalmente, mediante una comparecencia que lógicamente habrá de documentarse por el Secretario, ante el Juez o Fiscal. Pero si en el breve plazo legal no se consigue la identificación de los responsables de los hechos, cabe la posibilidad de que la policía judicial consulte en la sede jurisdiccional las grabaciones que han de ser custodiadas por el juzgado.

De haber presentación fuera de plazo el instructor, de acuerdo con lo previsto en el art. 7 de la ley, debe rechazar las grabaciones, que no pueden incorporarse a la causa ni tendrán valor probatorio pues la presentación extemporánea vulnera derechos fundamentales (art. 11.1 LOPJ) y lo dispuesto en la LO 4/97.

La presentación de la grabación debe hacerse siempre por medio de *la cinta o soporte original*. La LO 4/97 acepta el criterio garantista que la jurisprudencia mantiene para las intervenciones telefónicas (Auto 18 de Junio de 1992). Así se asegura su autenticidad y se evitan críticas como las realizadas por el Juzgado de lo Penal N.º 2 de San Sebastián, al rechazar en la senten-

cia de 2 de Diciembre de 1994, los videos de los incidentes de "La Salve", argumentando que era elemental exigir *la puesta a disposición de la autoridad judicial del material de filmación original resultante de la misma*.

4. GARANTÍAS EN LA INSTRUCCIÓN

La ley no aprovecha para reformar la Ley de Enjuiciamiento Criminal y disponer concretas garantías de aportación al proceso. Pero de nuevo pueden traerse aquí las numerosas exigencias que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido para las intervenciones telefónicas.

Derivada del propio texto de la LO 4/97, es precisa, conforme a su art. 7, la presentación de la grabación "en su integridad". No se autoriza, de este modo, la presentación parcial de lo sucedido, ni la selección de imágenes realizadas exclusivamente por quien realizara la grabación. Si esto se admitiera, se vulneraría el mencionado art. 7 y los principios de contradicción e igualdad, también predicables a la fase instructora del proceso, que obligan a la completa reproducción, a presencia judicial, del contenido de la grabación.

De esta forma se pone de manifiesto a la defensa del procesado, bien sea habido desde el primer momento, bien se identifique o localice posteriormente, un objeto que puede incriminarle, respetando así el art. 391 LECRIM. Sin embargo no se trata, como en las intervenciones telefónicas, de escoger las partes de la conversación que hayan de transcribirse, pues como indicó la SAP de Bilbao de 10 de Enero de 1.995, no puede transcribirse la imagen, sino describirse su contenido.

Por el contrario, lo que se pretende es asegurar la garantía elemental de la defensa a conocer el contenido de la totalidad de las cintas, que deben reproducirse a presencia judicial, para poder insistir en el juicio oral sobre algún aspecto o pasaje que sirva de descargo o apoyo a sus alegaciones.

La analogía con la intervención telefónica no permite concluir, sin embargo, que los actos instructorios son semejantes, puesto que si en algo ha insistido la jurisprudencia, y nada va a cambiar la Ley de Videovigilancia pues nada regula, es en el visionado íntegro de las cintas obtenidas (STS 6 de Mayo 1993, 6 de Abril 1994, 18 de Diciembre de 1995 y SAP Bilbao 24 de Febrero 1994 y 21 de Enero de 1995 -Pte. Giménez García-).

Demostrativa de la importancia de la presentación completa de las cintas como elemento de defensa es la SAP Zaragoza de 20 de Septiembre de 1995 y el voto particular del magistrado discrepante, puesto que se discute la actitud de la policía al disolver una manifestación causando ciertas lesiones.

También debe asegurarse la *autenticidad* de las filmaciones en video. Por un lado, con la custodia por el Juzgado, y no por la policía, adoptando las medidas precisas para evitar su manipulación por terceros. Cuando sea

posible habrá que proteger la cinta contra el borrado accidental, rompiendo las pestañas de protección si el formato es el habitual de VHS. En todos los casos habrán de ser custodiadas por el secretario judicial (473.3 LOPJ). Por supuesto habrá de evitarse que se usen varias copias de las cintas, criticada por la STS de 30 de Diciembre de 1995 en un caso de intervención telefónica, por haber autorizado el instructor a la policía a copiar cintas de uno a otro formato más manejable.

También es preciso asegurar, como es natural, que los testigos que vayan a intervenir en el reconocimiento del presunto responsable, antes de verificarlo lo describan, indicando aquellos datos que faciliten su identificación, y solo después les sea exhibida la grabación, pues de no hacerse en ese orden siempre quedarán dudas sobre la sugestión que la imagen haya causado.

Por último, la labor del instructor se extiende también a la admisibilidad de la grabación en los casos en que haya dudas sobre el respeto a los principios constitucionales y de legalidad ordinaria que han de presidir la utilización de las videocámaras. Ya indicaba la citada STS de 6 de Abril de 1994 que la grabación de video "[...] ha de realizarse con evidente respeto a los valores que la propia persona incorpora por el hecho de serlo, de tal manera que, tanto el seguimiento como la filmación se habrá de limitar a llevarse a cabo en espacios libres y públicos, sin introducirse jamás, salvo la correspondiente autorización judicial motivada y proporcionada al hecho que se trata de investigar, en los domicilios o lugares considerados como tales, pues a ellos no puede ni debe llegar la investigación, debiéndose limitar como queda dicho, a los exteriores, donde para nada quedan afectados tales derechos fundamentales". El legislador sigue el consejo e impide la grabación del interior salvo autorización judicial, y como salvaguarda ordena la destrucción inmediata de la grabación accidental de imágenes y sonidos obtenidos en esos recintos (art. 6.5 LO 4/97).

Por lo tanto, en los casos en que se haya invadido el interior de las viviendas y sus vestíbulos y no conste autorización de su titular o judicial, sin que se haya percatado la policía de tal eventualidad, al juzgado compete, en cuanto que responsable de su custodia en ese momento (art. 6.5 *in fine*), la destrucción inmediata de las imágenes y sonidos.

5. JUICIO ORAL

La grabación de video tiene la consideración de prueba documental, entendiendo documento en un sentido amplio, como cualquier soporte susceptible de representar un hecho. Así se desprende del art. 26 del Código Penal y la jurisprudencia (STS 10 de Julio, 19 Octubre y 21 de Noviembre 1996). En consecuencia, nunca puede ser aportada de modo sorpresivo en el acto del juicio oral, y debe ser admitida conforme al art. 792.1 LECRIM.

Para ello es preciso que la parte a quien interese deje bien claro en el escrito de calificación provisional su intención de valerse de tal medio probatorio (art. 656 LECRIM). El Tribunal Supremo ha indicado en sentencia de 26 de Enero de 1998 que de no verificarse así no puede pretenderse su visionado en el acto del juicio oral.

En el juicio oral será cuando se proceda al examen del material grabado en video, a fin de que el tribunal, a presencia de las partes conforme al art. 726 de la LECRIM, pueda “examinar por sí mismo” su contenido, asegurándose el escrupuloso respeto a los principios de igualdad, contradicción y publicidad en la práctica de la prueba.

Hasta ahora la jurisprudencia entiende precisa la reproducción completa de las cintas (STS 21 de Mayo de 1994, 18 de Diciembre de 1995 y 27 de Febrero y 16 de Abril de 1996), aunque no habrá problema en concretar la exhibición a aquellos momentos determinados que acusación y defensa indiquen. Sin embargo, si se plantea por los intervinientes en el proceso su íntegra reproducción, habrá de realizarse para garantizar el conocimiento completo del material que incrimina.

Presenciada la grabación videográfica, se valorará según las reglas generales (art. 741 LECRIM). Por lo tanto, si el acusado niega su presencia y no acepta ser la persona cuya actividad ha sido grabada en video, deberá el Tribunal decidir, conforme a su propia percepción y al resto de la prueba, si llega a la convicción de que el enjuiciado es el mismo que observa en el video.

Este tema es polémico, pues lo que percibe el tribunal habría de bastar para concluir si quien aparece en la filmación es la persona acusada. Todo tribunal tiene libertad de criterio para aceptar o no la versión de un testigo, interpretar el contenido de un documento o el resultado de una pericia, y en consecuencia, podría justificar de modo razonado las razones por las que concluye que quien ha visto en la grabación es la persona a la que juzga.

No lo ha entendido así la jurisprudencia (STS 17 Abril 1989) ni el TC (St. 190/92, de 16 de Noviembre), al menos los casos de grabaciones magnetofónicas que no justifican por sí solas el convencimiento de la participación del acusado en los hechos. Y esa doctrina se traslada también a la grabación de video (STS 7 de Febrero de 1994 y 27 de Febrero de 1996), considerando que la percepción de la imagen grabada necesita un *plus de credibilidad* que en el caso de filmaciones de video concederá la testifical de particulares o miembros de las FyCSE, o la pericial, que garanticen la autenticidad de la grabación. Así, la mencionada STS de 7 de Febrero de 1994 dispone que “[...] la decisión de la Audiencia es correcta, pero solo porque el testigo que tomó las imágenes compareció en el juicio oral. En efecto, el video no es más que la fijación de imágenes percibidas por alguien. La única forma que conoce nuestro derecho procesal de acreditar las percepciones sensoriales de una

persona en el proceso es su declaración testifical prestada bajo las formalidades previstas en la ley. Ello es consecuencia de dos principios constitucionales de carácter esencial del proceso penal: el principio de inmediación (que requiere a su vez una percepción directa de la prueba por el Tribunal) y el de oralidad (que exige que los testigos y peritos se manifiesten oralmente ante los jueces)".

No obstante, parece apartarse de esa exigencia la STS de 27 de Febrero de 1996, cuyo F.J. 11 entiende que el Tribunal, con la sola percepción de la cinta de video, puede concluir que la persona a la que observa en la sala es la que participó en los actos delictivos grabados.

Parece que esta última decisión recoge algo tan razonable como que la prueba videográfica tiene el indudable valor de recoger imágenes, es decir, de reproducir el modo en que los hechos que se enjuician se desarrollaron. Tras siglos en que los tribunales han tratado de reconstruir por medio de intermediarios (testigos, vestigios, objetos) la realidad de lo acontecido, ahora la técnica ofrece un medio que permite, sencillamente, volverlo a presenciar. Es posible que los testigos sean necesarios en los casos de las intervenciones telefónicas en los que, lógicamente, solo consta la voz. Pero con la nueva ley y la jurisprudencia citada, ahora se dispone de la posibilidad real, con garantías de integridad y autenticidad, y las demás que habrá que exigir de modo puntilloso, de que el tribunal, sin necesidad de que ningún testigo lo ratifique, presencie los hechos tal y como sucedieron realmente.

LA VIDEOVIGILANCIA COMO FUENTE DE PRUEBA EN EL PROCESO PENAL

Ignacio José Subijana Zunzunegui*

Magistrado
Presidente de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La prueba en el proceso penal: líneas generales. 3. En especial, la prueba video-gráfica. 4. A modo de conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

El título del trabajo anuncia ya su limitado objeto. El estudio queda circunscrito al análisis de disímiles temas vinculados a la utilización de la captación y grabación de la imagen y sonido como medio de prueba de la comisión de un ilícito penal por una o varias personas. Extramuros del trabajo queda, por lo tanto, el examen de las vicisitudes anudadas al empleo de sistemas de videovigilancia fijos o móviles con fines de prevención ciudadana (cuyo fundamento normativo se encuentra en España en la Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto, por la que se regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos y el Reglamento de desarrollo aprobado por el Real Decreto 596/1999, de 16 de abril) y el análisis del tratamiento automatizado del elenco de datos obtenidos con la grabación audiovisual (cuyo regulación en España se contiene en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal y el Reglamento de desarrollo aprobado por el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre).

Una segunda precisión cabe realizar, esta de carácter metodológico. La reflexión tiene como punto de referencia una visión jurisprudencial de la problemática de la prueba videográfica, siendo, por ello, limitadas las referencias de naturaleza doctrinal. El hecho de que esta contribución forme parte de una publicación en la que se integran un elenco de trabajos científicos sobre las diversas implicaciones de los sistemas de videovigilancia explica —y espero que también justifique— esta opción. A su vez el análisis se circunscribe a los criterios fijados por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo en España (con alguna referencia al Tribunal Europeo de Derechos

* Doctor en Derecho. Universidad del País Vasco.

Humanos). Esta restricción traslada el máximo respeto a la autoridad de los excelsos autores peruanos con los que tengo el honor de compartir esta publicación, quienes, con mucho mejor criterio, realizarán un análisis de las implicaciones que, para los derechos fundamentales de la persona reconocidos en el capítulo I del título I de la Constitución Política de Perú, tiene la videovigilancia como fuente de prueba.

El trabajo se divide en dos partes. La primera examina las líneas generales de la prueba en el proceso penal y trata de fijar el marco general que sirve de referente axiológico al examen de la denominada prueba videográfica, materia objeto de análisis en la segunda parte.

2. LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL: LÍNEAS GENERALES

2.1. Los hechos

El proceso penal está orientado hacia la consecución de una decisión jurídica que corresponda, en la mayor medida posible, con la dinámica secuencial y contextual de los hechos acaecidos (TARUFFO, 2005: 66). Ello indica que el punto de partida del debate probatorio son las afirmaciones relativas a los hechos que las partes presentan con la pretensión de ser acogidas, como propuestas factuales ciertas, en la declaración probatoria que confeccione el órgano jurisdiccional (ANDRÉS IBÁÑEZ, 2007: 83).

Los datos fácticos cuentan con una característica pre-jurídica y otra jurídica. La característica pre-jurídica es que se trate de elementos empíricamente validables dado que únicamente las hipótesis verificables mediante prueba pueden ser objeto del proceso penal. De ahí que el juicio constituya básicamente un proceso de adquisición de conocimiento sobre los hechos referidos por las partes como fundamento de sus pretensiones de tutela jurídica. La característica jurídica es que constituyan datos que integran la imputación penal y que, por lo tanto, formen parte del injusto culpable cuya pertenencia jurídica se atribuye al acusado. Si, conforme a la teoría del delito acorde con la visión finalista de la acción —de presencia mayoritaria en la doctrina y en la jurisprudencia— el injusto viene conformado por una dimensión objetiva y otra subjetiva, una estructuración coherente de la sentencia exige que su juicio histórico describa la totalidad de los hechos, objetivos y subjetivos, que conforman la conducta cuya relevancia típica se postula (así, STS 665/2006, de 19 de junio). El elemento subjetivo, como parte de la “cara interna de la conducta”, es un rasgo integrante de la misma, que, así, contribuye decisivamente a configurarla tal y como efectivamente acontece en la realidad. Es, pues, un dato empírico que forma parte de aquella y, consiguientemente, de esta última, cuya concurrencia debe probarse con recursos cognoscitivos de idéntica naturaleza que los empleados en relación con cualquier otro elemento de relevancia fáctica. Por tanto, la declaración probatoria precisa los hechos que

son relevantes para la subsunción típica, sean subjetivos u objetivos, pues todos ellos constituyen elementos integrantes del injusto penal. En palabras de la STS 767/2008, de 18 de noviembre: el ánimo o finalidad del agente no encierra una proposición valorativa, sino simplemente asertiva, mediante la que se afirma un hecho¹. Cuestión distinta es que, salvo los casos de admisión autoinculpatória en sede judicial, la acreditación de los datos subjetivos deba realizarse acudiendo a la denominada prueba indiciaria o contextual, mediante la inferencia lógica y concluyente proveniente de plurales hechos bases o indicios probados que confluyen de forma inequívoca en la verosimilitud de la imputación (por todas, STS 690/2013, de 24 de julio).

Perfilados los hechos aportados por las partes, la actividad jurisdiccional persigue tres objetivos:

- Determinar qué información aportada al proceso, en sus diversas fases, constituye prueba.
- Deslindar si el conocimiento calificado como prueba es compatible, en su obtención e incorporación, con las exigencias del orden jurídico, y, finalmente.
- Ponderar si la información calificada como prueba y validada como compatible con el orden jurídico es idónea para fundar un juicio de culpabilidad.

2.2. La función de la prueba

El proceso penal hasta el momento de la sentencia es un espacio en el que se aportan informaciones procedentes de diversas fuentes que tienen como referente un suceso factual dotado de apariencia delictiva que se imputa a una o varias personas. La primera tarea es deslindar qué información puede ser catalogada como prueba. La premisa conceptual de este análisis selectivo es la definición de la prueba como medio de adquisición de conocimiento para la determinación de la veracidad de los hechos enjuiciados. La función de la prueba es, por tanto, demostrativa o cognoscitiva (GUZMÁN FLUJÁ, 2006: 37) y su finalidad es reconstruir lo ocurrido en el pasado a través de

¹ No es esta, sin embargo, una doctrina pacífica. Así la STS 887/2009, de 16 de septiembre indica que el elemento subjetivo del delito, es decir, lo que el acusado sabe, conoce, piensa, desea o persigue no es un hecho del mundo exterior perceptible por los sentidos, y por lo tanto, no existe obligación de incluirlo en la declaración de "hechos probados" de la sentencia. Ello no significa que tan esencial elemento del tipo no tenga que estar acreditado, pero esa acreditación se lleva a cabo mediante un juicio de inferencia que realizan los jueces a partir de los datos fácticos probados que figuran en el relato histórico de la sentencia y que se exponen en la fundamentación jurídica de la misma al motivar la subsunción jurídica en el tipo penal aplicado. Con un criterio ecléctico la STS 103/2008 indica que no es indispensable que el elemento subjetivo del delito se incluya en la resultancia de Hechos Probados, aunque tampoco es obligado no incluirlo en este apartado de la sentencia al tratarse de un "hecho de naturaleza subjetiva".

disímiles fuentes de conocimiento (GIMÉNEZ, 2006: 75). La atribución por el juez del calificativo de prueba a una información aportada al procedimiento depende de la existencia de una petición al respecto de una de las partes procesales (contexto subjetivo) y de que el aporte se realice en un marco específico (contexto objetivo). La premisa inicial es que una de las partes pretenda valerse de la información para validar la hipótesis de hecho que ofrece (así, artículo 728 LECrim²). Sin embargo, no es suficiente la voluntad de una de las partes para calificar a una información como prueba. Es necesario además que el conocimiento se aporte en un contexto constitucional presidido por las notas de inmediación³, contradicción⁴,

2 El artículo referido dispone que no podrán practicarse otras diligencias de prueba que las propuestas por las partes. Es cierto que el precepto siguiente atribuye una iniciativa probatoria al Juez o Tribunal pero la misma debe ser ejercida con suma cautela por el órgano jurisdiccional para evitar ver comprometida su imparcialidad (véase a este respecto las SSTC 188/2000 y 334/2005).

3 La inmediación es un medio de adquisición del conocimiento que tiene una dimensión formal y otra material. En el plano formal, se exige una relación sin mediación con las fuentes de prueba: el juez debe percibir directamente al acusado, al testigo y al perito. En el plano material, se precisa la elaboración del juicio histórico con los datos cognitivos ofrecidos por las fuentes de prueba directamente percibidas.

En este sentido constituye doctrina constitucional reiterada (por todas, STC 10/2007, de 15 de enero) la que menta que solo pueden considerarse verdaderas pruebas aptas para desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia y fundar la declaración de culpabilidad las practicadas en el acto de juicio oral que se desarrolla ante el Juez o Tribunal ha que de dictar sentencia, de tal forma que la convicción del juzgador sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo con los medios de prueba aportados por las partes. La inmediación se ofrece como una garantía de corrección que evita los riesgos de valoración inadecuada procedentes de la intermediación entre la prueba y el órgano de valoración, que, en las pruebas personales, permite acceder a la totalidad de los aspectos comunicativos verbales y los aspectos comunicativos no verbales (así, SSTC 120/2009, de 18 de mayo y 2/2010, de 11 de enero).

4 La contradicción es la facultad de sostener lo contrario de lo que otro afirma; por lo que, en términos procesales, contradictorio es el proceso en el que se reconoce a las partes el derecho de interlocución en condiciones de igualdad sobre los temas objeto de la decisión. De este modo, existe contradicción en el proceso en el que se brinda la posibilidad real de efectuar un control intersubjetivo de las afirmaciones probatorias, a quienes puedan resultar afectados por ellas. De esta manera, el derecho a la contradicción se satisface normalmente mediante el reconocimiento de la posibilidad real de interlocución directa del acusado (normalmente a través de su defensa) con el testigo que le inculpe en los momentos del trámite en el que este fuera interrogado, y, esencialmente, en el acto del juicio. Pero, como es razonable admitir que la observancia de esta regla se halla sujeta a imponderables, la generalidad de las legislaciones entienden que cuando la misma no pudiera ser cumplida en sus términos ideales, sería necesario, al menos, que la defensa del inculcado hubiese podido interrogar directamente a quien es fuente de la inculpación, siquiera una vez en el curso de la causa.

publicidad⁵ y oralidad⁶. Este escenario es el juicio oral, siendo el fundamento de esta exigencia la necesidad de que la convicción judicial se asiente en una información que pueda ser cuestionada por aquel a quien perjudica (garantía de contradicción), se ofrezca en un ámbito permeable al control democrático por la sociedad (garantías de publicidad y oralidad) y sea directamente percibida por quien decide (garantía de inmediación). Cabe, sin embargo, que de, forma excepcional, conformen el cuadro probatorio informaciones obtenidas antes del juicio oral. Ello acaecerá en las siguientes situaciones:

- Prueba anticipada, cuando existan razones fundadas para creer que el testigo o víctima pueda no comparecer en el juicio, por riesgo de fallecimiento, incapacidad física o intelectual o ausencia de la Península o por cualquier otro motivo justificado, fundamentalmente el alto riesgo de una grave victimización secundaria (artículos 433, 448, 777.2 y 797.2 LECrim). En estos casos, la declaración del testigo o víctima se emitirá en presencia del juez instructor, del acusado y su abogado y, si quisieran participar, del Ministerio Fiscal y el resto de Acusaciones. Su documentación se realizará en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen o por medio de acta autorizada por el secretario judicial, siendo preciso, para su inserción en el cuadro probatorio, que en el juicio oral se procede a la reproducción de la grabación o la lectura literal de la diligencia (artículos 777.2 y 797.2 LECrim).

5 La publicidad permite el control y la crítica social sobre la decisión judicial. Por ello, con carácter general, el debate probatorio será público, tal y como establecen los artículos 120.1 CE y 680 de la LECrim. En todo caso, se contemplan excepciones a este principio. Así, el artículo 232.2 LOPJ estipula que, excepcionalmente, por razones de orden público y de protección de los derechos y libertades, los Jueces y Tribunales, mediante resolución motivada, podrán limitar el ámbito de la publicidad y acordar el carácter secreto de todas o parte de las actuaciones. En la misma línea, el artículo 680 LECrim disciplina que los debates del juicio oral son públicos. No obstante ello, el artículo 681 LECrim dispone que el Tribunal, podrá acordar que todos o alguno de los actos o las sesiones del juicio se celebren a puerta cerrada, cuando así lo exijan razones de seguridad u orden público, o la adecuada protección de los derechos fundamentales de los intervinientes, en particular, el derecho a la intimidad de la víctima el respeto debido a la misma o a su familia, o resulte necesario para evitar a las víctimas perjuicios relevantes que, de otro modo, podrían derivar del desarrollo ordinario del proceso.. Finalmente el artículo 15.5 de la Ley 35/1995, de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual, dispone que el Ministerio Fiscal puede solicitar, para preservar la privacidad de las víctimas, la celebración del juicio oral a puerta cerrada, de conformidad con lo previsto en la legislación procesal.

6 La oralidad precisa que las declaraciones de ciencia o conocimiento que provengan de las fuentes de prueba personales (imputado, testigo, peritos) serán verbales, sin perjuicio de su documentación, a efectos de constancia, en el acta. El artículo 120.2 CE establece que el procedimiento será predominantemente oral, sobre todo en materia criminal. A estos efectos, tal y como establece el artículo 229.2 LOPJ, las declaraciones, interrogatorios, testimonios, careos, exploraciones, informes, ratificación de las periciales y vistas, se llevarán a efecto ante juez o tribunal con presencia o intervención, en su caso, de las partes y en audiencia pública, salvo lo dispuesto en la ley.

- Prueba no practicada en el juicio oral por causas independientes de la voluntad de las partes. Se trata de supuestos en los que la fuente de prueba (testigo, víctima) no está disponible por haber fallecido, residir en el extranjero o encontrarse en paradero desconocido. En estos casos, el artículo 730 LECrim disciplina que pueda leerse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario⁷, sin abarcar las policiales pues solo la presencia de un juez es capaz de generar actos de prueba (así, STS 1043/2009, de 28 de octubre).
- Prueba contradictoria de la misma fuente de prueba, hipótesis presente cuando la fuente de prueba declara en el juicio oral de manera no conforme en lo sustancial con la prestada en el sumario. En este caso, según indica el artículo 714 LECrim, una parte puede pedir la lectura de la declaración sumarial para que el tribunal inquiere a la fuente por las razones de la diferencia o contradicción que entre sus declaraciones se observe. De esa forma se podrá analizar la credibilidad de lo manifestado por la fuente de prueba⁸.

7 La calificación como prueba de las declaraciones sumariales precisa que se hayan respetado los derechos de defensa, dando al acusado una ocasión adecuada y suficiente de contestar los testimonios de cargo e interrogar a su autor bien cuando se prestan bien con posterioridad. En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (SSTEDH de 20 de noviembre de 1989 —caso Kostovski—, 15 de junio de 1992 —caso Lüdi— y 23 de abril de 1997 —caso Van Mechelen y otros—) ha declarado que la incorporación al proceso de declaraciones que han tenido lugar en fase de instrucción no lesiona los derechos reconocidos en los párrafos 3 d) y 1 del art. 6 CEDH, siempre que existe una causa legítima que impida la declaración en el juicio oral, y que se hayan respetado los derechos de defensa del acusado. Por ello indica (STEDH de 27 de febrero de 2001 —caso Lucá—) que los derechos de defensa se restringen de forma incompatible con las garantías del art. 6 cuando una condena se funda exclusivamente o de forma determinante en declaraciones hechas por una persona que el acusado no ha podido interrogar o hacer interrogar ni en la fase de instrucción ni durante el plenario. En la misma línea señalan la STSS 1376/2005, de 17 de noviembre, 315/2008, de 30 de mayo, y 64/2015, de 13 de febrero que el derecho de defensa exige que el letrado del inculcado haya podido interrogar directamente a quien es fuente de la inculpación, siquiera una vez en el curso de la causa. De forma más matizada la STS 1028/2013, de uno de diciembre, afirma que los déficits de contradicción en la producción de la prueba no conlleva, de forma necesaria, su imposible utilización, pues, atendiendo a las circunstancias de cada proceso, la equidad del mismo puede garantizarse aplicando estándares más rigurosos en su valoración.

8 En sentido estricto el precepto legitima para ponderar la fiabilidad de lo expuesto en el juicio por un testigo que, en aspectos significativos de su relato, ofrece datos contradictorios. Por lo tanto, tal y como señala la STS 260/2012, de 4 de abril, el precepto permite utilizar como elemento de contraste para evaluar la atendibilidad de lo manifestado en el juicio lo anteriormente declarado en sede judicial por el mismo testigo. Sin embargo, la doctrina del Tribunal Constitucional (por todas, SSTC 16/2009, de 26 de enero y 33/2015, de 2 de marzo) y la jurisprudencia del Tribunal Supremo (así, STS1142/2009, de 24 de noviembre) admite el tribunal pueda otorgar prevalencia para fundar su convicción a la prueba practicada en la fase de instrucción sobre la realizada en el plenario, caso de discrepancia entre ambas, siempre que aquella se halla practicado judicialmente con las debidas garantías y se halla sometido a efectiva contradicción en el acto del juicio oral.

2.3. La validez de la prueba

Deslindada la información que es calificada como prueba, es preciso constatar si la misma ha sido obtenida y practicada en los términos descritos en el orden jurídico. Tiene, por tanto, que resolver si la prueba es válida pues lo antijurídico no puede servir a lo jurídico. En todo caso, la disímil entidad de lo ilícito permite distinguir la prueba prohibida y la prueba ilícita. La prueba prohibida es la que surge con violación de las normas constitucionales que reconocen los derechos fundamentales de una persona. En tal concepto tiene cabida la prueba que se obtiene:

- Vulnerando determinadas garantías constitucionales: las implementadas para preservar la intimidad personal y familiar (artículo 18.1 CE), garantizar la inviolabilidad del domicilio (artículo 18.2 CE) y tutelar el secreto de las comunicaciones (artículo 18.3 CE).
- Lesionando derechos constitucionales: los previstos para hacer efectivo el derecho de defensa (artículos 24.1 y 2 CE).
- Utilizando medios que la Constitución prohíbe: por ejemplo, obtener una confesión o una información empleado la tortura o cualquier trato inhumano o denigrante (artículo 15 CE).

La prueba ilícita es la que infringe cualquier ley que regula el modo y manera de obtener una fuente de prueba o de aportarla al juicio. Así, por ejemplo, la presencia del Secretario Judicial en las entradas y registros domiciliarios, cuya regulación se encuentra en el artículo 569 LECrim.

Las pruebas prohibidas y las pruebas ilícitas tienen un efecto común: la interdicción de su valoración. La prueba prohibida tiene, a su vez, un efecto adicional: la posible extensión de la prohibición de valoración a la denominada prueba derivada, prueba intrínsecamente válida a la que se ha llegado, sin embargo, a través del conocimiento ofrecido por la prueba prohibida. La justificación de la eficacia refleja de la prueba prohibida se encuentra en el hecho de que permitir el aprovechamiento indirecto de la prueba prohibida vaciaría de contenido a la interdicción de valorar las pruebas que vulneran las reglas o garantías constitucionales y privaría de todo efecto disuasor de las conductas anticonstitucionales en los agentes encargados de la investigación criminal (LÓPEZ BARJA, 2006: 4). Conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional (por todas, STC 133/1995, de 25 de septiembre) el tratamiento de la ilicitud probatoria es dual. La ineficacia prevista en el artículo 11.1 LOPJ tiene como referente exclusivo la obtención de fuentes de prueba que vulneran la regulación constitucional de los derechos o libertades fundamentales. Si la infracción se produce en el momento de la incorporación de la fuente de prueba al proceso (trámite de admisión y práctica) o afecta a las normas legales de desarrollo de los derechos o libertades fundamentales en su obtención, la ilicitud se canaliza por la vía prevista en el artículo 238.3 LOPJ: nulidad de los actos procesales que han causado indefensión. Este disímil tratamiento normativo

tiene relevantes consecuencias prácticas: si se aplica el régimen específico previsto en el artículo 11.1 LOPJ la ineficacia de la prueba ilícita conlleva la exclusión de las pruebas derivadas (con las matizaciones que analizaremos a continuación); si, por el contrario, se aplica el régimen general diseñado en el artículo 238.3 LOPJ la ineficacia probatoria se circunscribe al acto nulo sin extenderse a los actos derivados o reflejos.

El punto discutible es, por lo tanto, la extensión del denominado efecto reflejo: si la prohibición de valoración se extiende a las pruebas lícitas obtenidas a partir de la prueba prohibida. Inicialmente, el Tribunal Constitucional, desde la STC 114/1984, de 29 de noviembre, asumió una doctrina causalista o naturalista de la prueba refleja: bastaba la existencia de una conexión natural, causal o fáctica entre la prueba ilícita y la derivada para que la sanción de invalidez se extendiera de la prueba ilícita originaria a la prueba derivada. Sin embargo, a partir de la STC 81/1988, de 2 de abril, la doctrina constitucional sustituye la teoría naturalística (la prohibición de valoración se extiende a todas las pruebas que derivan de las pruebas ilícitas) por la teoría de la imputación objetiva en el campo probatorio (es preciso, para extender la prohibición de valoración a las pruebas derivadas o reflejas, que el riesgo jurídico creado por la prueba prohibida se materialice en el resultado alcanzado con la prueba refleja). Por lo tanto, la nulidad constitucional de una prueba en el proceso no impide la acreditación de los extremos penalmente relevantes mediante otros medios de prueba que pueden considerarse jurídicamente independientes de la prueba contaminada, aun cuando estuvieran ligados a ella en el plano de la causalidad material. La extensión de la nulidad a la prueba intrínsecamente lícita precisa la concurrencia de la denominada conexión de antijuridicidad, es decir, una relación entre ambos medios de prueba lo suficientemente fuerte que permita estimar que la ilicitud originaria de las primeras trasciende a las segundas, hasta el punto de provocar la extensión del efecto invalidante. Para precisar si la conexión de antijuridicidad existe hay que analizar la índole y características de la vulneración del derecho materializada en la prueba originaria, así como su resultado, con el fin de determinar si, desde un punto de vista interno, su inconstitucionalidad se transmite o no la prueba obtenida por derivación de aquella; pero también hay que considerar, desde una perspectiva externa, las necesidades esenciales de tutela que la realidad y efectividad del derecho exigen. Sólo si las dos perspectivas convergen se podrá entender que la apreciación de la prueba refleja es constitucionalmente ilegítima. En otras palabras: solo si la prueba refleja resulta jurídicamente ajena a la vulneración del derecho y la prohibición de valorarla no viene exigida por las necesidades de tutela del mismo cabrá entender que su efectiva apreciación no es constitucionalmente ilegítima⁹.

9 La STC 66/2009, de 9 de marzo, indica que la valoración en juicio de pruebas que pudieran estar conectadas con otras obtenidas con vulneración de derechos fundamentales sustantivos requie-

Si se atiende al fundamento de la novación, esta evolución constituye una sustitución del modelo probatorio basado en el paradigma garantista por una concepción funcional o pragmática aliada con un modelo de seguridad que se asienta en la eficiencia del proceso penal. Así, en la STC 114/1984, de 29 de noviembre, el fundamento de la conexión natural radicaba en el respeto a la dignidad de la persona y en la condición de inviolables de los derechos fundamentales. Ulteriormente se residenció en las necesidades específicas de protección del bien jurídico afectado por la vulneración (STC 81/1988, de 2 de abril) para, finalmente, construirlo en torno a una dinámica estrictamente disuasoria (STC 22/2003, de 10 de febrero).

Esta funcionalización del discurso probatorio justifica que, además de en la doctrina (ASENSIO MELLADO, 2009: 97), en el orden jurisdiccional se haya manifestado que la teoría de la conexión de antijuridicidad supone una reformulación del artículo 11.1 de la LOPJ, construyendo una artificiosa distinción de dos cursos causales: el jurídico y el natural o real¹⁰.

En el ámbito de esta conexión de antijuridicidad deben realizarse determinadas precisiones respecto a la declaración del acusado. Su validez jurídica no puede hacerse depender de los motivos internos del confesante, sino de las condiciones externas y objetivas de su obtención. Desde esta perspectiva, el análisis de la conexión de antijuridicidad entre el conocimiento obtenido con la prueba nula y el derivado de la declaración autoinculpatoria tiene las siguientes premisas:

- Al imputado se le reconoce constitucionalmente el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.
- Las garantías referidas tratan de conformar un espacio dúctil a la espontaneidad y voluntariedad de la declaración¹¹.

re un análisis a dos niveles: en primer lugar, ha de analizarse si existe o no conexión causal entre ambas pruebas, conexión que constituye el presupuesto para poder hablar de una prueba derivada; en segundo lugar, existente la vinculación natural referida, ha de verificarse si concurre una conexión de antijuridicidad que permita concluir que la prueba prohibida contamina a la prueba derivada, de suerte que si las pruebas incriminatorias —las derivadas— tuvieran una causa exógena a la vulneración del derecho fundamental presente en la prueba prohibida su validez y consiguiente posibilidad de valoración a efectos de enervar la presunción de inocencia sería indiscutible. En el mismo sentido la STS 1183/2009, de 1 de diciembre, señala que hay que diferenciar entre las pruebas originales nulas y las derivadas de estas ya directa o indirectamente, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 11.1 LOPJ, de aquellas otras independientes y autónomas de la prueba nula y ello porque si bien desde una perspectiva de causalidad material pueden aparecer conectadas con el hecho constitutivo de la vulneración del derecho deben estimarse independientes jurídicamente por proceder de fuentes no contaminadas.

10 Así votos particulares del magistrado D. Perfecto Andrés Ibáñez a la STS 587/2007, de 28 de junio y 551/2008, de 29 de septiembre.

11 La jurisprudencia constitucional (por todas, SSTC 67/2001, de 2 de octubre, y 68/2006, de 13 de marzo) estima que los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable son garantías o derechos instrumentales del genérico derecho de defensa, al que prestan cobertura en su manifestación pasiva, esto es, la que se ejerce precisamente con la inactividad del sujeto

La concurrencia de ambos factores legitima concluir que la libre decisión del acusado de declarar sobre los hechos que se le imputan permite, desde una perspectiva interna, dar por jurídicamente quebrada la conexión causal con el acto ilícito. A su vez, desde la perspectiva externa, esta separación entre el acto ilícito y la voluntaria declaración por efecto de la libre decisión del acusado, atenúa, hasta su desaparición, las necesidades de tutela del derecho fundamental material que justificarían su exclusión probatoria, ya que la admisión voluntaria de los hechos no puede ser considerada un aprovechamiento de la lesión del derecho fundamental. Este discurso asienta la doctrina del Tribunal Constitucional (por todas, SSTC 161/99, de 27 de septiembre, 136/2000, de 29 de mayo y 136/2006, de 29 de mayo) y la jurisprudencia mayoritaria del Tribunal Supremo (por todas, SSTS 351/2008, de 16 de junio, 187/2009, de 3 de marzo, 705/2009, de 30 de junio y 20/2015, de 28 de enero) que consideran que la declaración en sede judicial del imputado, con todas las garantías, asistido de su abogado, debe ser ponderada como prueba autónoma y no derivada, ni por tanto contaminada con la nulidad acordada de las pruebas precedentes. En todo caso, queda por discernir, en cada caso, si la confesión se ha prestado con libertad y garantías de defensa suficientes para estimar que no estén contaminadas, por su grave condicionamiento, por la prueba de valoración prohibida por vulneración de un derecho o garantía constitucional. A este respecto resulta expresiva la STS 1279/2009, de 10 de diciembre cuando sostiene que la confesión es libre y respetuosa con las garantías de defensa cuando “(...) se produce en el juicio oral, porque allí el interesado conoce ya tanto las pruebas de la acusación como las que le asisten, y ha podido formar criterio acerca de la validez de las primeras y asesorarse al respecto, en particular, sobre la posible invalidez de alguna de aquellas y las eventuales consecuencias”. Este contexto no se produce, sin embargo, “(...) cuando se trata de declaraciones policiales y sumariales temporalmente cercanas al hecho, producidas a partir de la realización de una diligencia de investigación o de una prueba connotada de ilegitimidad”. La justificación de este aserto es que, en tales casos, “la propia existencia física del cuerpo del delito ilícitamente obtenido condiciona la declaración del imputado, que tiene, así, que articular su defensa partiendo de datos que en ese momento no se encuentra en situación de cuestionar”.

sobre el que recae o puede recaer una imputación, quien, en consecuencia, puede optar por defenderse en el proceso en la forma que estime más conveniente para sus intereses, sin que, en ningún caso, pueda ser forzado o inducido, bajo constricción o compulsión alguna, a declarar contra sí mismo o a confesarse culpable. Los citados derechos entroncan también con una de las manifestaciones del derecho a la presunción de inocencia: la que sitúa en la acusación la carga de la prueba, carga que no se puede trocar tácticamente haciendo recaer en el imputado la obligación de aportar elementos de prueba que supongan una autoincriminación.

2.4. La valoración de la prueba

El juez, tras constatar qué información tiene el carácter de prueba válida, procede a valorar la misma con un objetivo específico: fundar su convicción respecto a la corroboración o refutación de las propuestas de hecho que integran las hipótesis contrapuestas (acusatoria y exculpatória). A este respecto, el artículo 741 LECrim dispone que el juez o tribunal, apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados, dictará sentencia dentro del término fijado en la ley.

La ponderación de la prueba responde a un modelo constitucional (el derivado de la configuración del Estado como Estado social y democrático de Derecho —artículo 1.3 CE—) en el que el juez tiene que respetar el derecho a la tutela judicial efectiva de las partes (artículo 24.1 CE) y el derecho a la presunción de inocencia del acusado (artículo 24.2 CE). Tiene, consecuentemente, que ofrecer razones válidas, idóneas y suficientes para justificar su decisión de hecho. Y esta cuestión adquiere especial significación en el campo probatorio pues el juicio de hecho es el momento jurisdiccional donde el juez es más soberano y, consecuentemente, puede ser más arbitrario (GASCÓN, 2005: 364). Esta arbitrariedad puede solaparse acudiendo a diversos recursos: atribuyendo a la inmediación una significación que no tiene, transitando de su valor como forma de adquisición de un conocimiento al ámbito inadecuado de un instrumento de valoración del conocimiento obtenido; o bien, efectuando una ponderación fragmentaria del cuadro probatorio, apreciando únicamente determinados medios de prueba, sin mención alguna al resto, lo que debilita el grado de racionalidad de la valoración y de la conclusión probatoria (HERNÁNDEZ, 2009: 62), o, finalmente, confiriendo un valor conjunto a todos los elementos integrantes del cuadro probatorio. Todos estos remedios dibujan el pórtico de entrada del decisionismo probatorio que sustituye lo cognitivo por lo volitivo (un ejemplo paradigmático el contemplado en la STS 451/2015, de 14 de julio, donde el Tribunal justificó la declaración de culpabilidad en la íntima convicción de los integrantes del Tribunal de que lo afirmado por la víctima era fiable).

La motivación de la prueba es, por lo tanto, una exigencia ineludible para garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva de las partes (artículo 24.1 CE). Además, en el proceso penal, es una exigencia inexcusable para que el discurso probatorio de desarrolle en términos compatibles con el derecho a la presunción de inocencia del acusado (artículo 24.2 CE). Y es que el juez no solo tiene que ofrecer razones válidas para justificar su decisión (exigencia de motivación necesaria para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva —artículo 24.1 CE—) sino que, también, las razones vertidas tienen que ser suficientes para justificar una resolución que condene al acusado (deber de

motivación preciso para garantizar el derecho a la presunción de inocencia —artículo 24.2 CE¹²—).

En todo caso la posición de las partes procesales respecto a los hechos conformadores de la imputación penal no es idéntica. En este sentido, la estructuración jurídico-política del Estado conforme a los paradigmas de Estado democrático y de Derecho conlleva, entre otras consecuencias, que el *ius puniendi* se materialice en el seno de un proceso en el que se reconoce al acusado el derecho a la presunción de inocencia. Este derecho supone reconocer la existencia de un punto de partida inicial en el campo factual (se presume que el acusado no ha ejecutado los hechos que se le atribuyen) que solo puede ser quebrado de forma legítima a través de una actividad específica que se inculca a quien acusa (la práctica de prueba de cargo suficiente para afirmar realizados por el acusado los hechos sobre los que se cimienta la pretensión acusadora).

En la sentencia, y de ahí la afirmación de la disímil posición de las partes respecto a los hechos que integran la imputación penal, el derecho a la presunción de inocencia es una regla de juicio que indica al juez cual debe ser el sentido de su decisión cuando no tenga pruebas suficientes para formar su convicción sobre los hechos litigiosos: desestimar la hipótesis acusatoria por falta de validación probatoria. De ahí que el juicio condenatorio se asiente en una convicción sin margen de duda fundada en razones de la culpabilidad del acusado —entendida la culpabilidad en un sentido factual como participación del acusado en la ejecución de los hechos juzgados—. Por lo tanto, es fácil discernir la presencia de dos situaciones disímiles: la ausencia de prueba de cargo que genera un juicio de certeza negativo (no ocurrió el hecho que se imputa al acusado o, de ocurrir, no lo realizó el acusado) y la insuficiencia de la prueba de cargo que provoca un estado de duda fundada sobre la culpabilidad del acusado. Esta última hipótesis es la abarcada por el “in dubio pro reo” y denota una debilidad objetiva de las pruebas que cercena la validación de la hipótesis acusatoria (LÓPEZ ORTEGA, 2009: 113). Por lo tanto, este principio se anuda al derecho a la presunción de inocencia en la vertiente de suficiencia incriminatoria de la prueba de cargo, dando lugar a un mandato específico: no afirmar hecho alguno que pueda dar lugar a un pronunciamiento de culpabilidad si se abrigan dudas fundadas sobre su certeza (así, STS 1115/2009, de 12 de noviembre).

12 La falta de justificación de la valoración de la prueba conlleva un ostensible déficit en el tratamiento de los elementos integrantes del cuadro probatorio. La orfandad justificativa, además de reflejar un modelo de respuesta incompatible con el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE), denota una falta de razones válidas para construir un pronunciamiento de condena, lo que supone una quiebra del derecho fundamental a la presunción de inocencia (así, STS 441/2008, de 10 de julio).

La motivación de la decisión jurisdiccional, por lo tanto, constituye la explicitación de las razones que justifican el juicio de hecho. Es decir, el conjunto de argumentos que permiten presentar las afirmaciones factuales como datos dotados de certidumbre jurídica. Esta labor debe estar presidida por una metodología que se ajuste a las siguientes pautas fundamentales:

- Una descripción del denominado cuadro probatorio (los medios de prueba practicados).
- Una mención a los criterios de valoración utilizados (lógica, conocimientos científicos y máximas de experiencia social).
- Una explicación del rendimiento probatorio conferido a cada medio de prueba.

La primera pauta fija el punto de partida del análisis jurisdiccional: el conformado por la información aportada al juicio que, conforme al orden jurídico vigente, merece el calificativo de prueba válida. La segunda pauta determina los elementos analíticos utilizados para conferir una significación definida al conocimiento ofrecido por cada medio de prueba. La última pauta recoge la argumentación que justifica el sentido y valor conferido a cada medio de prueba.

La ponderación probatoria toma como paradigma axiológico el principio de racionalidad (así, STS 183/2006, de 21 de febrero) cuya vigencia resulta *ad hoc* abrogada cuando el juicio sobre la prueba infringe las reglas de la lógica, se aparta de las máximas de experiencia o no se ajusta a los conocimientos científicos (por todas, STS 439/2006, de 24 de abril). La ponderación, por lo tanto debe estar guiada por una argumentación fundada en las reglas de la lógica y de la ciencia, siendo exigible que el juez siga una metodología racional en la fijación de los hechos controvertidos (GASCÓN, 1999: 161).

La lógica exige examinar los siguientes factores: la razón de ciencia (clase o tipo de percepción) que arguye la fuente de prueba para ofrecer un relato, de modo que sea factible determinar que lo percibido permite narrar lo afirmado; la calidad de la razón de ciencia para trasladar información sugestiva respecto al segmento factual percibido, con especial mención a los factores contextuales —de lugar y tiempo— que pueden influir en la calidad del sistema perceptivo; la persistencia en los aspectos básicos de la narración sin cambios injustificados que permitan sostener con fundamento que existen motivos espurios para seleccionar en cada momento un tipo de relato; la especificidad de la narración vertida y, finalmente, la corroboración de los datos ofrecidos por fuentes de prueba exógenas a la declaración.

Los conocimientos científicos conectan la fiabilidad de los resultados de un dictamen pericial a la concurrencia cumulativa de tres factores: la validez científica del método empleado, la corrección de las técnicas empleadas y la posible validación o refutación de los resultados obtenidos.

Finalmente, las máximas de experiencia comunitaria diseñan un elenco de reglas axiológicas asentadas en modelos de conducta sedimentados, por su habitualidad, en el entramado social.

3. EN ESPECIAL, LA PRUEBA VIDEO-GRÁFICA

3.1. Planteamiento general

La filmación de imágenes (y en su caso sonidos) en los que se recogen sucesos de apariencia delictiva pueden tener un cuádruple origen (SUAREZ QUIÑONES, 2004: 4517): una investigación realizada por miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad; una labor preventiva y disuasoria ejercida por cámaras de seguridad instaladas en edificios o establecimientos públicos o privados; una labor informativa desplegada por periodistas; una tarea profesional privada, o, finalmente, una actividad espontánea realizada por particulares.

Todos ellos pueden constituir medios de prueba hábiles para acreditar los hechos que captan y fijan en un soporte audio-visual (MARTÍNEZ, 2004: 13). Preciso es analizar los requisitos que deben de cumplir para fundar una convicción judicial.

La obtención de la imagen y sonido de una interacción en la que intervienen una o varias personas debe respetar su privacidad¹³, conceptuando como tal la esfera que la persona, de forma autónoma, pergeña para sí misma. Su vinculación a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad —artículo 10.1 CE— es incuestionable

El referente constitucional de la privacidad es el artículo 18 CE que, tal y como ha reseñado pacífica jurisprudencia constitucional (por todas, SSTC 14/2003, de 28 de enero y 159/2009, de 29 de junio), reconoce un elenco de derechos con diferente contenido y finalidad: el derecho a la intimidad personal y familiar, el derecho a la propia imagen, la inviolabilidad del domicilio y el derecho al secreto de las comunicaciones.

Estos derechos no tienen un carácter absoluto, lo que permite injerencias lícitas en los mismos (por todas, SSTC 25/2005, de 14 de febrero, y 206/2007, de 24 de septiembre). Por lo tanto, desde el prisma de la validez de la prueba, es preciso deslindar dos extremos: en primer lugar, el contenido asignable a los derechos fundamentales que pueden ser afectados por la toma videográ-

13 La privacidad es un concepto más extenso que la intimidad. La intimidad protege la esfera en que se desarrollan las facetas más singularmente reservadas de la vida de una persona. La privacidad abarca aquellas facetas que, aisladamente consideradas, pueden carecer de significación intrínseca desde el plano de la individualidad pero que, sistemáticamente enlazadas o engarzadas, arrojan un retrato de la personalidad del individuo que este tiene derecho a mantener reservado.

fica (en concreto, los derechos a la intimidad, a la imagen y a la inviolabilidad del domicilio), lo que permite delimitar sus contornos y perfilar el campo de la no injerencia y, en segundo lugar, los requisitos que deben concurrir para calificar de lícita una injerencia.

El derecho a la intimidad (artículo 18.1 CE) implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana. Se garantiza, por tanto, el secreto sobre la propia esfera de la vida personal, vedando a los terceros, particulares o poderes públicos, decidir sobre los contornos de la vida privada (por todas, SSTC 83/2002, de 22 de abril, y 70/2009, de 23 de marzo), correspondiendo a cada persona acotar el ámbito de la intimidad que reserva al conocimiento ajeno (por todas, STC 241/2012, de 17 de diciembre).

El derecho a la imagen (artículo 18.1 CE) constituye el poder de determinar la información referida a los rasgos físicos personales que puede ser objeto de conocimiento o difusión por parte de terceros. Este bien jurídico se salvaguarda reconociendo a la persona la facultad de evitar la difusión incondicionada de su aspecto físico, ya que constituye el primer elemento configurador de la esfera personal de todo individuo, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su propio reconocimiento como sujeto individual (por todas, SSTC 83/2002, de 22 de abril, 7/2007, de 16 de abril y 176/2013, de 21 de octubre).

El derecho a la inviolabilidad del domicilio protege un ámbito espacial determinado en el que las personas ejercen su libertad más íntima, libres de toda sujeción a usos y convenciones sociales. Este derecho protege tanto el espacio físico en sí mismo considerado como lo que han en él de emanación de la persona y de su esfera privada (por todas, SSTC 189/2004, de 2 de noviembre y 119/2001, de 24 de mayo). Por ello, si el rasgo esencial del domicilio como objeto de protección constitucional es el de constituir un ámbito espacial apto para servir de sede existencial de una persona, es preciso convenir que, en cada caso, lo determinante, para determinar si existe una afectación de la inviolabilidad domiciliaria, es verificar si constituye la morada de una o varias personas. Consecuentemente, el destino o uso constituye el elemento esencial para la delimitación de los espacios constitucionalmente protegidos, de modo que, en principio, son irrelevantes su ubicación, su configuración física, su carácter mueble o inmueble, la existencia o tipo de título jurídico que habilite su uso, o, finalmente, la intensidad y periodicidad con la que se desarrolle la vida privada en el mismo (así, STC 209/2007, de 24 de septiembre). Por domicilio, en definitivo, se entiende cualquier lugar cerrado o acotado del exterior que constituya temporal o accidentalmente la habitación o morada de una persona o familia, y en la que se desarrollan las funciones elementales o íntimas de la vida diaria (así, STS 1165/2009, de 24 de noviembre).

3.2. Las injerencias lícitas

A partir de la delimitación por la jurisprudencia constitucional del contenido asignable a los derechos fundamentales dimanantes de la privacidad¹⁴, es factible inferir que la captación de la imagen y sonido de una persona constituye, en todos los casos, una injerencia en el derecho fundamental a la imagen y determina, según en qué espacios o lugares se obtenga, una inmisión adicional en el derecho fundamental a la intimidad o en el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio. Recientemente el TEDH (caso de la Flor Cabrera c. España de 27 de mayo de 2014) ha tenido ocasión de reiterar que la imagen de una persona es uno de los atributos principales de su personalidad, suponiendo una injerencia en la misma toda captación, grabación y difusión de la misma. Asimismo el citado Tribunal supranacional ha tenido ocasión de señalar que sería sumamente restrictivo limitar la noción de vida privada al círculo íntimo en el que el individuo puede conducir su vida personal a su manera, excluyendo del mismo a terceros. También otros ámbitos, en particular los relacionados con el trabajo o la profesión, son proclives al desarrollo de relaciones interpersonales que pueden constituir manifestaciones de la vida privada (STEDH Von Hannover c. Alemania de 24 de junio de 2004). Partiendo de la premisa, anteriormente reseñada, de que los derechos fundamentales dimanantes de la privacidad no son absolutos, es preciso destacar que el discurso de la limitación justificada de los derechos fundamentales se basa en un argumento vertebral: la inmisión debe obedecer al cumplimiento de un objetivo constitucionalmente relevante (existencia de intereses concurrentes que entran en conflicto) y, además, debe producirse de una forma proporcionada (mediante la satisfacción de los disímiles intereses concurrentes hasta el límite de lo posible). Por tanto, presente el conflicto, la limitación únicamente resulta justificada por la necesidad de alcanzar un objetivo constitucionalmente relevante, en los términos estipulados con suficiente precisión en la ley y siempre y cuando no obstruya el derecho fundamental más allá de lo razonable. Estas premisas justifican un aserto: la mayor intensidad en la injerencia en los derechos fundamentales de las personas justifica la mayor necesidad de contar con un elenco de garantías que eviten su sacrificio más allá de lo necesario y razonable¹⁵. En otras palabras: cuanto mayor sea el sacrificio pretendido, más exigencias se precisan para su limitación.

La obtención de una fuente de prueba de la comisión de un ilícito penal constituye un objetivo dotado de relieve constitucional, en la medida que, con

14 El artículo 5.1 LOPJ estipula que los Jueces y Tribunales interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos.

15 El juicio de estricta proporcionalidad exige que el sacrificio impuesto al derecho fundamental no resulte desmedido en relación con la gravedad de los hechos y la entidad de las sospechas existentes (por todas, SSTC 25/2005, de 14 de febrero, y 206/2007, de 24 de septiembre).

ello, se trata de hacer factible uno de los objetivos encomendados al Estado —a cuya consecución colabora también la comunidad— en materia de seguridad pública¹⁶. Sin embargo, en cada uno de los supuestos reseñados existe una disímil intensidad en el sacrificio de los derechos fundamentales, en la medida que en un caso —obtención de la imagen y sonido en un espacio público donde no se desarrollan hechos ni se ejecutan actividades que pertenecen a la esfera de intimidad de las personas involucradas—¹⁷ existe un sacrificio del derecho a la imagen mientras que en los otros —obtención de la imagen y sonido en espacios privados o íntimos así como en esferas de privacidad que se desarrollan en espacios públicos— se sacrifica, además, el derecho a la intimidad y/o la inviolabilidad del domicilio. Esta disímil intensidad en el sacrificio justifica que pacífica jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas, STS de 6 de mayo de 1993, 21 de mayo de 1994, 18 de diciembre de 1995, 27 de febrero de 1996, 620/1997, de 5 de mayo, 1285/1999, de 15 de septiembre, 1733/2002, 14 de octubre, 299/2006, de 17 de marzo y 413/2012, de uno de junio) haya concluido que es legítima la filmación de escenas presuntamente delictivas que sucedían en vías o espacios públicos¹⁸. Sin embargo, la obtención de las mismas en domicilios¹⁹ u otros lugares privados similares (tales

16 La jurisprudencia constitucional ha calificado como fin constitucionalmente legítimo la investigación de un delito y la determinación de hechos relevantes para el proceso penal (por todas, STC 206/2007, de 24 de septiembre).

17 Entendemos que existen esferas de intimidad en espacios públicos que deben ser protegidos. Paradigmática, resulta, al efecto, la STS 620/1997, de 5 de mayo. El supuesto se describe en el fundamento jurídico tercero: el debate, indica la sentencia, se centra en determinar si, por razón del lugar en que se realiza la grabación (zonas comunes o distribuidor de los servicios higiénicos de un parque público) se ha producido o no una proscrita invasión del Derecho a la Intimidad y, consecuentemente, si el contenido de las imágenes así obtenidas ha quedado o no privado de potencialidad probatoria de signo inculpatório. La respuesta del Tribunal se sintetiza en el siguiente argumento: el ámbito del Derecho a la Intimidad —cuya invasión exige una autorización judicial— no debe extenderse a la zona común o de distribución en la que se encuentran situados los lavabos de los servicios públicos del parque, sino únicamente a los habitáculos cerrados en los que se encuentran los inodoros y a los que se accede desde dicha zona común después de traspasar una puerta.

18 Cuando la filmación es realizada por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado su legitimidad se asienta en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado que, entre otras tareas, encomiendan a los cuerpos policiales la investigación de los delitos y el descubrimiento de sus autores. Este fundamento justifica el reenvío normativo contenido en el artículo 2.3 del Real Decreto 596/1999, de 16 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo y ejecución de la Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto, por la que se regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos. El referido precepto dispone que las unidades de Policía Judicial reguladas en la legislación de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, cuando, en el desempeño de funciones de policía judicial en sentido estricto, realicen captaciones de imágenes y sonidos mediante videocámaras, se regirán por la Ley de Enjuiciamiento Criminal y por su normativa específica.

19 La protección constitucional de la inviolabilidad del domicilio impone que dicho espacio vital esté exento de toda injerencia o invasión externa, incluidas las que pueden realizarse sin penetración física en el mismo, acudiendo a aparatos mecánicos, electrónicos u otros análogos. Las SSTS 453/1997, de 15 de abril, y 188/1999, de 15 de febrero, estimaron que es válida la filmación, sin autorización judicial de ventanas de edificios desde los que sus moradores desarrollaban

como reservados de los aseos —así ATS de 11 de enero de 2007—, vestuarios) precisa del consentimiento de las personas afectadas²⁰ o la existencia de una resolución judicial habilitante²¹. Esta diversificación de tratamientos en atención a la intensidad del sacrificio pretendido se encuentra presente, también, en el artículo 6.5 de la Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto, que exige el consentimiento del titular del derecho o la autorización judicial para la toma de imágenes y sonidos del interior de las viviendas o de sus vestíbulos o de lugares públicos, abiertos o cerrados, cuando, en este último caso, se afecte de forma directa y grave a la intimidad de las personas, así como para grabar conversaciones de naturaleza privada²². De forma concluyente, la STS 433/2012, de uno de junio traslada que no estarían autorizados, sin el oportuno plázet judicial, aquellos medios de captación de la imagen o del sonido que filmaran escenas en el interior del domicilio prevaleciendo de los adelantos y posibilidades técnicas de estos aparatos grabadores, aun cuando la captación tuviera lugar desde emplazamientos alejados del recinto domiciliario, ni tampoco puede autorizarse la instalación de cámaras en lugares destinados a actividades donde se requiere la intimidad como las zonas de aseo.

Además, en todos los casos referidos, la filmación debe respetar las exigencias del principio de proporcionalidad. Para ello debe de cumplir tres condiciones: que la medida sea susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); que, además, sea necesaria al no existir otro recurso menos aflictivo para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad), y, finalmente, que la misma sea ponderada o equilibrada, por

sus actividades delictivas. El argumento es que la autorización judicial es necesaria cuando es imprescindible vencer un obstáculo que haya sido predispuesto para salvaguardar la intimidad, no siendo en cambio preciso el "Placet" judicial para ver lo que el titular de la vivienda no quiere ocultar a los demás. Consecuentemente, de forma discutible, se legitima la injerencia domiciliaria basándose en un consentimiento tácito derivado de una conducta concluyente.

- 20 La autodeterminación volitiva exige que el consentimiento sea válido, lo que precisa que la persona que lo emita debe ser el morador- sea capaz y que la declaración de voluntad que formule no esté viciada por error, violencia, intimidación o engaño. Si, además, el interesado está detenido es preciso que la prestación del consentimiento se haga en presencia de Letrado (así, STS 1467/2009, de 30 de noviembre).
- 21 De ahí que la STS 968/1998, de 17 de julio, concluya que la legitimidad de la filmación video-gráfica requiera que el juez verifique que la captación de las imágenes se efectuó con el debido respeto a la intimidad personal y a la inviolabilidad domiciliaria, pues si la filmación merece un juicio desfavorable a la luz de los citados derechos fundamentales, su valoración probatoria está prohibida ex artículo 11 LOPJ. La resolución judicial debe estar motivada, lo que exige una explicitación de los datos o hechos objetivos que constituyan indicios de la comisión del delito y de la conexión de las personas investigadas con el mismo, así como una información cumplida de la necesidad de irrumpir en un domicilio para obtener fuentes de prueba del hecho y su autoría.
- 22 El artículo dispone que "No se podrán utilizar videocámaras para tomar imágenes ni sonidos del interior de las viviendas, ni de sus vestíbulos, salvo consentimiento del titular o autorización judicial, ni de los lugares incluidos en el artículo 1 de esta Ley cuando se afecte de forma directa y grave a la intimidad de las personas, así como tampoco para grabar conversaciones de naturaleza estrictamente privada. Las imágenes y sonidos obtenidos accidentalmente en estos casos deberán ser destruidas inmediatamente, por quien tenga la responsabilidad de su custodia".

derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto). Corresponde al órgano judicial, que tiene que verificar la validez de la fuente de prueba, plasmar el juicio de ponderación entre el derecho fundamental afectado y el interés constitucionalmente protegido y perseguido (así, SSTS 25/2005, de 14 de febrero, y 70/2009, de 23 de marzo).

Se trata, en definitiva, de obtener la máxima satisfacción posible de los intereses o valores en conflicto. Por ello, a mayor nivel de injerencia en el derecho a la privacidad de una persona —en cualquiera de sus manifestaciones— mayor necesidad de cumplir determinadas exigencias o imperativos. De ahí que la filmación en espacios en los que se desarrolla actividades íntimas (el domicilio o lugares equiparables, como aseos o vestuarios) precise más exigencias (un objetivo público relevante, una previsión legal, una autorización judicial o un consentimiento válido del afectado) que la captación de la imagen y sonido en lugares en los que existen actos privados pero no íntimos (sitios públicos) que precisan un nivel menor de requisitos de validez (un objetivo público relevante y una previsión legal).

3.3. Su valoración como prueba

La obtención de la fuente de prueba video-gráfica en términos compatibles con la vigencia de los derechos a la privacidad de las personas constituye la premisa necesaria para su consideración como medio de prueba. Para obtener esta última cualidad jurídica se precisa, además, que el soporte sea auténtico —sin manipulación o alteración alguna— y se incorpore al cuadro probatorio en términos compatibles con el derecho al proceso con todas las garantías (artículo 24.2 CE). Finalmente, su evaluación como prueba idónea para validar la hipótesis acusatoria exige que contenga la calidad informativa precisa para obtener un conocimiento definido de lo acontecido, de forma que pueda concluirse, en sintonía con el contenido del derecho a la presunción de inocencia (artículo 24.2 CE), que el acusado es, sin duda razonable, culpable del hecho que se le atribuye.

La autenticidad del soporte requiere que su puesta a disposición judicial sea inmediata, que se trate del soporte original de las imágenes y que lo incorporado contenga la integridad de lo filmado (así, las SSTS 968/1998, de 17 de julio, 828/1999, de 19 de mayo, y 124/2014, de 3 de febrero). Explícito es, respecto a la filmación por alguna de las videocámaras fijas o móviles reguladas en la referida norma, el artículo 7 de la LO 4/1997, de 4 de agosto cuando dispone que si la grabación captara la comisión de hechos que pudieran ser constitutivos de ilícitos penales, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad pondrán la cinta o soporte original de las imágenes y sonidos en su integridad a disposición judicial con la mayor inmediatez posible y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas desde su grabación. De no ser posible redactar el atestado en tal plazo, se

entregará la grabación y se efectuará un relato verbal de los hechos a la autoridad judicial o al Ministerio Fiscal. La razón de este precepto radica en un argumento contenido en la STS 620/1997, de 5 de mayo, anterior a la promulgación de la Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto: garantizar su valor probatorio a base de adoptar medidas de control dirigidas a evitar la mixtificación de la película a partir de una sustitución espuria la producida como por el intercambio de voces, palabras o imágenes para lograr un conjunto diferente al real (montaje).

La inserción en el cuadro probatorio requiere que la aportación sea respetuosa con las garantías de contradicción, intermediación, publicidad y oralidad, lo que exige que la filmación sea visualizada en el juicio oral (así, entre otras, 620/1997, 5 de mayo, 968/1998, de 17 de julio, 828/1999, de 19 de mayo, 1285/1999, de 15 de septiembre, 67/2014, de 28 de enero o 124/2014 de 3 de febrero).

El rendimiento probatorio se vincula a la calidad técnica de lo filmado, la concreción espacio-temporal de la imagen y sonido captado por la grabación²³ y, finalmente, la sugestividad del fragmento secuencial captado²⁴, así como, en su caso, a la especificidad de la narración, respecto al segmento factual fijado por la cámara, ofrecida por las personas que aparecen en la imagen y, de existir, vertida, también, por el operador que captó las mismas²⁵.

23 La STS 828/2009, de 19 de mayo, priva de calidad incriminatoria a una cinta videográfica que no determina el momento en que se recoge la imagen del rostro del acusado no que impide inferir, de forma concluyente, que captaran el momento en el que el cajero automático retenía la tarjeta que había sido sustraída a la víctima del robo.

24 La STS 61/2000, de 27 de enero, priva de suficiencia incriminatoria al informe pericial realizado por la Sección de Antropología del Servicio Central de Analítica de la Comisaría General de la Policía Científica, en el que se efectuaba un estudio fisionómico comparativo entre la fotografía del asalto a una entidad bancaria, en el que aparecía una persona con peluca y gafas, y la fotografía de la reseña policial del recurrente. En el dictamen se concluía que se trataba de la misma persona dadas las identidades presentes en las cejas, nariz, boca y mentón y la ausencia de discrepancias morfológicas. La inidoneidad probatoria declarada se asienta en dos premisas: la distancia temporal entre la fotografía indubitada de contraste —obtenida en el año 1990— y el fotograma de asalto a la entidad bancaria —obtenido de una imagen captada en el año 1997— y la existencia de similitudes en la fisonomía de un espectro más o menos amplio de personas, dado que, salvo especificidades muy definidas, las partes del rostro de una persona no son irrepetibles, lo que permite la presencia de grupos de personas con rasgos similares.

25 La STS 828/2009, de 19 de mayo, indica que cuando la película haya sido filmada por una persona será precisa la comparecencia en el juicio oral del operador que obtuvo las imágenes en tanto que el cámara tuvo una percepción directa de los hechos en el mismo momento en que ocurrían. Reseña, además, que este requisito no será exigible, naturalmente, en el caso de que la cinta videográfica no haya sido filmada por una persona, sino por las cámaras de seguridad de las entidades que, por prescripción legal, o por iniciativa propia, disponen de esos medios técnicos que graban de una manera automática las incidencias que suceden en su campo de acción. Sin embargo, el ATS de 11 de enero de 2007 confiere a la grabación el carácter de documento electrónico "cuya unión a los autos habilita al Juzgador para valorarla, al menos, como pieza de convicción, de conformidad con el artículo 726 LECrim". A nuestro juicio, la calificación de la grabación videográfica como prueba requiere su visionado en el acto de juicio oral sin que, de forma necesaria, su suficiencia probatoria venga vinculada al testimonio, en el caso de imágenes captadas por un policía o un particular, de quien las obtuvo. El juicio de certeza podrá

4. A MODO DE CONCLUSIÓN

La idoneidad probatoria de las captaciones y grabaciones de la imagen y sonido de un hecho de apariencia delictiva es el resultado de cuatro análisis sucesivos:

- La obtención de la prueba en términos compatibles con los derechos fundamentales que protegen la privacidad de las personas (artículos 18.1, 2 y 3 CE).
- La aportación del soporte en el que se contiene la grabación de forma respetuosa con el derecho a un proceso con todas las garantías (artículo 24.2 CE).
- La reproducción de lo grabado en el soporte en el juicio oral y, finalmente,
- La ponderación de su contenido en términos conciliables con los derechos a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) y la presunción de inocencia del acusado (artículo 24.2 CE), lo que precisa que las razones que justifican la condena sean válidas y suficientes para declarar la culpabilidad.

asentarse en la grabación videográfica si se cumplen los requisitos que garantizan su autenticidad e integridad y, además, ostenta la calidad técnica y la especificidad narrativa suficiente para justificar un rendimiento probatorio concluyente.

INTIMIDAD, PROTECCIÓN DE DATOS Y VIDEOVIGILANCIA *

Ignacio Villaverde Menéndez

Profesor Titular de Derecho Constitucional
Secretario General de la Universidad de Oviedo

SUMARIO: 1. Consideraciones generales. 2. Algunas consideraciones imprescindibles sobre el contenido constitucional de los derechos de la privacidad. 3. Las líneas maestras de la protección de datos. Calidad de los datos y principios generales de su protección. 4. Los derechos de los interesados. 5. Algunas consideraciones finales.

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Existe la tendencia a creer que en cierto sentido el derecho a la intimidad y a la protección de los datos personales pondrá orden al voraz deseo del ser humano por escudriñar en la vida de los demás. Esto es así en la medida en que el derecho a la intimidad y a la protección de datos personales es el escudo del que se valen los seres humanos para defenderse de la curiosidad ajena. De ello no debe caber duda en los tiempos que corren. Tiempos en los que sucede un hecho chocante. Los espacios públicos, que eran aquellos lugares en los que no era posible tener expectativa razonable de privacidad, por parafrasear a la Corte Suprema de los EEUU, se han convertido merced a los aparatos de videovigilancia en espacio de riesgo para la vida privada de las personas y para el control sobre la circulación de sus datos personales.

En el primer caso porque la presencia en un espacio o lugar público es cierto que nos impide tener una expectativa razonable sobre la privacidad de nuestro estar en ese espacio, pues por definición es un lugar de exposición a otros. Pero, como acertó a señalar el Tribunal Constitucional español (en adelante, TC), la presencia de la persona en un lugar público puede limitar proporcionadamente su derecho a preservar su "intimidad" frente a la curiosidad ajena, de manera que no puede oponer a quienes comparten ese espacio la obligación de que no perciban su presencia o lo observen. Sin embargo, la persona afectada mantiene un control sobre su privacidad que ejerce, justo,

* Este texto es una revisión y actualización de un trabajo anterior publicado en el año 2006 en la Revista Catalana de Seguridad Pública, N.º 17.

sobre los efectos no previstos ni queridos racionalmente por esa exposición a la vista de terceros en un lugar público, y que consiste en la divulgación de su imagen o de todo lo relativo a su presencia en ese espacio más allá de los límites físicos y temporales del lugar en el que se halla. En fin, que uno debe soportar que su imagen pueda ser captada accidentalmente por una cámara de fotos, u observado por terceros que pueden criticar nuestra imagen o saber con quién estábamos en ese lugar. Pero ese riesgo no alcanza a amparar que se divulgue esa imagen o esa información sobre nosotros, que expone-mos públicamente en ese lugar, de manera incontrolada e in consentida en las redes sociales, en internet o en un medio de comunicación. Al final estos derechos de la privacidad son sistemas de control de riesgos sometidos a un estricto test de proporcionalidad (una cosa es que quienes me rodean en una playa donde se practica el nudismo me vean desnudo, y otra que mi imagen desnudo en esa playa se convierta en portada de un diario nacional o se distribuya incontroladamente en Facebook. En el primer caso asumo el riesgo de ser observado, limitado espacio temporalmente al lugar en el que estoy y a quienes en él están, consintiendo tácitamente esa invasión de mi privacidad; y en el segundo caso esa invasión es in consentida porque es ignorada e in-controlada por mí).

Las cámaras de videovigilancia, públicas o privadas, son un instrumento técnico que multiplica exponencialmente el riesgo de exposición y observación in consentida y descontrolada de mi persona a la curiosidad ajena, elevando el riesgo de injerencia en la vida privada de uno en los espacios públicos más allá de lo razonablemente consentido y aceptado.

En este breve trabajo analizaré desde la perspectiva de la legislación española cómo se ha abordado el equilibrio entre el uso de cámaras de video-vigilancia y el respeto a los derechos de la privacidad.

2. ALGUNAS CONSIDERACIONES IMPRESCINDIBLES SOBRE EL CONTENIDO CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS DE LA PRIVACIDAD

A este universo de derechos pertenecen los derechos a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de datos personales. En este trabajo nos vamos a centrar en el primero y el último de los mencionados, pero no dejaremos de hacer alguna referencia al derecho a la propia imagen.

Existe una cierta tendencia a equivocar como un todo nociones distintas: privacidad, o como reza el artículo 8 del Convenio Europeo de Derecho Humanos (en adelante, CEDH), vida privada, e intimidad del artículo 18,1 de la Constitución española de 1978 (CE). Una vez situados en la definición de una y otra categoría que, ya adelanto, considero distintas pero no distantes, existe también la posibilidad de que su contenido jurídico, su objeto técnicamente,

consista en la autonomía personal para decidir sobre cómo actuar, con quién relacionarse y de qué manera. En mi opinión la privacidad-vida privada es el género, la intimidad una de sus especies, y la autonomía personal puede ser o no su objeto. La propia imagen también constituye una dimensión específica, no de la intimidad, sino de la vida privada, por cuanto tiene por fin garantizar a la persona que nadie hará uso de la imagen física de un ser humano sin su conocimiento y consentimiento.

No es puro nominalismo esta disección, como pudiera parecer. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) o la Corte Suprema de los EEUU (en adelante, CSt.US) han interpretado que lo garantizado por el CEDH, o la Constitución norteamericana (y no está lejos de esta interpretación el Tribunal Constitucional federal alemán), es “el derecho de vivir la propia vida con el mínimo de interferencias de terceros” en palabras de la Declaración de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa “Sobre los medios de comunicación de masas y los derechos humanos”, Resolución 428 (1970), reiterada en su posterior Resolución 1165 (1998) “Sobre el derecho a la privacidad”.

En efecto, la Sentencia del TEDH, Caso von Hannover c. Alemania, de 24 de junio de 2004, afirmó, sintetizando la doctrina reiterada del TEDH, que:

“[...] la esfera de la vida privada, tal como la concibe el Tribunal, cubre la integridad física y moral de una persona; la garantía que ofrece el artículo 8 del Convenio está destinada principalmente a asegurar el desarrollo, sin interferencias externas, de la personalidad de cada individuo en la relación con sus semejantes (ver, mutatis mutandis Sentencias Niemietz contra Alemania de 16 diciembre 1992 [TEDH 1992, 77], serie A N.º 251-B, p. 33, ap. 29 y Botta contra Italia de 24 febrero 1998 [TEDH 1998, 60], Repertorio de sentencias y resoluciones 1998-I, p. 422, ap. 32). Existe por tanto una zona de interacción entre el individuo y los demás que, incluso en un contexto público, puede concernir a la vida privada (ver, mutatis mutandis, PG y JH contra Reino Unido, núm. 44787/1998 [TEDH 2001, 552], ap. 56, TEDH 2000-IX, y Peck contra Reino Unido, núm. 44647/1998, ap. 57, TEDH 2003-I)”.

Pero es que además, aunque el TC y el TEDH han reiterado que la revelación por el interesado de asuntos relativos a su vida privada personal o familiar no le deja al páiro de la voracidad informativa del público y los medios de comunicación, sí que el titular del derecho no puede pretender restringir la circulación de la información por el revelada o que sea objeto de escrutinio o debate (por todas STC 134/1999).

El TEDH (Caso Niemietz c. Alemania, de 19 de diciembre de 1992, Caso Xe Y c. Países Bajos, 25 de febrero de 1997; Caso Rotaru c. Rumanía, 4 de mayo de 2000) ha manejado como núcleo de la protección que dispensa el artículo 8 CEDH la “vida privada”. Y además le ha dado un alcance sumamente extenso. El concepto “vida privada” no se queda solo en lo estrictamente personal e íntimo, en aquello que el individuo desea mantener reservado y sus-

traído al conocimiento ajeno. Vida privada se extiende a las decisiones que tome el individuo sobre sus relaciones con terceros que tengan una conexión directa con su condición de persona y el libre desarrollo de su personalidad. Como dice el TEDH, debe haber un vínculo directo e inmediato entre las medidas buscadas por el individuo y su vida privada y familiar para considerarlas protegidas por el artículo 8 CEDH (Caso Botta c. Italia, de 24 de febrero de 1998). De este modo el TEDH no considera garantizada toda decisión relativa a la propia vida, fruto más bien de una genérica libertad individual que salvaguarda la autonomía de la voluntad de cada cual. De este modo el TEDH define un concepto objetivo de vida privada, en el sentido de que lo que sea no es decisión del interesado, sino fruto de una interpretación que hace el propio TEDH sobre qué puede objetivamente considerarse por tal.

La perspectiva española es otra, más restrictiva. Probablemente porque carecemos de un derecho fundamental genérico cuyo objeto sea el libre desarrollo de la personalidad o, simplemente, su libertad genérica de actuar como considere más conveniente. EL TC parece haber mantenido también un concepto objetivo de intimidad en línea con lo expresado por la jurisprudencia del TEDH, aunque su alcance sea más reducido que el de “vida privada” del artículo 8 CEDH (SSTC 20/1996 FJ 3, 115/2000 FJ 4, 127/2003 FJ 7). El TC ya ha dicho en reiteradas ocasiones que ese derecho a la vida privada no existe en el ordenamiento jurídico español. Lo que existen son derechos que dotan de garantía constitucional a ciertos aspectos precisos de esa libertad genérica individual (STC 120/1990 FJ 11). Por esa razón, la intimidad del artículo 18,1 CE no es, ni necesita ser, sinónimo de privacidad o vida privada al modo anglosajón o de la jurisprudencia del TEDH. La intimidad de la CE es algo más preciso y relativo únicamente a la información sobre la persona y su ámbito familiar. Otros aspectos relacionados con la autonomía personal (caso del aborto en la jurisprudencia americana o el mantenimiento de relaciones sexuales en el caso de la española) o con la vida familiar o personal, no necesariamente íntimas (el nombre, el reagrupamiento familiar, los antecedentes familiares, el suicidio o la eutanasia...), caso del artículo 8 CEDH, carecerían de acomodo en el derecho a la intimidad del artículo 18.1 CE, aunque sí pueden tenerlo en otros derechos como a la protección de los datos personales (artículo 18.3 CE), a la integridad física o moral (artículo 15), o simplemente carecerían de protección constitucional.

Por tanto, y es importante detenerse en ello ahora, el artículo 18.1 CE no garantiza un remedo de derecho de autonomía personal que garantice a la persona la toma de decisiones sobre su vida y forma de vivirla. Como tampoco garantiza el derecho a tener una vida privada o a vivirla como cada cual estime conveniente. En la CE se garantiza la intimidad, entendida no como lo íntimo, sino la decisión sobre qué queda reservado a la mirada ajena. El objeto del derecho a la intimidad del artículo 18.1 CE no es la decisión sobre cómo vivir o un espacio que objetiva y materialmente quepa considerar como vida privada, sino la decisión sobre qué de nosotros pueden conocer los demás.

2.1. El derecho al intimidad y a la propia imagen en la CE y jurisprudencia españolas

Luis J. MIERES habla de intimidad “territorial” e intimidad “informativa”. En efecto, el TC se ha debatido a lo largo de toda su jurisprudencia entre concebir la intimidad como un espacio “de aislamiento frente a la intrusión ajena” o bien como un conjunto de datos relativos a la vida privada de la persona. En realidad ambos son perfectamente compatibles. El primer concepto se refiere a la “propia esfera de desenvolvimiento del individuo” (STC 98/2000); a aquellos espacios, lugares o zonas del cuerpo sobre las que la persona proyecta una legítima expectativa de “privacidad”, entendida esta como lugares ocultos a otros. Como dice el TEDH en el Caso von Hannover c. Alemania, 24 de junio de 2004: “en ciertas circunstancias, una persona dispone de una «esperanza legítima» de protección y de respeto de su vida privada”. Tal es así que es una noción que ha contagiado el objeto de otros derechos fundamentales como la inviolabilidad del domicilio, el cual, para el TC es, ante todo, es aquel espacio físico sobre el que la persona alimenta una expectativa legítima de intimidad. En lo que ahora importa, la intimidad protegida por el artículo 18.1 CE, sea territorial o informativa, siempre viene referida a datos relativos al individuo que éste desea mantener a recaudo del conocimiento ajeno. El derecho a la intimidad le otorga el poder de decidir quién y en qué condiciones puede conocerlos. La distinción entre intimidad territorial o informativa se refiere más bien al soporte o lugar en el que esos datos se hallan. En la primera, la territorial, el derecho a la intimidad actúa como un derecho de reacción típico en la mayoría de los casos, pues su objeto es la prohibición de que un tercero acceda a un espacio respecto del que el sujeto proyecta la legítima esperanza de que lo que en él se haga quede oculto a terceros. En el segundo caso, la intimidad informativa, el derecho a la intimidad opera como un derecho de libertad, porque con él se trata de proteger conductas individuales, fuentes de una información, o datos del propio individuo que éste quiere ocultar a otros. En último término, la intimidad es información, y el derecho que la protege regula quién y de qué manera puede acceder a ella y usarla. Es esta segunda manifestación la que actúa frente a la videovigilancia que por definición es una intromisión en la intimidad de las personas y un uso indebido en principio de su imagen y de los “datos” resultantes de ella y su captación.

Pero esa decisión necesita de condiciones físico-temporales que la hagan posible. En el caso de la captación de imágenes por cámaras de video, la relevante a los efectos de la garantía del derecho a la intimidad del artículo 18 CE es el conocimiento que tenga la persona sobre el riesgo de que la “información” sobre su presencia en un lugar determinado, sea público o privado, puede ser captada y utilizada. Que sea un lugar público o privado es relevante a los efectos de precisar la necesidad y proporcionalidad estricta en el canon de proporcionalidad y la posibilidad de inferir razonablemente el consentimiento tácito de la persona a que su “intimidad” sea revelada mediante la

grabación por una videocámara. Si el lugar es público, cabe inferir que se ha consentido la posibilidad de que sea observado y grabado por terceros, pero el mayor grado de desconocimiento sobre ese hecho, salvo cuando es anunciada la circunstancia de que se está en un espacio videovigilado, impone un canon estricto de proporcionalidad de manera que debe probarse la necesidad de la grabación, su adecuación y sobre todo su menor incidencia en la intimidad individual (proporcionalidad en sentido estricto) en la medida en que la grabación es general y la captación de su presencia es accidental, y la toma de imágenes y su uso es temporalmente limitada, resultando imposible su uso posterior salvo para alcanzar fines constitucionales (por ejemplo, el empleo de grabaciones en el marco de una instrucción penal con el objeto de esclarecer la comisión de un delito). Si la grabación se toma en un espacio privado (como el lugar de trabajo), el canon es aún más exigente: debe informarse con claridad de esta circunstancia, y solo así podrá considerarse que se ha consentido la grabación; y la grabación debe estar justificada por la persecución de un fin preciso y adecuado que no suponga un sacrificio desproporcionado de los derechos fundamentales del sujeto grabado. Éste ha sido el criterio empleado por el TC en su reiterada jurisprudencia sobre el uso de videocámaras en los lugares de trabajo (entre muchas y por citar la más reciente, STC 29/2013, y recogida también por el Tribunal Supremo, Sala de lo Social, por ejemplo en su sentencia 2618/2014, de 13 de mayo de 2015).

También aquí el TC vivió cierta tribulación entre dos conceptos, uno objetivo y otro subjetivo, como antes señalamos recogiendo las palabras de Javier PARDO. En mi opinión sería más acertado hablar de conceptos formal o material de intimidad. El TC hasta la STC 134/1999 parece haber mantenido un concepto material de intimidad según el cual lo es todo lo que razonablemente puede considerarse íntimo o privado. La STC 134/1999 introdujo un concepto diverso. Trataba esta Sentencia de dar respuesta a la siguiente cuestión: ¿qué norma apodera al legislador o al juez, en particular al Constitucional, para decidir caso a caso qué sea íntimo y qué no? ¿No debe ser el propio titular del derecho quien así lo haga? Ni siquiera en el caso de la intimidad “territorial” hay norma que atribuya al legislador o los jueces y tribunales la competencia para decidir qué espacios son “íntimos”. Es al titular del derecho fundamental a la intimidad quien tiene atribuida por él la competencia para determinar qué espacios o qué información son íntimos; en fin, qué de la vida de uno mismo, por banal que sea, debe estar oculto al conocimiento de terceros. Como dice la STC 173/2013 (FJ 6), recordando las palabras de la STC 134/1999:

“El derecho fundamental a la intimidad reconocido por el art. 18.1 CE tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida, vinculado con el respeto de su dignidad como persona (art. 10.1 CE), frente a la acción y el conocimiento de los demás, sean estos poderes públicos o simples particulares. De suerte que el derecho a la intimidad atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado, no solo personal sino

también familiar (SSTC 231/1988, de 2 de diciembre, y 197/1991, de 17 de octubre), frente a la divulgación del mismo por terceros y una publicidad no querida. No garantiza, pues, una intimidad determinada sino el derecho a poseerla, disponiendo a este fin de un poder jurídico sobre la publicidad de la información relativa al círculo reservado de su persona y su familia, con independencia del contenido de aquello que se desea mantener al abrigo del conocimiento público. Lo que el art. 18.1 CE garantiza es el secreto sobre nuestra propia esfera de vida personal y, por tanto, veda que sean los terceros, particulares o poderes públicos, quienes decidan cuáles son los contornos de nuestra vida privada”.

Mucho más contundente fue la STC 144/1999 (FJ 8):

“Y ello es así, porque el art. 18.1 C.E. no garantiza sin más la ‘intimidad’, sino el derecho a poseerla, a tener vida privada disponiendo de un poder de control sobre la publicidad de la información relativa a nuestra persona y familia, sea cual sea el contenido de aquello que se desea mantener al abrigo del conocimiento público. Esta garantía impone a los poderes públicos la prohibición de que se conviertan en fuentes de esa información sin las debidas garantías, y también el deber de prevenir los riesgos que puedan derivarse del acceso o divulgación indebidas de dicha información”.

Transcurrido el tiempo parece que ese concepto formal de intimidad (lo que decida cada cuál que es su “intimidad”, lo oculto a terceros) se ha impuesto en la jurisprudencia del TC, quizá sin saberlo. La STC 173/2011 es aún más clara (se trataba de un caso de distribución de pornografía infantil en el que el condenado esgrimía su derecho a la intimidad frente a la obtención policial de pruebas al haber accedido a su ordenador sin su consentimiento):

“De forma que “lo que el art. 18.1 garantiza es un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando que terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuales sean los lindes de nuestra vida privada, pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea lo contenido en ese espacio” (SSTC 127/2003, de 30 de junio, FJ 7 y 89/2006, de 27 de marzo, FJ 5). Del precepto constitucional citado se deduce que el derecho a la intimidad confiere a la persona el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido (SSTC 196/2004, de 15 de noviembre, FJ 2; 206/2007, de 24 de septiembre, FJ 5; y 70/2009, de 23 de marzo, FJ 2).

“No obstante lo anterior, hemos afirmado que el consentimiento eficaz del sujeto particular permitirá la inmisión en su derecho a la intimidad, pues corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno (SSTC 83/2002, de 22 de abril, FJ 5 y 196/2006, de 3 de julio, FJ 5), aunque este consentimiento puede ser revocado en cualquier momento (STC 159/2009, de 29 de junio, FJ 3)”.

Es, pues, el titular del derecho a la intimidad quien decide qué sea su intimidad. El papel del legislador o de jueces y tribunales es otro. Ya no son ellos, en la condición de poderes públicos, los que definen qué sea íntimo en cada caso. Es el titular del derecho quien lo hace, y es al legislador o a jueces a quien atribuye el poder de delimitar o limitar según la ocasión el derecho, aquilatando la decisión individual sobre qué sea íntimo. El legislador y los jueces y tribunales fijarán los límites a esa decisión, a la “intimidad” así acotada, imponiendo al titular del derecho la publicidad de lo que él pretendía íntimo, o dando garantía a quien se la dio en contra de la voluntad de su titular acudiendo a aquellos bienes, intereses o derechos constitucionalmente garantizados aptos para esa función limitadora (STC 159/2009 FJ3). Repárese en estas palabras de la STC 12/2012 (FJ 5) en un caso de grabación con cámaras ocultas en un despacho profesional:

“Un criterio a tener en cuenta para determinar cuándo nos encontramos ante manifestaciones de la vida privada protegible frente a intromisiones ilegítimas es el de las expectativas razonables que la propia persona, o cualquier otra en su lugar en esa circunstancia, pueda tener de encontrarse al resguardo de la observación o del escrutinio ajeno. Así por ejemplo cuando se encuentra en un paraje inaccesible o en un lugar solitario debido a la hora del día, puede conducirse con plena espontaneidad en la confianza fundada de la ausencia de observadores. Por el contrario, no pueden abrigarse expectativas razonables al respecto cuando de forma intencional, o al menos de forma consciente, se participa en actividades que por las circunstancias que las rodean, claramente pueden ser objeto de registro o de información pública (SSTEDH de 25 de septiembre de 2001, P.G. y J.H. c. Reino Unido, § 57, y de 28 de enero de 2003, Peck c. Reino Unido, § 58)”.

No es distinto el análisis que debe hacerse desde la perspectiva del derecho a la propia imagen contenido y amparado también en el artículo 18 CE. En este caso la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen dispensa una protección específica al derecho a la intimidad y, en lo que ahora importa, al derecho a la propia imagen. Su artículo 2 dispone:

“2. No se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por Ley o cuando el titular del derecho hubiere otorgado al efecto su consentimiento expreso”.

Y su artículo 7 considera intromisiones ilícitas en ambos derechos:

“1. El emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas.

2. La utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos, o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas o

de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios, así como su grabación, registro o reproducción

...

5. La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo 8.2.

6. La utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga”.

Artículo 8.2 que por su parte establece:

“2. En particular, el derecho a la propia imagen no impedirá:

a) Su captación, reproducción o publicación por cualquier medio, cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público.

b) La utilización de la caricatura de dichas personas, de acuerdo con el uso social.

c) La información gráfica sobre un suceso o acontecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesorio.

Las excepciones contempladas en los párrafos a) y b) no serán de aplicación respecto de las autoridades o personas que desempeñen funciones que por su naturaleza necesiten el anonimato de la persona que las ejerza”.

La Ley fija ya los términos en los que la captación de la imagen de una persona no constituye por sí la violación de su derecho a la propia imagen. Ahora bien, repárese en que la captación resulta ser “accesoria”, por tanto si la imagen se capta intencionadamente, la grabación por una videocámara sería, en principio, lesiva del derecho a la propia imagen.

La STC 12/2012, FJ 5, es clara al respecto:

“Por lo que respecta al otro derecho fundamental en conflicto, el derecho a la propia imagen queda cifrado, conforme a nuestra doctrina, en el “derecho a determinar la información gráfica generada por los rasgos físicos personales de su titular que puede tener difusión pública. Su ámbito de protección comprende, en esencia, la facultad de poder impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad perseguida por quien la capta o difunde”, y, por lo tanto, abarca “la defensa frente a los usos no consentidos de la representación pública de la persona que no encuentren amparo en ningún otro derecho fundamental, muy destacadamente frente a la utilización de la imagen con fines puramente lucrativos” (STC 23/2010, de 27 de abril, FJ 4).

“Ya habíamos señalado en nuestra STC 117/1994, FJ 3, que “[e]l derecho a la propia imagen, reconocido por el art. 18.1 de la Constitución al par

de los de honor y la intimidad personal, forma parte de los derechos de la personalidad y como tal garantiza el ámbito de libertad de una persona respecto de sus atributos más característicos, propios e inmediatos como son la imagen física, la voz o el nombre, cualidades definitorias del ser propio y atribuidas como posesión inherente e irreductible a toda persona. En la medida en que la libertad de esta se manifiesta en el mundo físico por medio de la actuación de su cuerpo y las cualidades del mismo, es evidente que con la protección de la imagen se salvaguarda el ámbito de la intimidad y, al tiempo, el poder de decisión sobre los fines a los que hayan de aplicarse las manifestaciones de la persona a través de su imagen, su identidad o su voz.” En el caso de una grabación oculta como la que aquí nos ocupa, la captación no solo de la imagen sino también de la voz intensifica la vulneración del derecho a la propia imagen mediante la captación no consentida de específicos rasgos distintivos de la persona que hacen más fácil su identificación”.

En consecuencia, únicamente si la ley legitima la instalación, uso y grabación de imágenes mediante videocámaras, o el interesado consiente, o la imagen se capta accidentalmente en lugares públicos, en principio no se lesionaría los derechos a la intimidad o a la propia imagen.

Ahora bien, existe aún otro nivel más de amparo: la protección de los datos personales. La captación legítima constitucionalmente de imágenes no permite al captador su uso indiscriminado e incontrolado. Una vez captadas, y no vulnerados los derechos a la intimidad y a la propia imagen, entra en juego el derecho a la protección de datos que garantiza al afectado el control sobre el uso y circulación de su imagen grabada por una videocámara, aunque su grabación no haya supuesto la lesión de sus derechos a la intimidad y a la propia imagen.

2.2. El derecho fundamental a la protección de datos personales

El derecho fundamental a la protección de datos personales es, indudablemente, el más novedoso de las mencionadas líneas más arriba; acaso por ello convenga detenerse un instante en la definición de su contenido.

Ese contenido constitucional del derecho fundamental a la protección de los datos personales se concreta en una serie de puntos muy simples pero capitales. En primer lugar, la protección de datos no es una garantía del secreto del dato sino de ciertas condiciones para su legítimo uso por terceros distintos al afectado. Cuando el TC trata de distinguir la protección de datos del derecho a la intimidad precisamente se centra en que primero el objeto de la protección de datos no es un dato íntimo sino, precisamente, un dato revelado (STC 292/2000). Lo que trata de proteger el derecho fundamental de la protección de datos no es la opacidad del dato, ni su *intimidad* o el control sobre quien puede conocer un dato relativo a la vida personal o familiar. Justa-

mente el objeto de protección del derecho fundamental es el dato ya conocido, bien porque se ha consentido su conocimiento por terceros, o bien porque una norma así lo dispone. El dato ha salido de la esfera privada del sujeto, y se trata ahora de establecer en qué condiciones su tráfico, su circulación es constitucionalmente adecuada.

El objeto del derecho fundamental de la protección de datos es, por tanto, el régimen de conocimiento, uso y destino de un dato que ha salido del ámbito de la vida privada, personal y familiar, de la persona. Este es el objeto del derecho fundamental a los datos que dota a su titular de un poder jurídico de disposición sobre la publicidad del dato personal (STC 292/2000). Esta es la clave de bóveda del régimen constitucional y legal de la protección de datos: el pleno control de la persona sobre el uso y destino de sus datos personales. De ahí derivan los principios de consentimiento informado y finalidad que cierran el sistema: salvo excepción legal, solo se pueden hacer uso de los datos de una persona si esta ha consentido y lo ha hecho con pleno conocimiento de los datos que serán usados y con qué finalidad, así como de los derechos que le asisten (acceso, rectificación, cancelación y oposición), asimismo el uso de los datos estará sometido siempre a un fin conocido por el interesado, explícito, inequívoco, determinado y legítimo.

Así lo ha expresado la STC 292/2000:

“De todo lo dicho resulta que el contenido del derecho fundamental a la protección de datos consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso. Estos poderes de disposición y control sobre los datos personales, que constituyen parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el Estado o un particular. Y ese derecho a consentir el conocimiento y el tratamiento, informático o no, de los datos personales, requiere como complementos indispensables, por un lado, la facultad de saber en todo momento quién dispone de esos datos personales y a qué uso los está sometiendo, y, por otro lado, el poder oponerse a esa posesión y usos”

En fin, son elementos característicos de la definición constitucional del derecho fundamental a la protección de datos personales los derechos del afectado a consentir sobre la recogida y uso de sus datos personales y a saber de los mismos. Y resultan indispensables para hacer efectivo ese contenido el reconocimiento del derecho a ser informado de quién posee sus datos personales y con qué fin, y el derecho a poder oponerse a esa posesión y uso requiriendo a quien corresponda que ponga fin a la posesión y empleo de los datos. Es decir, exigiendo del titular del fichero que le

informe de qué datos posee sobre su persona, accediendo a sus oportunos registros y asientos, y qué destino han tenido, lo que alcanza también a posibles cesionarios; y, en su caso, requerirle para que los rectifique o los cancele” (FJ 7)

“De manera que, privada la persona de aquellas facultades de disposición y control sobre sus datos personales, lo estará también de su derecho fundamental a la protección de datos, puesto que, como concluyó en este punto la STC 11/1981, de 8 de abril (FJ 8), ‘se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección’ (FJ 10)

El TC ha aseverado rotundo como contenido esencial de este derecho fundamental el derecho de información del interesado. Evidentemente, el individuo no puede controlar qué se hace con sus datos si no sabe que su dato lo tiene un tercero y lo puede usar. Por lo tanto, es capital para la efectiva garantía y respeto del derecho tener informado al afectado de quién tiene sus datos, para qué y con qué finalidad, a efectos de conocer el posible destino que pueden darse a sus datos personales. Además, ese conocimiento permite al afectado poder reaccionar frente a la obtención y uso de sus datos ejerciendo los derechos de oposición al tratamiento y de rectificación y cancelación de los datos.

La STC 292/2000 (FJ-13) subraya que:

“De suerte que, sin la garantía que supone el derecho a una información apropiada mediante el cumplimiento de determinados requisitos legales (art. 5 LOPD) quedaría sin duda frustrado el derecho del interesado a controlar y disponer de sus datos personales, pues es claro que le impedirían ejercer otras facultades que se integran en el contenido del derecho fundamental al que estamos haciendo referencia”.

Este contenido esencial del derecho fundamental tiene eficacia directa. Es decir, se aplica directamente a cualquier relación o situación jurídica en la que se empleen datos personales. Da igual que sea la captación por una cámara de la imagen o del sonido de un individuo; en ambos casos ya hemos visto que se trata de *datos personales* porque permiten la identificación de la persona. Por tanto, es indiferente que sea la grabación de una conversación o el conocimiento del listado de llamadas hechas o recibidas desde un teléfono móvil o la grabación o toma de imágenes de una persona o personas, todo esto son datos personales y están sujetos a ese conjunto de garantías que componen el contenido esencial del derecho fundamental a la protección de datos que ha definido el TC, en especial en su Sentencia 292/2000.

Conviene recordar que la protección de datos no se reduce exclusivamente al ámbito de aplicación de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciem-

bre, de Protección de los Datos de Carácter Personal (en adelante, LOPD). El Tribunal Constitucional (en adelante, TC) ha declarado en su Sentencia 292/2000 que la protección de los datos personales es un derecho fundamental que deriva del art. 18.4 de la Constitución Española de 1978 (en adelante, CE). Como tal, si se le permite la expresión, tiene una vida propia al margen de la LOPD, limitándose esta a desarrollar el derecho, y a regular su ejercicio en alguno de sus extremos, en aquellos ámbitos que resultan de lo dispuesto en sus arts. 2 y 3; pero que no agota el ámbito de aplicación del derecho fundamental a la protección de los datos personales.

Adviértase, además, que la aplicación de la LOPD, además, está condicionada a que el dato personal sea objeto de registro "en soporte físico, que los haga susceptibles de tratamiento, y a toda modalidad de uso posterior de estos datos por los sectores público y privado" (art. 2.1 LOPD); considerándose "tratamiento" a las "operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias" (art. 3. c) LOPD). La forma más gráfica de explicar esto es que, después de las SSTC 290 y la STC 292/2000, sería indiferente que existiese o no la LOPD o una norma reguladora de la protección de datos. La razón de ello es que la protección de datos ya es un derecho fundamental dotado de eficacia directa con un contenido constitucional definido en estas Sentencias y que, además, es de aplicación general (ámbito objetivo) y universal (ámbito subjetivo). En lo relativo al derecho fundamental, por tanto, no hay excepciones de aplicación, como sí las hay en cambio en la aplicación de la LOPD. Es importante no perder de vista esta proposición para entender cabalmente algunas de las cuestiones que se abordarán en las páginas que siguen.

Otro apunte que su importancia tendrá en estas páginas es el referido a los fines constitucionalmente legítimos de la actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, de las Comunidades Autónomas donde las haya y de los entes locales (en adelante, FFCCSS). Este apunte está ligado, evidentemente, a los dos últimos puntos de este opúsculo donde se describe la interacción de la protección de datos y la interceptación de las telecomunicaciones y la videovigilancia. El enfoque de estas páginas será siempre el de la perspectiva de las obligaciones que a las FFCCSS impone la garantía del derecho fundamental a la protección de los datos personales y las que resultan del desarrollo de este derecho fundamental por la LOPD.

En segundo lugar, y como ya se dijo, el régimen jurídico de la protección de datos no se limita a lo dispuesto en la LOPD. Así por ejemplo, aunque la LOPD excluye de su ámbito de aplicación "a los ficheros establecidos para la investigación del terrorismo y de formas graves de delincuencia organizada" (art. 2.2.c), no por ello las investigaciones policiales en materia de terrorismo

o de la actividad delictiva organizada son un espacio inmune exento de las garantías constitucionales de la protección de datos.

En tercer lugar, cabe distinguir la actividad de prevención ligada a la garantía de la seguridad pública, de encaje constitucional en el art. 104 CE, de la actividad represiva del delito; es decir, entre la *policía administrativa de seguridad* donde la actuación de las FFCCSS van dirigidas a un fin muy específico como es el de la prevención del daño en bienes y personas, y la *policía judicial*, que se mueve en un plano distinto, el cual es el de la lucha procesal y judicial contra la delincuencia. Son planos distintos constitucionalmente, y responden a esquemas y estructuras de garantías también distintas. El Legislador consciente o inconscientemente ha tenido presente esta distinción. Prueba de ello es que cuando la Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto, reguladora de la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado de Videovigilancia (en adelante, LOV), norma la instalación de las video-cámaras fijas, o hace lo propio para el uso de video-cámaras móviles, lo hace a los efectos del ejercicio de las funciones propias de la *policía administrativa*. En cambio, cuando los FFCCSS actúan en su condición de *policía judicial*, el marco de su actuación en materia de videovigilancia no es la LOV, debiendo remitirse su régimen a la LECrim y no la LOV.

Por último, el artículo 42 de la Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada, autoriza el uso de videocámaras por los trabajadores de las empresas de seguridad en los siguientes términos:

“1. Los servicios de videovigilancia consisten en el ejercicio de la vigilancia a través de sistemas de cámaras o videocámaras, fijas o móviles, capaces de captar y grabar imágenes y sonidos, incluido cualquier medio técnico o sistema que permita los mismos tratamientos que estas.

Cuando la finalidad de estos servicios sea prevenir infracciones y evitar daños a las personas o bienes objeto de protección o impedir accesos no autorizados, serán prestados necesariamente por vigilantes de seguridad o, en su caso, por guardas rurales.

No tendrán la consideración de servicio de videovigilancia la utilización de cámaras o videocámaras cuyo objeto principal sea la comprobación del estado de instalaciones o bienes, el control de accesos a aparcamientos y garajes, o las actividades que se desarrollan desde los centros de control y otros puntos, zonas o áreas de las autopistas de peaje. Estas funciones podrán realizarse por personal distinto del de seguridad privada.

2. No se podrán utilizar cámaras o videocámaras con fines de seguridad privada para tomar imágenes y sonidos de vías y espacios públicos o de acceso público salvo en los supuestos y en los términos y condiciones previstos en su normativa específica, previa autorización administrativa por el órgano competente en cada caso. Su utilización en el interior de los domicilios requerirá el consentimiento del titular.

3. Las cámaras de videovigilancia que formen parte de medidas de seguridad obligatorias o de sistemas de recepción, verificación y, en su caso, respuesta y transmisión de alarmas, no requerirán autorización administrativa para su instalación, empleo o utilización.
4. Las grabaciones realizadas por los sistemas de videovigilancia no podrán destinarse a un uso distinto del de su finalidad. Cuando las mismas se encuentren relacionadas con hechos delictivos o que afecten a la seguridad ciudadana, se aportarán, de propia iniciativa o a su requerimiento, a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad competentes, respetando los criterios de conservación y custodia de las mismas para su válida aportación como evidencia o prueba en investigaciones policiales o judiciales.
5. La monitorización, grabación, tratamiento y registro de imágenes y sonidos por parte de los sistemas de videovigilancia estará sometida a lo previsto en la normativa en materia de protección de datos de carácter personal, y especialmente a los principios de proporcionalidad, idoneidad e intervención mínima.
6. En lo no previsto en la presente ley y en sus normas de desarrollo, se aplicará lo dispuesto en la normativa sobre videovigilancia por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad”.

Bien se ve que el contexto normativo resulta bastante complejo y denso. Trataremos de agruparlo en tres grandes sectores. Uno relativo a la *policía administrativa de seguridad* y uso por empresas de seguridad de videocámaras, otro al de *policía judicial* y finalmente otro ámbito que suele eludirse, pero que es de enorme importancia, cual es el referido a la actuación de los servicios secretos, en el caso español del Centro Nacional de Inteligencia (CNI).

Cualquiera de las actividades que van a ser objeto de estudio en este trabajo suponen recabar y tratar datos de carácter personal, sea en soporte digital, sea cual sea el soporte empleado. Récuérdesse que dato personal es cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables (art. 3.a) LOPD, y que la STC 292/2000 elevó a definición del objeto del derecho fundamental a la protección de los datos personales), lo que se extiende también a las imágenes de las personas, siempre que permita su identificación¹. No hay que olvidar que el derecho fundamental a la protección

¹ *Mutatis mutandis*, merece la pena transcribir aquí el siguiente Informe de la Agencia española de Protección de Datos sobre videovigilancia en el lugar de trabajo (Año 2001): “Se planteó si resulta conforme a lo establecido en la LOPD la instalación de cámaras para el control de la actividad de los trabajadores de la entidad consultante. La primera cuestión a resolver fue discernir si las imágenes y sonidos que se obtendrían por tales sistemas de registro se encontraban sometidas a lo dispuesto en la mencionada Ley Orgánica. Para ello fue necesario efectuar dos acotaciones previas: a) En primer lugar, se plantea el problema de si dichas imágenes y sonidos pueden ser consideradas como datos de carácter personal, de conformidad a lo establecido en la Ley Orgánica de 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de Carácter Personal. A tal efecto, y con carácter general, debe indicarse que los artículos 1 y 2 de la citada Ley, extienden su protección a los derechos de los ciudadanos en lo que se refiere al tratamiento automatizado de sus datos de carácter personal, siendo definidos estos en el artículo 3.a) de la Ley

de los datos personales y la propia LOPD se aplica a cualquier tipo de medio que soporte el dato personal (analógico o digital).

3. LAS LÍNEAS MAESTRAS DE LA PROTECCIÓN DE DATOS. CALIDAD DE LOS DATOS Y PRINCIPIOS GENERALES DE SU PROTECCIÓN

Ese contenido constitucional se ha desarrollado por la LOPD, y también por la Directiva comunitaria 95/46/CE, fijando, de un lado, la “calidad de los datos” y los principios generales que han de regir su garantía y respeto.

El artículo 4 LOPD, transponiendo la Directiva 95/46/CE, fija los criterios que definen la “calidad” de los datos, o, para ser más exactos, el estándar lícito del tratamiento de los datos personales. En lo que ahora nos interesa, los datos personales consistentes en imágenes o en informaciones digitales “sólo se podrán recoger para su tratamiento, así como someterlos a dicho tratamiento, cuando sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido”. No cabe emplear los datos “para finalidades incompatibles con aquellas para las que los datos hubieran sido recogidos”, con la excepción de tratamientos con fines históricos, estadísticos o científicos. Conviene en esto recordar que la jurisprudencia de la Audiencia Nacional ha variado de forma sustancial el entendimiento de qué deba considerarse un fin incompatible. A su juicio, solo cabe compatibilidad entre fines similares. Así pues, se vuelve al criterio originario de la legislación anterior a la LOPD en la que, como ahora por obra de la Audiencia Nacional, no caben tratamientos de datos para fines distintos, aunque sean compatibles, con los originariamente expresados al tiempo del recabamiento de los datos.

El precepto fija también los siguientes principios, que literalmente se transcriben del precepto citado:

1. Los datos de carácter personal serán exactos y puestos al día de forma que respondan con veracidad a la situación actual del afectado.

Orgánica como ‘cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables’. b) En segundo término, y aun cuando nos hallemos ante un supuesto en que existan datos de carácter personal, será necesario que dichos datos se encuentren incorporados a un fichero, definido como ‘todo conjunto organizado de datos de carácter personal, cualquiera que fuere la forma o modalidad de su creación, almacenamiento, organización y acceso’, por el artículo 3 b) de la Ley. Pues bien, en relación con el primero de los criterios a los que se ha hecho referencia, debe indicarse que las imágenes a las que se refiere la consulta solo podrán ser consideradas datos de carácter personal en caso de que las mismas permitan la identificación de las personas que aparecen en dichas imágenes, no encontrándose amparadas en la Ley Orgánica en caso contrario. Así, en supuestos en que las imágenes se tomaran del lugar de trabajo sí se produciría dicha identificación, dado que siempre aparecerían en las mismas los trabajadores de la empresa en su lugar de actividad (lo que les hace perfectamente identificables)”. Puede consultarse en: <<http://bit.ly/1IQWSyL>>, en las secciones “Canal de documentación”, “Informes”, “Otras cuestiones de interés”.

2. Si los datos de carácter personal registrados resultaran ser inexactos, en todo o en parte, o incompletos, serán cancelados y sustituidos de oficio por los correspondientes datos rectificados o completados.

3. Los datos de carácter personal serán cancelados cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes para la finalidad para la cual hubieran sido recabados o registrados. No serán conservados en forma que permita la identificación del interesado durante un período superior al necesario para los fines en base a los cuales hubieran sido recabados o registrados.

4. Los datos de carácter personal serán almacenados de forma que permitan el ejercicio del derecho de acceso, salvo que sean legalmente cancelados.

5. Se prohíbe la recogida de datos por medios fraudulentos, desleales o ilícitos.

La LOV en su artículo 6 establece los “principios de utilización de las videocámaras” que en buena medida se compadecen con los criterios de “calidad de los datos” antes descrito y que, complementados por estos últimos, darían cobertura sobrada al uso de sistemas de videovigilancia desde la perspectiva del derecho fundamental a la protección de los datos personales².

No cabe duda de que el *principio de finalidad* es la clave de bóveda del sistema. La identificación precisa y conocida de los propósitos perseguidos en el tratamiento de los datos personales, también de las imágenes que permitan identificar a la persona o de sus comunicaciones electrónicas, es el anclaje al que se unen los principios de información y consentimiento, de los que se hablará más abajo, y que constituyen las tres líneas maestras del régimen de la protección de los datos personales. Tanto para las Agencias, estatal y autonómicas, de protección de datos como para la jurisprudencia se vulnera el derecho a la protección de datos si no se le deja muy claro al afectado para que se quieren esos datos y si no se dice con cierto grado de precisión o de concreción. El rechazo al empleo de finalidad genéricas, impide acudir a los

2 *Principios de utilización de las videocámaras.* 1. La utilización de videocámaras estará presidida por el principio de proporcionalidad, en su doble versión de idoneidad y de intervención mínima. 2. La idoneidad determina que solo podrá emplearse la videocámara cuando resulte adecuado, en una situación concreta, para el mantenimiento de la seguridad ciudadana, de conformidad con lo dispuesto en esta Ley. 3. La intervención mínima exige la ponderación, en cada caso, entre la finalidad pretendida y la posible afectación por la utilización de la videocámara al derecho al honor, a la propia imagen y a la intimidad de las personas. 4. La utilización de videocámaras exigirá la existencia de un razonable riesgo para la seguridad ciudadana, en el caso de las fijas, o de un peligro concreto, en el caso de las móviles. 5. No se podrán utilizar videocámaras para tomar imágenes ni sonidos del interior de las viviendas, ni de sus vestíbulos, salvo consentimiento del titular o autorización judicial, ni de los lugares incluidos en el artículo 1 de esta Ley cuando se afecte de forma directa y grave a la intimidad de las personas, así como tampoco para grabar conversaciones de naturaleza estrictamente privada. Las imágenes y sonidos obtenidos accidentalmente en estos casos deberán ser destruidos inmediatamente, por quien tenga la responsabilidad de su custodia”.

“fines constitucionalmente legítimos” de la actividad de la FFCCSS para justificar así el tratamiento de datos personales. Se tiene que precisar que motivo o finalidad concreta se está persiguiendo con esa actividad policial en la que se están recabando datos personales. No se puede justificar sin más la captación de imágenes de una persona alegando razones de seguridad pública o de defensa nacional o la prevención y persecución de los delitos. Todo ello va ligado a la idea de inequívoco. Es decir, no caben ambigüedades en la definición de las finalidades. Las finalidades tienen que estar muy claras. Ello de tal manera que el afectado entienda perfectamente y sea consciente de la finalidad a la que van a dedicar los datos que se le piden o que ya se han obtenido.

Lo mismo sucede en el caso de las videocámaras instaladas por empresas de seguridad privada en los términos del mencionado artículo 42 de la Ley de Seguridad Privada.

Por otra parte, y prueba de la importancia del principio de finalidad y su estricta observancia, el uso y cesión de los datos para el mismo tipo de fin exige únicamente el consentimiento inicial manifestado al tiempo de su recogida. Este consentimiento prestado para el uso de los datos con un fin determinado y explícito se extiende también a usos posteriores de los datos, incluso los derivados de cesiones a terceros, siempre que esos usos persigan un fin similar (esto es, que no sea distinto) al que justificó su recogida y del que fue informado el afectado en ese momento³.

Mayores cuestiones suscita el uso de esos datos para fines distintos, pero compatibles, con los que justificaron su recogida. En este caso, la compatibilidad de fines haría lícita la cesión de los datos, según dispone el artículo 11.2 LOPD, pero exige un nuevo y específico consentimiento sobre la nueva finalidad perseguida con el uso de los datos. Desde luego, la LOPD veda el uso de los datos personales para fines distintos a los que motivaron su recogida, exigiendo, de pretender usarlos de ese modo, la puesta en conocimiento al interesado del nuevo destino de sus datos y el recabamiento de su consentimiento para que así sea. La STC 292/2000 ha sido meridiana en este extremo: “La cesión de los mismos (los datos se refiere) a un tercero para proceder a un tratamiento con fines distintos de los que originaron su recogida, aun cuando sean compatibles con estos (art 4.2), supone una nueva posesión y uso que requiere el consentimiento del interesado”.

Es cierto que la LOPD habla de fines “incompatibles”, lo que inicialmente fue entendido como la autorización legal para que los datos se destinaran a fines distintos de los que alentaron su recogida sin que fuese necesario un nuevo consentimiento del afectado siempre que esos fines fueran compatibles con los del recabamiento de los datos. Sin embargo, las Sentencias

3 De hecho la Agencia de Protección de Datos considera que el consentimiento a un tratamiento para un fin determinado se extiende tácitamente a las cesiones que persigan idéntica finalidad.

de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 8 de febrero de 2002 y 11 de diciembre de 2004, con apoyo en la STC 292/2000, han afirmado que a pesar de la dicción literal del artículo 4 LOPD, los fines de recogida y de cesión deben ser similares, no basta con su compatibilidad, para entender que el consentimiento dado por el afectado para que sus datos fuesen recogidos para un fin también se extiende a las cesiones que de ellos se haga a terceros.

Conviene reparar también en que la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 15 de abril de 2002 afirma, en aplicación de la STC 292/2000, que la cesión o comunicación de datos entre Administraciones públicas para precisamente alcanzar el fin o uno de los fines a los que obedeció la recogida del dato, no requiere reiterar el consentimiento prestado al tiempo de su recogida. En esta líneas, la Agencia de Protección de Datos ha mantenido en sus Resoluciones que, existiendo identidad de fines entre los comunicados al interesado para recabar sus datos y los perseguidos por el cesionario, no es necesario consentir de nuevo respecto de la cesión, bastando con el consentimiento prestado inicialmente y que tácitamente se extiende a las cesiones posteriores, esto es, al acceso por terceros a esos datos. En estos supuestos, dice la Agencia, no se infringe el artículo 11; aunque no se haya recabado un nuevo consentimiento para la cesión.

Justamente el que esto sea así deriva de la exigencia de que el fin del tratamiento o la cesión sea explícito y específico. Sólo así, solo si el afectado pudo conocer con precisión el fin o fines perseguidos con el uso de sus datos, cabe presumir que el tácito consentimiento a la cesión a terceros de sus datos para alcanzar las mismas finalidades.

Cumple ahora abordar los principios de información y consentimiento que cierran el sistema de tutela del derecho fundamental a la protección de los datos personales.

Así, el artículo 5 LOPD describe qué informaciones hay que darle al individuo para obtener y a tratar sus datos. Fundamentalmente, la información se refiere a qué datos son de obligado o suministro o qué consecuencias tiene el que uno se niegue a dar esos datos. Hay que informarle también para qué se quieren los datos y cuál puede ser su posible destino, esto es, las cesiones a terceros. Por tanto, se ha de informar de los usos finales que pueda tener esa información, quién va a tener esos datos, dónde van a estar depositados estos datos y ante quién debo ejercer mis derechos de acceso o posesión, rectificación y cancelación de los datos.

Esencialmente, esta es la información básica que tenemos que ofrecerle a aquella persona cuyos datos estemos utilizando. Esta información puede darse con posterioridad al recabamiento y tratamiento de los datos. Es posible que, por razones que ya se verán, los datos sean obtenidos sin que tenga

conocimiento la persona a la que se refieren; cosa muy habitual, por cierto, en la actividad policial. Ahora bien, ello no excusa de que en un momento determinado del procedimiento tengamos la obligación de informarle de esa circunstancia y de que esa información (y su posterior consentimiento, si es el caso) sean condición indispensable para la licitud del empleo de esos datos a efectos probatorios. Dice el apartado 5 del artículo 5 LOPD: "Cuando los datos de carácter personal no hayan sido recabados del interesado, éste deberá ser informado de forma expresa, precisa e inequívoca, por el responsable del fichero o su representante, dentro de los tres meses siguientes al momento del registro de los datos, salvo que ya hubiera sido informado con anterioridad, del contenido del tratamiento, de la procedencia de los datos, así como de lo previsto en las letras a), d) y e) del apartado 1 del presente artículo". Este será el caso en la mayoría de las ocasiones en las que se tomen imágenes por las FFCCSS. Por su parte la LOV, en su artículo 9, desarrollado en el artículo 21 del Real Decreto 596/1999, de 16 de abril (y Anexo), cubre parte de esa información, aunque resulta necesario complementarla con lo dispuesto en el citado artículo 5 LOPD.

El principio del consentimiento constituye otro elemento capital de la protección de datos. Principio que rige con carácter general, salvo las excepciones expresamente previstas en la LOPD (artículos 6, 11 y 21 LOPD), así como en la LOV. Hay que recabar previamente el consentimiento del interesado para poder obtener y utilizar sus datos. Sin este consentimiento, la obtención y uso de los datos resultan contrarios al derecho fundamental y, por tanto nulo. Piénsese en la utilización como prueba en un proceso penal de datos personales obtenidos mediante la captación de imágenes por un sistema de videovigilancia. Si no se acredita que los datos personales se obtuvieron con consentimiento previo e informado del afectado o no se acredita que se cumple alguna de las excepciones previstas en el artículos 6, 11 ó 21 LOPD, esa prueba debe calificarse de ilícita y prohibida por la lesión del derecho fundamental a la protección de los datos personales, perdiendo así su validez como prueba de cargo.

No se deben de perder de vista otros deberes genéricos previstos en la LOPD, que no siendo parte integrante del contenido del derecho fundamental, su inobservancia puede ser motivo de sanción administrativa y podría suponer la declaración como irregular de la prueba obtenida con infracción de los mencionados deberes. Son tres esos deberes, inscripción de los ficheros de datos en el Registro dependiente de la Agencia española de Protección de Datos, el deber de secreto y confidencialidad del artículo 10 LOPD, y, finalmente, los deberes relativos a las medidas de seguridad del artículo 9 LOPD.

4. LOS DERECHOS DE LOS INTERESADOS

El artículo 2 LOPD excluye de su ámbito de aplicación los ficheros sometidos a la normativa sobre protección de materias clasificadas y los ficheros establecidos para la investigación del terrorismo y de formas graves de delincuencia organizada⁴. Además, somete a su legislación específica “los procedentes de imágenes y sonidos obtenidos mediante la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, de conformidad con la legislación sobre la materia”; esto es, la LOV. Sin embargo, esas exclusiones no conllevan una no sujeción a las garantías derivadas del contenido constitucional del derecho fundamental a la protección de datos. En el caso de la videovigilancia se produce una peculiar remisión inversa, por cuanto el apartado 2 de su artículo 2 remite a lo dispuesto en la legislación de protección de datos que en la actualidad es la LOPD. Por lo tanto, a estos efectos, el régimen de protección de datos en materia de videovigilancia es el establecido con carácter general en la LOPD, a pesar de lo que dispone la propia LOPD.

Estos mismo derechos también se contemplan en la normativa específica de videovigilancia, como recuerdan tanto en la LOV como su Reglamento de desarrollo, Real Decreto 596/1999, de 16 de abril (en adelante, RV) regulan los derechos de información, acceso y cancelación de los interesados (“ciudadanos”, dice el RV en su Capítulo V) respecto de las imágenes, de los datos obtenidos con ocasión de la captación de imágenes y sonido por la instalación de cámaras fijas o por el uso de las cámaras móviles.

Sin embargo, no se contempla ni el derecho de impugnación de las valoraciones, ni el derecho de consulta del Registro General de la Agencia de Protección de Datos. Tampoco contempla los derechos a consentir y de oposición al uso y tratamiento de los datos personales así captados. Sin embargo, en la medida en que el propio artículo 2.2 LOV remite a la LOPD hay que entender que en esa materia también son de aplicación estos preceptos de la LOPD que han sido citados. Por tanto, el régimen de consentimiento u oposición y de consulta al Registro General podría ampliarse también al registro de grabaciones obtenidas a través de la videovigilancia, ejerciéndose en los términos previstos en la LOPD y su reglamento de desarrollo de 2007.

Las excepciones a los derechos de las personas constituyen un asunto de primer orden. Debe traerse aquí las reflexiones realizadas por la STC 292/2000. En primer lugar, el artículo 23 LOPD establece un elenco importante de excepciones del derecho de los usuarios en el caso de los ficheros de titularidad pública, por tanto, también en los ficheros utilizados por las FFCCSS

4 El propio precepto señala que: “No obstante, en estos supuestos el responsable del fichero comunicará previamente la existencia del mismo, sus características generales y su finalidad a la Agencia de Protección de Datos”. Esto no supone su inscripción en el Registro de la Agencia, sino la comunicación de su existencia.

(que tienen los suyas propias), que, en general, están todas fundadas en bienes o intereses de rango constitucional.

Dice este artículo 23:

“1. Los responsables de los ficheros que contengan los datos a que se refieren los apartados 2, 3 y 4 del artículo anterior (que es el artículo 22) podrán denegar el acceso, la rectificación o cancelación en función de los peligros que pudieran derivarse para la defensa del Estado o la seguridad pública, la protección de los derechos y libertades de terceros o las necesidades de las investigaciones que se estén realizando.

“2. Los responsables de los ficheros de la Hacienda Pública podrán, igualmente, denegar el ejercicio de los derechos a que se refiere el apartado anterior cuando el mismo obstaculice las actuaciones administrativas tendientes a asegurar el cumplimiento de las obligaciones tributarias y, en todo caso, cuando el afectado esté siendo objeto de actuaciones inspectoras.

“3. El afectado al que se deniegue, total o parcialmente, el ejercicio de los derechos mencionados en los apartados anteriores podrá ponerlo en conocimiento del Director de la Agencia de Protección de Datos o del organismo competente de cada Comunidad Autónoma en el caso de ficheros mantenidos por Cuerpos de Policía propios de estas, o por las Administraciones tributarias autonómicas, quienes deberán asegurarse de la procedencia o improcedencia de la denegación”.

Es necesario aclarar que, fruto de la doctrina del TC sentada en la citada STC 292/2000, la *seguridad pública* a la que se hace mención en el apartado 1 de este artículo 23 y que permitiría excepcional los derechos de los interesados en el caso de ficheros de las FFCCSS, incluidos los formados con las grabaciones tomadas por los sistemas de videovigilancia, habría que entenderlo ceñido exclusivamente a la prevención y persecución de las infracciones penales.

Así debiera ser, en nuestra opinión, como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad de algunos incisos de los apartados del artículo 24 LOPD. Este precepto establece que:

“1. Lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del artículo 5.º (derechos de información) no será aplicable a la recogida de datos cuando la información al afectado impida o dificulte gravemente el cumplimiento de las funciones de control y verificación de las Administraciones públicas o cuando afecte a la Defensa Nacional, a la seguridad pública o a la persecución de infracciones penales o administrativa”.

“2. Lo dispuesto en el artículo 15 (derecho de acceso) y en el apartado 1 del artículo 16 (derechos de rectificación y cancelación) no será de aplicación si, ponderados los intereses en presencia, resultase que los derechos que dichos preceptos conceden al afectado hubieran de ceder ante razones de interés público o ante intereses de terceros más dignos de protección. Si

el órgano administrativo responsable del fichero invocase lo dispuesto en este apartado, dictará resolución motivada e instruirá al afectado del derecho que le asiste a poner la negativa en conocimiento del Director de la Agencia de Protección de Datos o, en su caso, del órgano equivalente de las Comunidades Autónomas”.

El TC considero que los incisos en cursiva eran una habilitación en blanco a la Administración Pública para decidir con un grado intolerable de discrecionalidad en qué casos da curso al ejercicio de los derechos de los usuarios y en qué casos no con el fácil expediente de acudir a aquellas excusas genéricas. En este punto el TC ha sido muy contundente. En los ff. jj. 17 y 18 de su STC 292/2000 afirmó:

“17. En el caso presente, el empleo por la LOPD en su art. 24.1 de la expresión “funciones de control y verificación”, abre un espacio de incertidumbre tan amplio que provoca una doble y perversa consecuencia. De un lado, al habilitar la LOPD a la Administración para que restrinja derechos fundamentales invocando semejante expresión está renunciando a fijar ella misma los límites, apoderando a la Administración para hacerlo. Y de un modo tal que, como señala el Defensor del Pueblo, permite reconducir a las mismas prácticamente toda actividad administrativa, ya que toda actividad administrativa que implique entablar una relación jurídica con un administrado, que así será prácticamente en todos los casos en los que la Administración necesite de datos personales de alguien, conllevará de ordinario la potestad de la Administración de verificar y controlar que ese administrado ha actuado conforme al régimen jurídico administrativo de la relación jurídica entablada con la Administración. Lo que, a la vista del motivo de restricción del derecho a ser informado del art. 5 LOPD, deja en la más absoluta incertidumbre al ciudadano sobre en qué casos concurrirá esa circunstancia (si no en todos) y sume en la ineficacia cualquier mecanismo de tutela jurisdiccional que deba enjuiciar semejante supuesto de restricción de derechos fundamentales sin otro criterio complementario que venga en ayuda de su control de la actuación administrativa en esta materia.

“Iguales reproches merece, asimismo, el empleo en el art. 24.2 LOPD de la expresión “interés público” como fundamento de la imposición de límites a los derechos fundamentales del art. 18.1 y 4 CE, pues encierra un grado de incertidumbre aún mayor. Basta reparar en que toda actividad administrativa, en último término, persigue la salvaguardia de intereses generales, cuya consecución constituye la finalidad a la que debe servir con objetividad la Administración con arreglo al art. 103.1 CE.

“18. Las mismas tachas merecen también los otros dos casos de restricciones que han sido impugnados por el Defensor del Pueblo, la relativa a la persecución de infracciones administrativas (art. 24.1 LOPD) y la garantía de intereses de terceros más dignos de protección (art. 24.2 LOPD).

“El interés público en sancionar infracciones administrativas no resulta, en efecto, suficiente, como se evidencia en que ni siquiera se prevé como límite para el simple acceso a los archivos y registros administrativos con-

templados en el art. 105 b) CE. Por lo que la posibilidad de que, con arreglo al art. 24.1 LOPD, la Administración pueda sustraer al interesado información relativa al fichero y sus datos según dispone el art. 5.1 y 2 LOPD, invocando los perjuicios que semejante información pueda acarrear a la persecución de una infracción administrativa, supone una grave restricción de los derechos a la intimidad y a la protección de datos carente de todo fundamento constitucional. Y cabe observar que se trata, además, de una práctica que puede causar grave indefensión en el interesado, que puede verse impedido de articular adecuadamente su defensa frente a un posible expediente sancionador por la comisión de infracciones administrativas al negarle la propia Administración acceso a los datos que sobre su persona pueda poseer y que puedan ser empleados en su contra sin posibilidad de defensa alguna al no poder rebatirlos por resultarles ignotos al afectado. La propia LOPD establece en su art. 13 que los ciudadanos “tienen derecho a no verse sometidos a una decisión con efectos jurídicos, sobre ellos o que les afecte de manera significativa, que se base únicamente en un tratamiento de datos destinados a evaluar determinados aspectos de su personalidad”. Criterios difícilmente compatibles con la denegación del derecho a ser informado del art. 5 LOPD acordada por la Administración Pública con el único fundamento de la persecución de una infracción administrativa.

“Por último, el apartado 2 del art. 24 LOPD establece que los derechos de acceso a los datos (art. 15.1 y 2 LOPD) y los de rectificación y cancelación de los mismos (art. 16.1 LOPD) podrán denegarse también si, ‘ponderados los intereses en presencia, resultase que los derechos que dichos preceptos conceden al afectado hubieran de ceder ante [...] intereses de terceros más dignos de protección’. Resulta evidente que tras lo ya dicho, a la vista de que este inciso permite al responsable del fichero público negar a un interesado el acceso, rectificación y cancelación de sus datos personales, y al margen de que esos intereses puedan identificarse con los derechos fundamentales de ese tercero o con cualquier otro interés que pudiese esgrimirse, semejante negativa conlleva abandonar a la decisión administrativa la fijación de un límite al derecho fundamental a la protección de los datos de carácter personal sin ni siquiera establecer cuáles puedan ser esos intereses ni las circunstancias en las que quepa hacerlos valer para restringir de esa forma este derecho fundamental.

(...)

“Como en otra ocasión hemos aseverado, los motivos de limitación adolecen de tal grado de indeterminación que deja excesivo campo de maniobra a la discrecionalidad administrativa, incompatible con las exigencias de la reserva legal en cuanto constituye una cesión en blanco del poder normativo que defrauda la reserva de ley. Además, al no hacer referencia alguna a los presupuestos y condiciones de la restricción, resulta insuficiente para determinar si la decisión administrativa es o no el fruto previsible de la razonable aplicación de lo dispuesto por el legislador (SSTC 101/1991, FJ 3, y 49/1999, FJ 4). De suerte que la misma falta evidente de certeza y previsibilidad del límite que el art. 24.2 LOPD impone al derecho fundamental a la protección de los datos personales (art. 18.4 CE), y la circunstancia de que,

además, se trate de un límite cuya fijación y aplicación no viene precisada en la LOPD, sino que se abandona a la entera discreción de la Administración Pública responsable del fichero en cuestión, aboca a la estimación en este punto del recurso interpuesto por el Defensor del Pueblo al resultar vulnerados los arts. 18.4 y 53.1 CE”.

Esto tiene cierta importancia porque una cláusula muy similar está prevista en la LOV respecto a las restricciones que el responsable de estos ficheros puede oponer al ejercicio de los derechos de acceso y cancelación de los afectados por un control de videovigilancia. El artículo 9 LOV dispone que podrán denegarse el ejercicio de esos derechos “en función de los peligros que pudieran derivarse para la defensa del Estado, la seguridad pública, la protección de los derechos y libertades de terceros o las necesidades de las investigaciones que se están realizando”. Parece que, en una recta aplicación de la doctrina antes transcrita de la STC 292/2000, habría que considerar contrario al derecho fundamental a la protección de datos la denegación del ejercicio de los derechos citados si el motivo de la denegación estriba en la protección de “las necesidades de las investigaciones que se estén realizando”, sin más.

4.1. Tipología de ficheros policiales

La LOPD en su artículo 22 parece distinguir entre los ficheros policiales con finalidades administrativas, y aquellos empleados para “fines policiales”, dice la norma, y que debieran entenderse referidos a investigaciones de hechos que pudieran ser constitutivos de infracciones penales y/o administrativas.

Los ficheros policiales que tienen finalidad administrativa son tratados como cualquier otro fichero de cualquier otra Administración pública. Estos ficheros están sujetos al régimen general de la LOPD.

Los ficheros con finalidades policiales que regula el artículo 22.2 de LOPD se deben clasificar en aquellos donde ha habido un previo consentimiento del afectado para que sus datos sean incorporados a ese fichero y sometidos a tratamiento, y aquellos en los que no hay ese previo consentimiento, y, en consecuencia no hay conocimiento del afectado de su recogida y tratamiento ni previa información. Estos últimos son los que expresamente regula el apartado 2 del artículo 22. Dice ese apartado segundo:

“2. La recogida y tratamiento para fines policiales de datos de carácter personal por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad sin consentimiento de las personas afectadas están limitados a aquellos supuestos y categorías de datos que resulten necesarios para la prevención de un peligro real para la seguridad pública o para la represión de infracciones penales, debiendo ser almacenados en ficheros específicos establecidos al efecto, que deberán clasificarse por categorías en función de su grado de fiabilidad”.

Entonces, cabe inducir del artículo 22 LOPD que todo tratamiento de datos efectuado por las FFCCSS que persigan fines administrativos, o que lo hagan de fines policiales que no estén ligados a “la prevención de un peligro real para la seguridad pública o para la represión de infracciones penales” está sujetos al régimen general de la LOPD.

A la vista de lo dicho más arriba, respecto de los derechos de los interesados, el caso de los ficheros con fines policiales que pueden crearse y existir sin previo consentimiento del interesado, y, en consecuencia sin estar informado sobre su existencia y finalidad, plantea serias dudas cuando de procedimientos administrativos (piénsese en el régimen de extranjeros) se trata. Menos dudas plantea, por el contrario, los que se creen en el marco de investigaciones policiales concretas dentro de una instrucción penal.

En nuestra opinión, los ficheros, temporales o permanentes⁵ que resulten del uso de videocámaras fijas o móviles se debe encuadrar en el marco del artículo 22 LOPD dada, por lo demás, la coincidencia de fines. El artículo 1 LOV dispone que el objeto de esta Ley es regular “la utilización por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de videocámaras para grabar imágenes y sonidos en lugares públicos, abiertos o cerrados, y su posterior tratamiento, a fin de contribuir a asegurar la convivencia ciudadana, la erradicación de la violencia y la utilización pacífica de las vías y espacios públicos, así como de prevenir la comisión de delitos, faltas e infracciones relacionados con la seguridad pública”. Lo que complementan los artículos 4 y 5 LOV al establecer los motivos que pueden justificar la instalación y/o empleo de cámaras fijas y de equipos de grabación móviles. En el primer caso esos motivos son “asegurar la protección de los edificios e instalaciones públicas y de sus accesos; salvaguardar las instalaciones útiles para la defensa nacional; constatar infracciones a la seguridad ciudadana, y prevenir la causación de daños a las personas y bienes”; y en el segundo fijas “para el mejor cumplimiento de los fines previstos en esta Ley, quedando, en todo caso, supeditada la toma, que ha de ser conjunta, de imagen y sonido, a la concurrencia de un peligro concreto”.

5 No se olvide que la LOV prevé un régimen específico de conservación de las grabaciones en su artículo 8: “Las grabaciones serán destruidas en el plazo máximo de un mes desde su captación, salvo que estén relacionadas con infracciones penales o administrativas graves o muy graves en materia de seguridad pública, con una investigación policial en curso o con un procedimiento judicial o administrativo abierto”. Que es desarrollado en detalle por los artículos 18, 19 y 20 RV. No se olvide que conforme a lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 22 LOPD: “Los datos personales registrados con fines policiales se cancelarán cuando no sean necesarios para las averiguaciones que motivaron su almacenamiento. A estos efectos, se considerará especialmente la edad del afectado y el carácter de los datos almacenados, la necesidad de mantener los datos hasta la conclusión de una investigación o procedimiento concreto, la resolución judicial firme, en especial la absolutoria, el indulto, la rehabilitación y la prescripción de responsabilidad”. Sin duda para fijar el alcance temporal de esa necesidad será de gran utilidad la rica doctrina del TC sobre el tiempo de la detención del artículo 17.2 CE.

El propio artículo 22 contempla el caso de aquellos ficheros policiales que contengan datos de los comúnmente denominados “sensibles” del artículo 7 LOPD: ideología, religión o creencias, afiliación sindical y los que hagan referencia al origen racial, a la salud y a la vida sexual.

En ese caso, la LOPD acude a la doctrina del peligro cierto, real e inminente para justificar excepcionalmente la obtención de esos datos y su tratamiento por las FFCCSS. Establece el artículo 22 en su apartado 4 que la recogida y tratamiento de datos sensibles por las FFCCSS solo podrá realizarse “en los supuestos en que sea absolutamente necesario para los fines de una investigación concreta”. Así pues, podrá crearse un fichero policial, o podrá contener este tipo de datos, si cabe acreditar la existencia de un riesgo cierto, inminente y real que requiera su empleo, cuya evidente formalización es la existencia de una investigación concreta. No basta, pues, la mera sospecha, sino la existencia de indicios racionales de que existe ese peligro, y así habrá de razonarse en el marco de una investigación, so pena de infringir el principio de proporcionalidad (artículo 6 LOV y artículo 4 LOPD). También este criterio debe aplicarse al uso de videocámaras (repárese en las grabaciones de una manifestación pública en la que quepa luego asociar a determinadas personas con determinadas ideologías o filiaciones sindicales o políticas).

La cuestión que se plantea es que tipo de investigación. A mi juicio, la investigación sería constitucionalmente admisible si es de tipo penal. Investigaciones de otro tipo a mi ya me causan alguna dificultad para encajarlas sin aristas en el marco del art. 22, del art. 7 y, por tanto, en el marco de la garantía constitucional del derecho fundamental a la protección de datos. No obstante estos ficheros policiales en los que se contienen datos sensibles siguen generando dificultades. Por ejemplo, ¿se pueden obtener sin consentimiento del interesado? Si se obtienen sin el consentimiento del interesado hay que aplicar entonces lo previsto en el apartado segundo del art. 22 de la LOPD. Es decir, tal y como señalábamos antes deben ser ficheros específicos fundados en la investigación de riesgo reales y ciertos para la defensa personal y la seguridad pública.

Indudablemente el apoyo constitucional para que la policía en el ejercicio de sus funciones pueda restringir un derecho fundamental está en el marco de todos los preceptos, como el art. 55 relativo a la suspensión general o singular de derechos fundamentales. No está de más recordar que en ninguno de los dos casos ni en el caso de suspensión general en estados de crisis ni en el supuesto de suspensiones singulares por investigaciones en materia de terrorismo o de bandas armadas se contempla la suspensión de la protección de datos de la propia imagen de la intimidad. Únicamente se contempla el secreto de las comunicaciones y en el caso de las suspensiones singulares requiere cobertura en la LOPD. También hay que tener muy en cuenta el art. 104 de la CE que fija el marco constitucional de la actuación de las Fuerzas

y Cuerpos de Seguridad del Estado que a su vez se encuentra desarrollado fundamentalmente en tres ámbitos normativos: la LOSC, la LOFCS, la Ley 11/2000 que regula el CNI y la Ley 2/2002 que regula el control judicial de ciertas actuaciones de los agentes adscritos al CNI.

4.2. El caso de la STC 37/1998 y la STEDH Caso Peck c. Reino Unido de 28 de enero de 2003

El TC ha dicho muy poco sobre la materia. Su jurisprudencia está resumida fundamentalmente en cinco sentencias destacando sobre todo las dos últimas que son las que yo ahora me voy a detener. La STC 37/1998 es la famosa sentencia del caso del piquete LAB. Como recordarán se trataba de una patrulla de la Ertzaintza que en el control que hacían de la actuación de un piquete informativo del sindicato LAB tomó fotografías y grabó en video a las personas que formaban parte del piquete.

El TC dictó una sentencia aplicando a la actuación de la administración pública lo que previamente había dicho con carácter general para el supuesto de la instalación de videocámaras y de sistemas de control y de vigilancia en el ámbito de las relaciones laborales en los casos “Casino de La Toja” y “Economato de ENSIDESA”. En el primero de estos casos se habían instalado cámaras para captar las conversaciones de los empleados y de los clientes del casino y en el segundo se habían instalado unos micrófonos en el economato. El TC en ambos casos ha insistido siempre en la proporcionalidad, es decir, hay un fin constitucional para establecer estos sistemas de control pero siempre que sean proporcionados al riesgo que queremos prevenir. En el caso “Piquete LAB”, donde no se acreditó un riesgo cierto para la seguridad y para el orden público, el TC entendió que la medida de grabación y de control era desproporcionada y por lo tanto lesiva del derecho a la propia imagen.

El TEDH en el Caso Peck se ocupó de un supuesto de videocámaras policiales y difusión posterior de las imágenes captadas por ellas. El recurrente había sido captado por una cámara policial de tráfico deambulando de madrugada con un cuchillo en la mano. El controlador que operaba con la cámara avisó de esta circunstancia a la policía que interceptó al recurrente (quien pretendía suicidarse). El TEDH acudió a su reiterada doctrina (Rotaru c. Rumania y Amann c. Suiza) para distinguir entre captaciones de imágenes en lugares públicos que no se almacenan de aquellos otros donde las imágenes se graban y conservan. En el primer caso el TEDH considera que la mera captación no supone una invasión de la vida privada; pero sí lo es en el segundo caso.

En el caso Peck el TEDH consideró que lo que provocó la ilegítima intrusión en la vida privada del recurrente no fue el hecho de ser captado en un lugar público por una cámara policial de tráfico, sino la circunstancia de que las fotos que se le tomaron fueron divulgadas públicamente por el propio ente

público responsable de la cámara que a su vez las entregó a la prensa la cual también las divulgó públicamente, sin que hubieran concurrido en el caso una de las razones que pueden justificar no obstante la divulgación incontestada de esas imágenes: que el recurrente acudiese o participase en un acto público o fuese un personaje público

5. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES

En materia de videovigilancia gran parte de mi intervención se ha referido a este tema a medida que me he referido a la protección de datos en relación con la protección de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado autonómicas y de la policía local. En particular sobre la videovigilancia, la Ley ahí tiene problemas serios. Así, encontramos problemas de técnica legislativa tanto de la Ley como el Reglamento. Se trata de una ley relativamente confusa. A veces no queda muy claro cuál es el régimen que hay que aplicar si estamos con cámaras fijas o con cámaras móviles.

Cabe advertir que el uso de este tipo de cámaras resulta propenso y permítanme esta expresión a crear ficheros con los datos que obtenemos. El fichero ya lo creamos desde el momento en que la Ley nos permite conservar las grabaciones durante un mes. Esa conservación de grabaciones ya son ficheros de datos a los que hay que aplicar el régimen que acabamos de ver del artículo 22 de la LOPD y todas estas cuestiones que acabo de indicar. Ello con una curiosidad y es que la propia Ley excluye de su ámbito de aplicación la actividad policial en el ejercicio de actuaciones propias de policía judicial. Por tanto, si eso es así, a mi me cuesta trabajo visualizar como las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad pueden utilizar mecanismos de captación de grabación de imágenes y sonido en el marco de investigación judicial, en el marco de unas diligencias previas o de un sumario penal sin una autorización judicial. Parece que el régimen en este caso es que se requiere que el Juez de instrucción autorice a utilizar mecanismos de grabación. La razón de ello es que estos mecanismos suponen: a) una restricción del derecho a la protección de datos a medida en yo voy a conservar esas grabaciones; b) una restricción del secreto de las comunicaciones, porque yo puedo estar con la grabación de sonidos interfiriendo una comunicación privada con esa grabación; y c) una restricción al derecho de la propia imagen, porque yo voy a estar captando la imagen física de personas sin contar con su consentimiento.

Recordemos que el Tribunal Constitucional ha matizado una cierta idea de que la captación de imágenes en lugares públicos es una excepción al régimen constitucional de derecho a la propia imagen. Ha venido a decir que si el derecho a la propia imagen supone un control sobre el uso y destino de la imagen física, el que se capte en un lugar privado o en un lugar público tendrá relevancia a los efectos de graduar la proporcionalidad de la medida de restricción, pero no deja de estar restringiéndose el derecho a la propia

imagen de la persona cuando se capta su imagen en un lugar público. Otra cosa, es que sea menos intensa la restricción que si se capta, por ser menos masiva, en un lugar privado. En la medida, además, que en un lugar público se supone que esa persona está asumiendo un riesgo de publicidad de su imagen limitada que es el del lugar público en el que está, sobre el que una vez captada esa imagen se pueda utilizar en otros destinos. Esa medida, a mi juicio, queda fuera del marco de la autorización judicial para la captación mediante mecanismos de videovigilancia de imágenes o sonidos encuadrado en una instrucción penal. La medida no cabría y eso tiene una relevancia importante que es a efectos de la prueba. Si hacemos eso es para preconstituir una prueba sumarial, eso está claro, que si yo grabo esto en el marco de una instrucción penal es porque estoy preconstituyendo una prueba que puedo utilizar como prueba de cargo, exactamente igual que las escuchas telefónicas o las diligencias dentro del registro de un domicilio.

Por tanto, hay que someterse a todo el régimen de garantías constitucionales declaradas por el TC en materia de prueba sumarial y de prueba preconstituida y en particular en las relativas en las intervenciones en las comunicaciones privadas. Insisto, me da igual que la comunicación se haga a través de un medio electrónico o de un medio postal, el medio no altera en nada el régimen constitucional de garantías del secreto de las comunicaciones.

Cuando el medio supone una invasión o una restricción de derechos fundamentales lo único en que daría una posible legitimidad es cuando estaría amparado en la protección de un bien o un interés o un derecho constitucional. El fin de la seguridad es garantizar la integridad física de personas o de bienes. Por lo tanto, los derechos fundamentales como el derecho a la integridad física en determinadas personas o el derecho de la propiedad pueden dar una cierta legitimación constitucional. Ahora bien, falta otro elemento de juicio que es su cobertura porque el régimen constitucional de restricción de derechos fundamentales no solo pivota y se reduce a la búsqueda de un fin constitucionalmente legítimo. Este es el punto de partida. Una vez que ha hallado una base constitucional que legitima la medida, esta a su vez se sujeta a una serie de exigencias constitucionales para ser conforme a la norma constitucional. Estas exigencias son, entre otras, la cobertura y el rango de la norma que da cobertura, que ha de ser ley orgánica, el principio de proporcionalidad, que sea una norma que responda a los criterios de certeza y previsibilidad.

En fin, una serie de cuestiones que van de suyo después de que llego a la conclusión de que hay bien constitucional digno de protección que da amparo a esa medida de restricción de derechos fundamentales. Por lo tanto, no basta solo con utilizar medios de videovigilancia por el hecho que la actividad que lleva a cabo la seguridad privada esté contagiado la legitimidad constitucional. Es necesario, además, responder también al sistema de garantías constitucionales.

USO DE LA VIDEOVIGILANCIA EN LA INVESTIGACIÓN DEL DELITO

Fany Soledad Quispe Farfán*

Universidad Nacional Mayor de San Marcos

SUMARIO: 1. Uso de cámaras en las vías públicas. 2. La videovigilancia pública como sistema de prevención. 3. La videovigilancia como herramienta de investigación del delito. 4. Clases de cámaras de videovigilancia. 5. Requisitos para valorar la evidencia en video.

Una cámara de seguridad instalada en una calle en Piura, cerca de un hostel registró una brutal golpiza de un sujeto contra una mujer a quien pateó, arrastró, golpeó reiteradamente contra la acera y amenazó con una réplica de arma de fuego. La mujer se negó a denunciar el hecho.

Otra cámara de seguridad instalada en una tienda de venta de teléfonos móviles registró el momento en que ladrones armados ingresaron amenazando a vendedores y clientes y robar dinero y equipos móviles.

Un ciudadano al regresar a su casa, encuentra que ha sido víctima de robo. La cámara de seguridad instalada al interior de su vivienda registró la entrada de dos personas que en unos minutos sustrajeron sus cosas de valor.

Es conocido el refrán de que una imagen vale más que mil palabras, es por ello que el avance de la ciencia nos proporciona cada día mejores herramientas para la vigilancia de las personas que incluso no requieren el contacto físico con el vigilado, contribuyendo con evidencia a la investigación del delito.

La tecnología es la expresión del desarrollo científico de nuestra sociedad y tiene un carácter ambiguo o bífrente¹, es decir, somos nosotros los responsables de su uso, pues en sí misma no afecta los derechos de las personas. Dicha utilización trae consigo nuevos retos jurídicos y plantea nuevas interrogantes en el ámbito de la persecución penal: La existencia de cámaras de seguridad en los lugares públicos y privados, por un lado, nos brinda una

* Fiscal Provincial Penal Titular de Lima, Mg. en Ciencias penales por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

1 DÍAZ MULLER, Luis, "Tecnología y derecho a la intimidad, Nuevos desafíos jurídicos", p. 991, versión digital disponible en: <bit.ly/1Qpg5Li>.

sensación de seguridad y por otro lado, la sensación de sentirnos vigilados. La percepción de vivir inseguros nos lleva a buscar mecanismos de seguridad.

Esta situación social ha sido denominada como *sociedad de riesgo*, por el sociólogo Ulrich BECK², definida como “el de un futuro de inseguridades permanente”, frente a los peligros de la tecnología, ambientales, laborales, etc. Este miedo causado por los nuevos riesgos ha provocado respuestas políticas, que han terminado incluso por subvertir los fundamentos del derecho penal liberal³. No es ajeno a nosotros que las últimas reformas penales tienden a privilegiar la seguridad.

Dichas respuestas a los reclamos ciudadanos se han concretado en una inevitable expansión del Derecho Penal⁴ y en modelos de derecho penal de la seguridad que contravienen la mínima intervención preconizada por el garantismo⁵.

1. USO DE CÁMARAS EN LAS VÍAS PÚBLICAS

Panoptico, significa visión total. Este concepto fue introducido por Jeremías Bentham al diseñar, en 1791, el *Panopticon*, un centro penitenciario, en el cual se podía observar a todos los prisioneros sin posibilidad de ser visto. Era un lugar en forma de anillo, que tenía en el medio un patio con una torre, donde se encontraba un vigilante.

Jeremy Bentham definió al panóptico como la “forma arquitectónica que permite un tipo de poder del espíritu sobre el espíritu, una especie de institución que vale tanto para las escuelas como para los hospitales, las prisiones, los reformatorios, los hospicios o las fábricas”. La vigilancia, dentro del panoptismo desempeña un rol destacado y su objetivo fundamental es “vigilar a los individuos antes de que la infracción sea cometida”, por eso se la simboliza por un ojo siempre abierto⁶.

Actualmente, el término panóptico se ha expandido y se utiliza para señalar que la sociedad actual tiende a un tipo de vigilancia que se evidencia,

- 2 Cfr. BECK, Ulrich, “De la Sociedad Industrial a la Sociedad de Riesgo”, en *Revista de Occidente*, N.º 150, Madrid, 1993.
- 3 Cfr. RIVERA BEIRAS, Iñaki, “Historia y Legitimación del Castigo, ¿hacia dónde vamos?”, en *Sistema Penal y problemas Sociales*, Tirant lo blanch, Valencia, 2003, pp.119-123.
- 4 SILVA, Jesús María, *Expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 1999.
- 5 Cfr. MENDOZA BUERGO, Blanca, *El derecho penal en la sociedad de riesgo*, señala que dentro de los que se pueden calificar como propulsores de un derecho penal de la seguridad, no existe un bloque uniforme, pues distingue: el derecho penal de la seguridad como una de las condiciones de riesgo (KINDHAUSER), el derecho penal como control global (KRATZSCH) y las posturas funcionalistas (JAKOBS y MUSSING).
- 6 NIETO SANTOS, M^a del Carmen, “Espacios pervertidos. Auschwitz: la otra realidad”, disponible en: <<http://bit.ly/1IVN9Zc>>.

por ejemplo, en el registro visual de nuestra existencia y nuestros actos a través de las videocámaras, también llamado sistema de videovigilancia, para registrar lo que acontece día a día y a controlar la sensación de inseguridad de las calles:

“[En] tanto que percepción subjetiva, el miedo a la criminalidad se orienta selectivamente hacia las formas más visibles de delincuencia —violencia callejera, doméstica, terrorista [...], a menudo representadas por sectores sociales marginales, jóvenes pertenecientes a tribus urbanas, desocupados que mendigan o vagabundean, inmigrantes ilegales—. Son los estereotipos de criminal, portadores simbólicos de esa amenaza sentida para la paz individual. En cuanto tales, la inquietud y el temor que provocan en el seno de la sociedad raras veces se apoyan en una base real porque no son sus agresiones objetivas las que computan sino su representación en la imaginación social”⁷.

El uso de cámaras en la ciudad se vuelve cotidiano y tolerable, pues somos vigilados de modo permanente, sin que nos percatemos de ello, por lo que se suele decir que nos hemos convertido en una sociedad panóptica.

2. LA VIDEOVIGILANCIA PÚBLICA COMO SISTEMA DE PREVENCIÓN

La sola instalación de cámaras de filmación, aun cuando no se encuentren realmente operativas, conlleva a la sensación de control, imitando de esta manera el modelo del *Papnoticon*, donde lo esencial es que se sepa vigilado.

“Para ello Bentham ha sentado el principio de que el poder debía ser visible e inverificable. Visible: el detenido tendrá sin cesar ante los ojos la elevada silueta de la torre central de donde es espiado. Inverificable: el detenido no debe saber jamás si en aquel momento se le mira; pero debe estar seguro de que siempre puede ser mirado”⁸.

A todo esto, uno se pregunta si la *videovigilancia* es negativa o es un medio adecuado de prevención al delito. Probablemente el discurso de la seguridad sea muy persuasivo, pues la instalación de videocámaras en espacios públicos nos permiten registrar lo que pasa en las calles: desórdenes públicos, robos, lesiones, tráfico de drogas, etc., funcionando también como un medio de prevención del delito. Al respecto, el profesor ROXIN señala:

7 MAQUEDA ABREU, María Luisa, “Políticas de Seguridad y Estado de Derecho”, en Pérez Álvarez F. (coord.), *Serta: In memoriam Alexandri Baratta*, Ediciones Universidad de Salamanca, 2004.

8 FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar; nacimiento de la prisión*, Siglo XXI Editores, México D.F. 2005, p. 205.

“También la vigilancia por video de zonas peligrosas la considero como un medio adecuado de prevención del delito. Se puede objetar que vigilar mucho produce un efecto intimidatorio y especialmente es un medio preferido en las dictaduras. Pero esta es una forma de reflexión indiferenciada. Pues no se trata de un medio como el de las dictaduras empleadas para la vigilancia política sino para [el] control criminal (...)”⁹.

Realizar modificaciones del entorno con el fin de evitar que la persona delinca, es lo que se conoce actualmente como prevención situacional del delito, pues “tiende a reducir las oportunidades e incentivos para los transgresores, maximizando los riesgos de que sean atrapados y minimizando los beneficios del delito mediante técnicas como el diseño ambiental satisfactorio de los espacios públicos y la vivienda, y la prestación de asistencia a las víctimas”¹⁰.

Ronald Clarke, en su *Situational Crime Prevention* describió las estrategias de vigilancia como un importante instrumento en el marco de la prevención situacional del delito¹¹ y que se pueden resumir en: a) incrementar el esfuerzo del infractor (hacer que le cueste más); b) aumentar el riesgo percibido (mayor probabilidad de detección); c) reducir el beneficio esperado de la comisión del delito; d) reducir las situaciones que puedan incitar a delinquir; y, e) eliminar las excusas que se utilizan para justificar el delito.

De ese modo, pareciera que la instalación de cámaras de video en lugares públicos crea un efecto disuasivo hacia las personas e influye en el comportamiento, pues existe el temor a ser sorprendido.

“El sujeto se despolitiza, se desactiva como individuo si se paraliza por el temor a que su actividad pueda ser interpretada como inapropiada. ‘Pueda ser’ ya es suficiente. Es un proceso psicológico sencillo. El hecho de conocer que existe una mera posibilidad de ser vigilado y acusado ya ha condicionado nuestra libertad de acción en el espacio público”¹².

Sin embargo, el impacto real en la reducción de la criminalidad es mínimo. Así en el caso del Reino Unido existe un gran número de videocámaras (se ha calculado que una persona puede ser grabada por más de 300 cámaras al día) y dado la gran inversión dineraria que supone, se ha llegado

9 ROXIN, Klaus, “Problemas Actuales de la Política Criminal”, versión digital disponible en: <bit.ly/1X0PgMI>.

10 UNOCDS, *Cómo hacer para que funcionen las directrices de las Naciones Unidas Sobre la Prevención del Delito*, 12º Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal Salvador, Brasil, 12 a 19 de abril de 2010, versión digital disponible: <bit.ly/1NULe7K>.

11 Cfr., PAZ CIUDADANA, ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE ANALISTAS DELICTIVOS, “Análisis delictual: enfoque y metodología para la reducción del delito”, versión digital disponible en: <bit.ly/1lqkeBZ>.

12 DÍAZ, Rubén, “Pensar la videovigilancia como debate para una construcción colectiva del espacio público”, versión digital disponible en: <bit.ly/1lqkiSv>.

a la conclusión según un estudio realizado, de que los programas de uso de cámaras de videovigilancia “han tenido un resultado general limitado respecto los niveles de delincuencia”¹³.

3. LA VIDEOVIGILANCIA COMO HERRAMIENTA DE INVESTIGACIÓN DEL DELITO

No hay duda que la instalación de cámaras de filmación como en los casos citados al inicio de este artículo, va a servir *ex post*, como herramienta de investigación del delito, aun cuando no sirva eficientemente para reducir los índices de delincuencia.

La grabación en video es un tipo de evidencia demostrativa, es decir, aquella que no requiere de un objeto físico relacionado directamente con el caso, (por ejemplo un arma), sino que es aquella que *demuestra* lo que pasó.

En el caso de la videovigilancia, no se trata solo de una mera forma de graficar cómo ocurrieron los hechos sino que efectivamente corresponde a la realidad o parte de la realidad de los hechos, por lo que las imágenes obtenidas suelen tener gran impacto en el proceso.

Aunque es claro que la captación de una imagen no resulta suficiente para castigar, más aún cuando en la captación y difusión de una imagen se podría advertir una tendencia retroactiva hacia la presunción de culpabilidad, que aún subsiste contra personas estigmatizadas socialmente y como correlato de las campañas de ley y orden, se sostiene que la cámara de vigilancia transforma a una persona en un objeto:

“(...) No discierne entre ‘tipos de infracciones’, no sabe valorar un contexto o una circunstancia. Orinar, beber alcohol, reunirse a jugar a las cartas en la vía pública o colgar una pancarta contra la precariedad laboral, se equiparan. De hecho, depende de a qué hora, con qué intención y cuántos individuos formen el grupo, son acciones que se consideran desafiantes¹⁴.

Sin embargo, el desarrollo actual de esta herramienta y su uso extendido conlleva la necesidad de un desarrollo jurídico en torno a las implicancias del uso de la videovigilancia.

Al respecto, hoy se reconoce el derecho fundamental a la protección de la imagen como dato de carácter personal, por lo que la utilización de esta

13 TÉLLEZ VALDÉS, Julio, “La regulación jurídica de la videovigilancia bajo una perspectiva de derecho comparado”, p. 772, versión digital disponible en: <bit.ly/1HMYOJb>.

14 DÍAZ, “Pensar la videovigilancia como debate para una construcción colectiva del espacio público”, cit.

herramienta debe ser ponderada a efectos de la menor afectación a los derechos de las personas¹⁵.

3.1. La percepción de la flagrancia a través de la videovigilancia

El uso de cámaras de seguridad es un elemento potenciador de los sentidos a efectos de establecer la realización inmediata y actual del delito, es decir, la flagrancia.

“La percepción que una persona realiza del mismo no necesariamente se basa en el alcance normal de sus sentidos. Eventualmente el sujeto utilizará algún medio técnico que maximice el alcance de estos: desde un aparato auditivo para mejorar el sentido del oído; una cámara videográfica colocada en un centro comercial que permita observar las diferentes áreas —auxiliando el sentido de la vista—; hasta los ámbitos mismos de los sistemas informáticos y la percepción visual-auditiva de los hechos que en estos se suscitan”¹⁶.

Con la modificación del artículo 259 del CPP, introducida por la Ley N.º 29569, del 25 de agosto del 2010, que redefinió el concepto de flagrancia hasta por 24 horas de producido el hecho punible, lo que contraviene la inmediatez que la caracteriza, se introdujo además la utilización de los medios audiovisuales o equipos que registren la imagen a efectos de determinar la flagrancia.

Independientemente de los problemas causados por la difusión de las imágenes captadas por las cámaras de videovigilancia, es necesario referirnos al uso de dichos registros en el marco de una investigación criminal:

“La tecnovigilancia es, como la misma expresión indica, el sometimiento mediante dispositivos técnicos a control de las actividades de una persona —principalmente—, lugar u objeto preciso en una investigación penal, tanto para poder probar una actividad delictiva pasada (observar quién accede al cuadro robado, al depósito de armas descubierto, por ejemplo), como actual o futura (observar las actividades de sospechosos de un delito para ver si lo reiteran).

(...) máquinas que reciben y emiten imagen y sonido... sustituyendo, en el ámbito probatorio procesal posterior [,] el testimonio del vigilante por el mismo testimonio complementado y auxiliado de imágenes y sonidos —do-

15 Dictamen 4/2004 relativo al Tratamiento de Datos Personales mediante Vigilancia por Video-cámara. La regulación incluye el derecho de acceder a las grabaciones por parte de cualquier persona que haya sido registrada.

16 QUINTERO María Eloísa e Isabel Claudia MARTÍNEZ ÁLVAREZ, “La percepción de la flagrancia; en especial, el uso de medios técnicos”, versión digital disponible en: <bit.ly/1MQ9eUB>.

cumental—, desde luego más convincentes, pero también, desde el punto de vista de las garantías, más intrusivas y lesivas de derechos fundamentales”¹⁷.

Actualmente en nuestro país se ha dado inicio a la regulación normativa con el D.Leg. 1218 publicado el 24 de setiembre del 2015 en relación a la instalación y uso de videocámaras fijas o móviles por parte de los entes públicos o privados con la obligación expresa de poner a disposición de la autoridad las grabaciones obtenidas, si las cámaras registran hechos de interés de una investigación penal estas pueden ser incorporadas en una investigación.

4. CLASES DE CÁMARAS DE VIDEOVIGILANCIA

Se presentan diversas situaciones en relación a las cámaras de video-seguridad instaladas que son de interés para fines de investigación del delito:

- Cámaras de uso particular instaladas para captar espacios privados y públicos aledaños.
- Cámaras instaladas en espacios públicos.
- Cámaras instaladas por la autoridad en el marco de una medida de videovigilancia conforme al Código Procesal Penal del 2004.

4.1. Caso de cámara de uso particular para captar espacios privados y públicos aledaños

El espacio privado es aquel reservado a la esfera de nuestra intimidad. Las personas en la intimidad de sus domicilios, suelen colocar cámaras de video para controlar lo que sucede al interior. Asimismo a veces se instalan cámaras de seguridad en el exterior de sus casas para controlar lo que acontece en su calle o en la puerta de su casa.

Es claro que estas cámaras podrían registrar también un hecho ilícito. En este caso consideramos que para su incorporación válida al tratarse de bien privado debiera ser entregada de forma voluntaria por el titular del bien o en su defecto incautado.

Asimismo debe tenerse en cuenta la posición de la cámara, esto es si se encuentra dirigida a un espacio privado o público, por lo que de encontrarse dirigido a grabar un espacio privado se deberá igualmente seguir el procedimiento de incautación de documentos privados, conforme lo dispuesto en el art. 232 del Código Procesal Penal.

Este espacio privado no puede ser equiparado a “lugar cerrado”, pues existen lugares cerrados que son espacios públicos y lugares abiertos donde

¹⁷ Velasco, Eloy, “Novedades técnicas de investigación penal vinculadas a las nuevas tecnologías”, versión digital disponible en: < bit.ly/1Mgn9G4 >.

se desarrollan actividades privadas, como sería el caso de una boda al aire libre, sin que por el hecho de realizarse en “lugar abierto”, aunque delimitado para evitar el ingreso de extraños, signifique una renuncia a la intimidad y a la protección de las imágenes obtenidas y en las que solo el titular de los derechos a la imagen debiera decidir al respecto, salvo que exista interés público como sería el caso de una investigación penal.

4.2. Caso de cámaras instaladas en espacios públicos

En este caso podemos estar frente a cámaras de propiedad pública, como son las cámaras de videovigilancias que se instalan en las calles, plazas, edificios públicos, etc.; así como frente a cámaras de propiedad privada que se instalan en centros comerciales, cines, restaurantes, estadios, etc.

Cuando estamos frente a cámaras privadas de videovigilancia en espacios públicos es evidente que ello involucra un deslizamiento del control del riesgo del Estado hacia los particulares e incluso puede significar una suerte de tolerancia social en la captación de imágenes de determinadas personas, por lo que se suele regular la obligación de entregar el registro de imágenes de interés delictivo. Asimismo la captación de estas imágenes en espacios públicos conlleva la necesidad de la protección de los derechos de las personas que son registradas quienes debieran conocer la existencia de cámaras de videovigilancia en los lugares donde se encuentran.

Sin embargo a pesar de la proliferación de cámaras, en muchos países la videovigilancia no ha sido aún objeto de una regulación legal específica. En el caso de Europa, existen por un lado países que han regulado a través de normas el uso de la videovigilancia, la necesidad de autorización previa para su instalación por parte de una autoridad de protección de datos; y, por otro lado, países que si bien no cuentan con disposiciones legales específicas, la autoridad encargada de la protección de datos garantizan su protección a través de dictámenes, directivas o códigos de conducta¹⁸.

En diciembre de 2006, la Agencia Española de Protección de Datos impulsó una normativa que obliga a registrarse a todas las personas o empresas que cuenten con sistemas de videovigilancia. Aquellas entidades que quieran guardar imágenes (y crear un “fichero”) deberán notificarlo a la agencia. En todo momento, quienes filmen deberán colocar distintivos con la leyenda “zona vigilada”.

18 Documento de trabajo relativo al tratamiento de datos personales mediante vigilancia por videocámara, versión digital disponible en: <bit.ly/1QphcL3>. En Alemania, a través de la Ley Federal de Datos de 2001, se reglamentó el uso de la videovigilancia por parte de entidades privadas y autoridades federales como la policía y los servicios de inteligencia. En Italia, se estableció el llamado decálogo de la vigilancia por videocámara, del 29 de noviembre de 2000.

En el Perú, mediante Decreto Legislativo 1218 publicado el 24 de setiembre del 2015 se reguló el uso de las cámaras de videovigilancia en bienes de dominio público, vehículos de servicio de transporte público de pasajeros y establecimientos comerciales abiertos al público con un aforo de cincuenta (50) personas o más, como instrumento de vigilancia ciudadana, para la prevención de la violencia y del delito, así como el control y persecución del delito o falta.

Lo polémico en nuestra regulación es que se ha establecido la instalación de videocámaras como un deber cuando se trate de bienes de dominio público, servicio público de transportes de pasajeros y establecimientos privados con un aforo mayor de 50 personas en una clara tendencia a institucionalizar el traslado del control del riesgo a los particulares.

Se establece como limitación que estas cámaras no deben captar o grabar espacios que vulneren la intimidad de las personas, entendiéndose con ella, que no se deben grabar conversaciones privadas, el uso de servicios higiénicos, vestidores, etc.

Sin embargo es necesario regular que existen otros espacios públicos que son de uso privado menos evidentes, que podrían afectar el derecho a la intimidad e imagen de las personas, como son los establecimientos comerciales como gimnasios, spas, piscinas, cuyas imágenes captadas por los establecimientos obligados a contar con dichas cámaras de videovigilancia, debieran ser desechadas en un lapso de tiempo y que no podrían ser usadas ni difundidas sin autorización de los usuarios.

Por otro lado, lo que resulta común a varias legislaciones, en dicho Decreto Legislativo 1218 se establece la obligación de la persona natural o jurídica, privada o pública, propietaria o poseedora de cámaras de videovigilancia que capte o grave imágenes, videos o a la Policía Nacional del Perú o al Ministerio Público, según corresponda audios que presenten indicios razonables de la comisión de un delito o falta, de informar y hacer entrega de esta información de manera inmediata. Asimismo se establece la garantía de confidencialidad de la identidad de quienes entreguen esta información.

Al respecto, existe consenso al señalar que estas grabaciones realizadas por videocámaras en estos establecimientos obligados por ley tienen valor probatorio pues de manera automática se limita a registrar lo que acontece con fines puramente preventivos.

Es decir que en el caso de registro de hechos por videocámaras públicas o privadas instaladas en espacios públicos pueden ser incorporados a la investigación penal sin que se requiera algún mandato judicial previo que autorice la grabación, ya sea al tratarse de hechos flagrantes o de hechos que revistan alguna relevancia para una investigación penal cuya grabación responde a la casualidad.

Hay que anotar además que el concepto de espacio público no puede ser equiparado tampoco siempre a un lugar abierto, pues hay espacios públicos eminentemente cerrados como es el caso de los cines, teatros, centros comerciales, edificios públicos, etc. y donde las videocámaras pueden registrar hechos de interés para una investigación penal.

Asimismo, en países donde se ha regulado la necesidad de aviso de “zonas videovigiladas”, se infiere que quien libremente ingresa a estos lugares presta implícitamente su consentimiento a ser captado por ellas¹⁹. En otros ordenamientos se ha desarrollado la idea de una “ausencia de expectativa razonable de intimidad”, como el supuesto de espacio público y en el que se puede practicar determinadas diligencias sin orden judicial²⁰. Pues incluso una grabación en lugar público no puede usarse de modo indiscriminado que afecte su propia imagen. En tal sentido:

“[La] jurisprudencia introduce, para una correcta valoración de la obtención de la prueba, el correctivo de la proporcionalidad, por el que la grabación de un investigado sin su conocimiento y consentimiento, supone una injerencia en sus derechos de la personalidad a no ser que esté justificada por motivos de prevención y/o investigación del delito, lo que se analizará mediante la aplicación al caso concreto de los juicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto del uso de la tecnología ingiriente (sic) como medio imprescindible para alcanzar el bien social preferente de poder probar así el delito”²¹.

Un ejemplo común es el asalto producido en un supermercado, donde las cámaras de seguridad grabaron el instante de robo y el rostro de los autores, en este caso no cabe duda que las tomas videográficas de los hechos y que responde a la casualidad, son relevantes para la investigación del delito.

Hoy existe consenso de que el registro de hechos realizado por videocámaras públicas o privadas instaladas en espacios públicos pueden ser incorporado a la investigación penal sin que se requiera algún mandato judicial previo que autorice la grabación.

Es por ello que el concepto de “espacio público” es altamente relevante a fin de incorporar este tipo de evidencia. El concepto de espacio público tampoco puede ser equiparado siempre a un lugar abierto, pues hay espacios pú-

19 MARTÍN MORALES, *El derecho a la intimidad*, cit. Señala asimismo que si la policía necesita llevar a cabo grabaciones en estos lugares podrá acceder libremente a ellos durante las horas en que permanecen abiertos al público.

20 LUNA OSORIO, Andrés Hernando, “Medios técnicos y expectativa razonable de intimidad en la investigación penal”, versión digital disponible en: <bit.ly/U6TnNu> (último acceso setiembre 2012).

21 VELASCO NUÑEZ, Eloy, “La captación de la imagen de lugares y personas como medio de investigación penal”, versión digital disponible en: <bit.ly/1m467iJ>.

blicos eminentemente cerrados como es el caso de los cines, teatros, centros comerciales, edificios públicos, etc., donde las videocámaras pueden registrar hechos de interés para una investigación penal.

La vigilancia electrónica que ejercen las fuerzas de seguridad que lleven a cabo en un lugar público no requieren orden judicial, nos referimos a videograbación en vehículos policiales, herramientas de grabación en el cuerpo del agente y cámaras policiales de monitoreo, que en los distintos países suelen estar reguladas por guías y directrices institucionales.²²

Es preferible usar el término “espacio público” en vez de *lugar abierto* a efectos de permitir la videograbación sin necesidad de solicitar una orden judicial, pues la noción de “lugar abierto” no resulta suficiente pues como anotamos existen lugares abiertos que son espacios privados.

4.3. Cámaras instaladas por la autoridad en el marco de una medida de videovigilancia conforme al Código Procesal Penal del 2004

En nuestro ordenamiento procesal penal (Código Procesal Penal del 2004) se ha recogido el término *videovigilancia* como medio de búsqueda de pruebas.

El término *videovigilancia*, como hemos visto, es más amplio, pues se utiliza como una forma de prevención y control, por lo que “cuando se utiliza una videocámara, no para prevenir, sino para investigar *a posteriori* y obtener pruebas relacionadas con delitos ya cometidos o recabar información sobre cuestiones específicas de carácter laboral, matrimonial, etc., no cabe hablar, en sentido estricto, de videovigilancia, sino simplemente de tomas videográficas”²³.

Para precisar y dada la denominación de nuestro Código Procesal Penal, podríamos referirnos a esta medida más en estricto como “videovigilancia controlada”. Por otro lado y de conformidad con lo establecido en el artículo 185 del Código Procesal Penal el video obtenido será considerado como prueba documental.

22 Surveillance.

23 MARTÍN MORALES, Ricardo, “El derecho a la intimidad: grabaciones con videocámaras y microfonía oculta”, versión digital disponible en: <bit.ly/1GvaQF9>.

a. Características en nuestro ordenamiento:

Para su ejecución y posterior incorporación al proceso penal se debe tener en cuenta las normas previstas en el artículo 207 del Código Procesal Penal:

1. Debe tratarse de investigaciones por delitos violentos, graves o contra organizaciones delictivas.
2. Se realiza sin conocimiento del afectado.
3. Existen dos niveles:
 - a. *Registro de Imágenes*: Se realiza el registro de imágenes en lugares determinados por medio de cámaras fotográficas y diversas videograbadoras.
 - b. *Observación (por ende seguimiento) e investigación del lugar del residencia*. Se realiza además a través de otros medios técnicos especiales (GPS, micrófonos, binoculares, microcámaras, etc.)
4. Debe realizarse cuando resulten indispensables para cumplir los fines de esclarecimiento o cuando la investigación resultare menos provechosa o se vería seriamente dificultada por otros medios.
5. Pueden ser dirigidas contra el investigado o terceras personas. En caso de la observación siempre que el tercero esté en conexión con el investigado o cuando resulte indispensable para cumplir la finalidad de la investigación, sin cuya realización se podría frustrar dicha diligencia o su esclarecimiento pueda verse esencialmente agravado.
6. Se llevan a cabo aún si por la naturaleza y ámbito de la investigación, se ven irremediabilmente afectadas terceras personas.
7. Para su utilización como prueba en el juicio, rige el procedimiento de control previsto para la intervención de comunicaciones.
8. Se requerirá autorización judicial cuando estos medios técnicos de investigación se realicen en el interior de inmuebles o lugares cerrados.

Al respecto, dado lo señalado anteriormente, es necesario detenernos en este punto.

b. Necesidad de autorización judicial

Como hemos visto, el Código Procesal Penal del 2004, en su artículo 207.3 introdujo el concepto de “lugar cerrado” al referirse a la videovigilancia con fines de búsqueda de pruebas, al señalar expresamente que “se requerirá autorización judicial cuando estos medios técnicos de investigación se realicen en el interior de inmuebles o lugares cerrados”.

Sin embargo ello conllevará necesariamente al desarrollo jurisprudencial, pues es evidente que los conceptos de “inmuebles o lugar cerrado” no son suficientes a efectos de delimitar la noción de espacio privado y determinar cuándo se requiere suplir el consentimiento del titular de un derecho a la protección de su imagen e intimidad por medio de una orden judicial, más aún cuando los conceptos de lo público y privado han ido evolucionando con la modernidad.

Como bien señaló el Tribunal Supremo español, “en principio la autorización judicial siempre será necesaria cuando sea imprescindible vencer un obstáculo que haya sido predispuesto para salvaguardar la intimidad no siendo en cambio preciso el ‘placet’ judicial para ver lo que el titular de la vivienda no quiere ocultar a los demás”.²⁴

Es decir, cuando la situación de la videovigilancia involucra una “expectativa razonable de privacidad” entonces se requiere una orden judicial.

Una lectura literal de la exigencia de orden judicial en lugar cerrado o al interior del inmueble, conllevaría a excluir material probatorio por puro formalismo sin evaluar si este derechos afectados.

No basta señalar entonces que nos encontramos ante un lugar cerrado para *per se* señalar que se encuentra afectadas lo derechos a la intimidad sino que se requiere evaluar si es que en cada caso existe una violación a los derechos un edificio público ha afectado dichos derechos.

Un “lugar cerrado” no es sinónimo de un espacio privado. Los conceptos de lo público y privado han ido evolucionando con la modernidad y el uso de la tecnología actual: el hecho de colocar una webcam en la habitación hace que las personas conviertan en público un espacio que antes era considerado reservado o si se quiere “cerrado”.

En el caso por ejemplo de edificios públicos, nos encontramos mayormente frente a espacios públicos, sin desconocer que existen espacio íntimos propios como el caso de servicios higiénicos, vestidores, etc.; es decir que cada situación en particular debe ser merituada a efectos de establecer si es que nos encontramos ante un espacio íntimo.

La autorización judicial de realizar grabaciones de videovigilancia, responde a la necesidad de evitar que de modo arbitrario se vulneren derechos tan preciados como la intimidad, por lo que resulta necesario el desarrollo jurisprudencial en este tema, pues es evidente que los conceptos de “inmuebles o lugar cerrado” no son suficientes a efectos de delimitar la noción de espacio privado y determinar cuándo se requiere suplir el consentimiento del titular de un derecho a la protección de su imagen e intimidad por medio de una orden judicial.

24 STS 913/1996, de 25 de noviembre y en la STS 453/1997, de 15 de abril.

5. REQUISITOS PARA VALORAR LA EVIDENCIA EN VIDEO

Para valorar su correspondencia con la realidad resulta de gran importancia que para su incorporación en el proceso, dicha grabación supere las características de *autenticidad, confiabilidad, suficiencia y conformidad con las normas jurídicas*²⁵: a fin de lograr que el mismo pueda ser introducido en un futuro juicio:

1. *La Autenticidad*: La evidencia ha sido generada y registrada en un lugar relacionado con el caso y corresponde a la realidad, es decir, no ha sido alterada.
Se debe verificar que se haya comunicado y puesto a disposición de la autoridad en la brevedad para garantizar que no sido manipulación, así como la aportación íntegra de lo grabado.
2. *La confiabilidad* La evidencia proviene de una *fuentes que es creíble y verificable*.
3. *La suficiencia*, La evidencia establece relaciones entre los datos y eventos presentados
4. *Conformidad con las normas jurídicas*. La evidencia ha sido obtenida observando los procedimientos legales. Esto es la legitimidad de la filmación, que en su desarrollo no se ha haya vulnerado el derecho a la intimidad y la inviolabilidad domiciliaria.

The Internet Society (2002) mediante las RFC²⁶, ha establecido protocolos y directivas para el uso de la Internet, incluso muchas de ellas se toman como estándares por peritos informáticos, siendo de interés la RFC 3227 Directrices para la recolección y archivo de evidencia²⁷, que contiene un conjunto de lineamientos sobre la recopilación y archivo de las pruebas, a efectos de que existan más posibilidades de ser admitidas en un proceso judicial y son de gran utilidad en el uso de grabaciones web.

Es de destacar que en dichos protocolos se establece que no son admisibles la recolección de evidencia que: a) vulneren la intimidad o revelen información personal; b) vulneren o no se ajusten a las normativas legales o de seguridad de la empresa; c) que no puedan demostrarse que no han sido manipuladas.

En relación a este último aspecto, la llamada autenticación de un video, tiene que ver con el avance de la tecnología digital, por lo que muchas veces

25 Cfr. < bit.ly/1MvSym4>

26 Por sus siglas en inglés (Request For Comments) a cargo de la IETF (internet Engineering Task Force)

27 De autoría de D. BREZINSKI, y T. KILLALEA, "Guidelines for Evidence Collection and Archiving", la RFC3227 se puede revisar en: <bit.ly/1Nyk3Lvs>.

el "original", entendido como primer dato grabado, puede producir infinidad de copias que son admisibles como prueba²⁸.

Sin embargo, esta misma tecnología digital permite que sea "editado para reorganizar la cronología de los acontecimientos descritos, distorsionan el paso del tiempo, y mostrar los eventos fuera de secuencia y el contexto. Si la cadena no es debidamente observada (por ejemplo, debido a una documentación inadecuada) el video puede ser 'arrojado fuera de los tribunales'"²⁹.

Es por eso que los procedimientos de obtención de la evidencia deben ser muy cuidadosos y la autenticación del video debe establecer la forma en que fue grabado, ya sea a través del testigo que captó la imagen o a través del experto que de modo técnico acredite que las imágenes no han sido alteradas de modo impropio pues es permisible mejorar la calidad de la imagen siempre que no afecte su exactitud.

La importancia de la evidencia visual actualmente crece junto con el avance tecnológico, por lo que la incorporación en el juicio de este tipo de evidencia debe ser flexible, si es que es pertinente, en relación a su carácter demostrativo³⁰.

28 Vid., Informe de la Cámara de los Lores, sesión 1997-98, Quinto Informe del Comité Selecto sobre Ciencia y Tecnología de imágenes digitales como evidencia, versión digital disponible en: <bit.ly/1SSflge>.

29 CARELESS, James, "Video evidence", versión digital disponible en: <bit.ly/1PuJtja>.

30 DEEHL, David L. y CARLSON, P.A, "Demonstrative Evidence in Federal Court", versión digital disponible en: <bit.ly/1HRUzac>.

Este libro se terminó de imprimir
en enero de 2016 en los
Talleres Gráficos del
Instituto Pacífico
Jr. Castrovirreyna N.º 224 - Breña
Central: 332-5766
Lima - Perú