

EL POLICÍA INFILTRADO
LOS PRESUPUESTOS JURÍDICOS EN
EL PROCESO PENAL ESPAÑOL

Rocío ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS

Doctora en Derecho

Área de Derecho Procesal

Universidad Carlos III de Madrid

tirant lo blanch
Valencia, 2010

mado organizativo, encuentra una recompensa y seguridad no sólo con respecto a su persona sino a sus familiares⁹².

En el ordenamiento español, echamos de menos todas estas previsiones que se ponen de relieve en las legislaciones de nuestro entorno. Es en este sentido, en el que debemos exigir una regulación de la infiltración policial que se corresponda con las características de esta forma de criminalidad y sobre todo que refleje un estricto cumplimiento del principio de proporcionalidad.

III. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y SU APLICACIÓN EN LA INFILTRACIÓN POLICIAL

La finalidad de la investigación penal, es la búsqueda de la verdad. Ésta búsqueda debe desarrollarse sólo con los medios legítimos y bajo los parámetros de la legalidad⁹³. En este sentido, el principio

Debe tenerse en cuenta que la influencia que los integrantes de estas organizaciones tienen tanto en el sector público como en el privado, generada en numerosas ocasiones por el miedo a no responder a las prerrogativas que reclaman este tipo de criminalidad mafiosa, les lleva a conocer numerosos datos que pueden resultar muy perjudiciales para las personas que se enfrentan contra ellas y que intentan parar su actividades delictivas y por ende, su fuente de financiación. En este sentido, debe recordarse, que la criminalidad organizada verdaderamente peligrosa, es aquellas que manifiesta su influencia en el sector lícito, que se infiltra en las instituciones públicas.

⁹³ GONZÁLEZ CUELLAR SERRNAO, *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales*... op. cit., pág. 39. La jurisprudencia también ha elaborado un concepto relativo al principio de proporcionalidad. El Tribunal Constitucional configura un concepto a sensu contrario de este principio, estableciendo que su omisión implica el sacrificio innecesario de los derechos fundamentales que la Constitución garantiza y que se pueden ver afectados por la medida. SSTC 66/1985, de 23 de mayo; 99/1987, de 11 de junio; 18/1988, de 16 de febrero; 50/1995, de 23 de febrero. Asimismo reconoce que *las medidas limitadoras habrán de ser necesarias para conseguir el fin perseguido. La interpretación de la necesidad de la interpretación de la limitación de un derecho fundamental y el adículo consiguiente de la proporcionalidad de la medida adoptada no pueden ser enunciados en la mente del juez a falta de un examen, ni siquiera mínimo del objeto sobre el que recae su prohibición, así como un acto contrario al principio general de la interdicción de la arbitrariedad (Art. 9.3) STC 13/1985, de 31 de enero; 25/2005, de 14 de febrero. Igualmente el Tribunal Supremo caracteriza el principio de proporcionalidad, sin definirlo exactamente, al establecer, las*

de proporcionalidad se manifiesta como un criterio para establecer los límites a la intervención estatal en la búsqueda de la verdad, equilibrando los intereses del Estado y los derechos de las personas objeto de la investigación⁹⁴.

Durante la investigación delictiva, pueden adoptarse determinadas medidas restrictivas de derechos fundamentales. La legalidad y admisibilidad de las mismas quedará subordinada, en lo que ahora interesa, al estricto respeto del principio de proporcionalidad en el momento de su adopción y desarrollo, condicionando la legitimidad de la actuación a que ésta sea necesaria o imprescindible para la consecución de un fin propio en una «sociedad democrática»⁹⁵.

Sin embargo, el principio de proporcionalidad aplicado a la infiltración policial no sólo responde a la idea de limitación de derechos fundamentales sino a las peculiaridades de este medio de investigación. En este sentido, el uso del engaño efectivo a través de la identidad supuesta, su consideración de medio extraordinario y su determinación como más agresivo con las personas objeto de inves-

cualidades que deben tener las limitaciones de los derechos fundamentales en el caso de que las mismas sean necesarias para el curso de una investigación penal. *La limitación de los derechos fundamentales en un Estado de Derecho, debe ajustarse en todo momento a las previsiones del legislador constitucional procurando que la lesión se reduzca al mínimo tratando de salvaguardar en todo momento, el sistema democrático basado en que la libertad del individuo no se subordine o someta a posiciones utilitaristas o pragmáticas que tratan de subordinar los intereses del Estado sobre los derechos individuales!*... *El principio de proporcionalidad exige que este medio de investigación se reduzca a casos muy representativos de la preocupación de los ciudadanos por la criminalidad producida en el ámbito de la comunidad. En igual sentido, se pronuncia el TS en Sentencias de 25 de junio de 1993 (Tol 399575); de 11 de mayo de 1998 (Tol 238759); de 12 de mayo de 1999 (Tol 5955); de 7 de julio de 2004 (Tol 483730).*

⁹⁴ PEDRAZ PENALVA, «El principio de proporcionalidad y principio de oportunidad», en *Constitución, jurisdicción y proceso*, Akal, Madrid, 1990, pág. 342. A este respecto, GALETTA, identifica el principio de proporcionalidad como instrumento de garantía del llamado contenido esencial de los derechos fundamentales reconocidos a nivel comunitario. En «El principio de proporcionalidad en el Derecho Comunitario», en Cuadernos de Derecho Público núm. 5, dedicado *El Principio de proporcionalidad*, 1998, pág. 80.

⁹⁵ FASSBENDER, «El principio de proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en Cuadernos de Derecho Público núm. 5, dedicado *El Principio de proporcionalidad*, 1998, pág. 52.

tigación, son causas suficientes para hacer que el principio de proporcionalidad no sólo tenga que estar presente en la adopción de la medida sino en la actuación del agente encubierto con respecto a los demás integrantes de la organización criminal.

Por ello, debemos tener en cuenta que aunque el primer momento de la infiltración policial no genere restricción de derechos fundamentales, si podemos afirmar con rotundidad que a lo largo de la investigación, la injerencia del infiltrado en los mismos⁹⁶ se incrementa, dependiendo del rol concreto que adopte del agente encubierto durante la investigación, pues ya afirmamos que existirán diferentes grados de infiltración.

Así, estrechamente relacionado con la tan mencionada *zona de equilibrio*, la intervención del agente encubierto hay que circunscribirla en el campo de tensión existente entre el deber de los poderes públicos de realizar una eficaz represión de la conducta delictiva y la protección de que tales derechos deben dispensar el Estado⁹⁷, justificándose así la existencia del principio de proporcionalidad, que exige la ponderación de los intereses en conflicto⁹⁸. Por ello, la importancia del principio de proporcionalidad en el ámbito procesal penal se debe

⁹⁶ Estos derechos no son ilimitados, sino que por el contrario la propia CE establece los límites a los mismos. Esto significa que los derechos fundamentales se pueden restringir pero no de manera arbitraria sino que esencialmente se observancia de una serie de requisitos entre los que se encuentra, fundamentalmente, el principio de proporcionalidad.

⁹⁷ MORENO CATENA, «Garantías de los derechos fundamentales en la investigación penal...» op. cit., pág. 133.

⁹⁸ GONZÁLEZ CUELLAR SERRANO, *Proporcionalidad y derechos fundamentales... op. cit.*, pág. 17-21. GONZÁLEZ BELLFUSS, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Aranzadi, Navarra, 2003, pág. 97. Como afirma PRIETO SANCHIS, radica en que cuanto mayor sea el grado de afectación del derecho, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción de los intereses perseguidos, en el caso que nos ocupa, la finalidad de la investigación. En «Observaciones sobre las antinomias y el criterio de ponderación». En Cuadernos de Derecho Público, núm. 11, septiembre 2000, pág. 19. Para MEDINA GUERRERO, gracias al principio de proporcionalidad se cuenta con un instrumento que permite revisar de modo objetivo si la conciliación de los derechos y bienes constitucionales se ha efectuado correctamente, procurándose que ninguno de ellos resulte injustificadamente sacrificado en beneficio del otro derecho o bien con el que colisionan. En *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, pág. 119.

a la confrontación individuo-Estado que tiene lugar en el seno del proceso penal y la potencial lesión de derechos fundamentales en el curso de una investigación⁹⁹.

Para evidenciar todas estas circunstancias, esta parte del trabajo la dedicaremos al estudio del principio de proporcionalidad aplicado a la infiltración policial y al juicio de proporcionalidad que debe respetar el agente encubierto en las concretas actuaciones que tenga que desarrollar a lo largo de la investigación.

1. Aplicación del principio de proporcionalidad en la infiltración policial

En el derecho español, el principio de proporcionalidad se entiende de rango constitucional por venir implícitamente contenido en el artículo 25 CE, que al consagrar el principio de legalidad. Pero más concretamente, la regulación del principio de proporcionalidad se encuentra en cada uno de los preceptos que establecen los límites del ejercicio de los derechos fundamentales¹⁰⁰. En este sentido afirma GONZÁLEZ CUELLAR que la exigencia del principio de proporcionalidad viene impuesta por los preceptos constitucionales que garantizan los derechos fundamentales y libertades públicas y que permiten la interposición del recurso de amparo en su defensa¹⁰¹.

⁹⁹ AGUADO CORREA, *El principio de proporcionalidad en el Derecho penal*, Ederas, Madrid, 1999, pág. 93-94.

¹⁰⁰ GIMENO SENDRA (junto MORENO CATENA y CORTÉS DOMÍNGUEZ), *Derecho Procesal Penal... op. cit.*, pág. 61.

¹⁰¹ GONZÁLEZ CUELLAR SERRANO, *Proporcionalidad y derechos fundamentales... op. cit.*, pág. 53. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *La ponderación de bienes e intereses... op. cit.*, pág. 106, establece que las exigencias del principio de proporcionalidad derivan de la misma posición que ocupa la persona en el Estado concebido según el modelo original del Estado de Derecho liberal individualista. En este sentido, establece el Tribunal Constitucional: «hemos consagrado el principio de proporcionalidad como un principio general que puede inferirse a través de diversos preceptos constitucionales... y que en el ámbito de los derechos fundamentales constituye una regla de interpretación que, por su mismo contenido, se erige en límite de toda injerencia estatal en los mismos, incorporando incluso frente a la ley exigencias positivas y negativas». SSTC 62/1982, de 15 de octubre; 85/1992, de 8 de junio; 86/1995, de 6 de junio; 70/2002, de 3 de abril.

Este principio se considera como límite a la actuación arbitraria de los poderes públicos. Es sin duda en el proceso penal donde debe haber una mayor atención al principio de proporcionalidad, como fórmula dirigida a evitar los posibles excesos de los poderes públicos en la esfera de los derechos fundamentales, ya que el Estado no los puede restringir con carácter indiscriminado o aleatorio.¹⁰² Por ello, podemos hablar tanto de principio de proporcionalidad como de principio de prohibición de excesos, considerado como un riguroso mecanismo de control de constitucionalidad de la actuación de los poderes públicos en la limitación de los derechos fundamentales.¹⁰³

Dos son los valores sobre los que se asienta el principio de proporcionalidad: la libertad y la justicia. El valor superior de la libertad dota de contenido al principio de proporcionalidad al inclinar la balanza, en caso de duda, a favor de la efectividad de los derechos fundamentales; en cuanto a la justicia resulta valor básico en la fundamentación del principio en un sentido de prohibición de exceso.¹⁰⁴

El principio de proporcionalidad impone, en las relaciones entre el poder público y los ciudadanos, que los derechos de éstos sólo puedan ser limitados en la medida en que ellos sea estrictamente imprescindible para la protección de los intereses públicos a los que

¹⁰² MARTÍN MORALES [et. al], *El principio constitucional de intervención indiciaria...*, op. cit., pág. 9. Esta exigencia está también consagrada en el artículo 9.3 CE.

¹⁰³ GONZÁLEZ CUELLAR SERRANO, «El principio de proporcionalidad en el Derecho Procesal Español» en Cuadernos de Derecho Público núm. 5, dedicado *El Principio de proporcionalidad*, 1998, pág. 193.

¹⁰⁴ GONZÁLEZ CUELLAR SERRANO, *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales en...*, op. cit., pág. 54. En el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 1999 (Tol 5955), el cual establece: *Los valores de libertad y justicia a los que se refiere el art. 1.1 de la CE son los pilares básicos de la construcción del principio de proporcionalidad. La libertad, en cuanto opción valorativa de realización preferente, dota de contenido al principio de proporcionalidad, ya que en caso de duda, habrá que estar por la urgencia del favor «libertatis». El valor justicia, en cuanto que, en sí mismo, integra la prohibición de excesividad y conecta con la idea de moderación, medida justa y equilibrio, también resulta básico para el contenido del principio que se comenta, que como todos los principios constituyen mandatos de actuación para la realización del contenido.*

sirve dicha limitación del ámbito de libre autodeterminación del individuo.¹⁰⁵

La aplicación del principio de proporcionalidad se efectúa a través de tres fases sucesivas: identificación de intereses en conflicto; atribución a cada uno de ellos el peso o la importancia que le corresponde en atención a las circunstancias del caso; y por último, hay que decidir sobre la prevalencia de uno sobre el otro.¹⁰⁶

Por tanto, el principio de proporcionalidad constituye un principio inherente al Estado de Derecho con plena y necesaria operatividad en cuanto su exigida utilización se presenta como una de las garantías básicas que han de observarse en todo caso en el que puedan verse lesionados los derechos y libertades fundamentales.¹⁰⁷

En cuanto al tema que nos interesa, se plantea por pare del propio artículo 282.bis LECrim, la necesidad de que la actuación del agente encubierto guarde la debida proporcionalidad con la finalidad de la investigación. Esto nos conduce a una idea básica: el principio de proporcionalidad en la infiltración policial no sólo debe reconocerse al comienzo de la investigación —por ser lesivo de determinados derechos fundamentales— sino que también debe tenerse presente durante la intervención del infiltrado.¹⁰⁸ Así, el mencionado prin-

¹⁰⁵ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *La ponderación de bienes e intereses en el...*, op. cit., pág. 105.

¹⁰⁶ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *La ponderación de bienes e intereses en el...*, op. cit., pág. 121. Señala el autor que en el ámbito de aplicación del principio de proporcionalidad la ponderación se realizará entre un derecho individual y un bien colectivo (en el caso de la infiltración policial, la ponderación se realizará entre el derecho a la intimidad y la seguridad nacional), pág. 106-107.

¹⁰⁷ PEDRAZ PENALVA; ORTEGA BENITO, «El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del tribunal constitucional y literatura especializada alemanas», en *Revista del Poder Judicial*, núm. 17, Marzo, 1990. También en PERDRAZ PENALVA, *Constitución Jurisdicción y proceso...*, op. cit., pág. 289.

¹⁰⁸ MUERZA ESPARZA, «Instrumentos procesales en la lucha contra la criminalidad organizada...», op. cit., pág. 563. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, «El agente encubierto...», op. cit., pág. 1955. Por ejemplo, cuando al infiltrado se le ordena desde la organización la realización de una determinada conducta delictiva, es el quien debe equilibrar los intereses en juego (eficacia de la investigación vs. acción delictiva) y decidir finalmente la realización o no de la acción criminal.

cipio deberá regir en todas aquellas actuaciones, desarrolladas en el transcurso de la investigación como el registro domiciliario o intervención de las comunicaciones que afectan, igualmente, derechos fundamentales.

El principio de proporcionalidad se asienta sobre dos presupuestos: uno formal, constituido por el principio de legalidad; y otro de carácter material formalizado por el principio de justificación teleológica.¹⁰⁹ Además se compone de determinados requisitos:¹¹⁰ clasificados en extrínsecos (judicialidad y motivación) e intrínsecos (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto).

A) Presupuestos del principio de proporcionalidad

El principio de legalidad exige que cualquier limitación de derechos fundamentales venga establecida por ley. En cuanto al principio de justificación teleológica requiere que toda limitación de derechos tienda a la consecución de fines legítimos.

¹⁰⁹ GONZÁLEZ CUELLAR SERRANO, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso...* op. cit., pág. 69.

¹¹⁰ Algunos autores, establecen como requisitos del principio de proporcionalidad: el principio de legalidad procesal, el requisito de la jurisdiccionalidad, a los que califica como requisitos comunes, y el principio de necesidad, al que se refieren como requisito especial y a través del que realizan una distinción entre materiales y procesales. Entre los materiales se encuentran la exigencia de que la adopción de una medida limitativa de derechos fundamentales la constituya un delito grave; y procesales que supone la necesidad de motivación de las medidas limitativas de derechos fundamentales. GIMENO SENDRA (junto a CORTÉS DOMÍNGUEZ y MORENO CATENA), *Derecho Procesal penal...* op. cit., pág. 683 y ss. Otros autores como GONZÁLEZ CUELLAR SERRANO, «El principio de proporcionalidad en el derecho procesal español...» op. cit., pág. 193. *Proporcionalidad y los derechos fundamentales...* op. cit., pág. 69. Los clasifica como extrínsecos e intrínsecos. DELGADO MARTÍN, *Criminalidad organizada...* op. cit., pág. 91, establece también, como requisito de proporcionalidad la gravedad de la conducta investigada, pero, en nuestra opinión, en el caso de la infiltración policial, este presupuesto, no es de gran utilidad para determinar la proporcionalidad de la medida, puesto que la regulación que la LECrim hace del agente encubierto, consagra, tanto delitos que por la pena a imponer son considerados graves como otros que no lo son, pero en los que la medida es necesaria, por el gran impacto dañino para la sociedad que provocan estos tipos delictivos, tal y como refleja el autor (pág. 29).

A.1. Presupuesto formal: el principio de legalidad

Plasmado en nuestra Constitución y en el Convenido Europeo de Derechos Humanos, se formula como un postulado básico para la legitimidad democrática y garantía de previsibilidad de la actuación de los poderes públicos que restrinjan la esfera de los derechos fundamentales, el principio de legalidad expresa el principio de supremacía de las leyes.¹¹¹

El cumplimiento de este principio se materializa cuando la posible restricción de los derechos fundamentales por parte de los poderes públicos se recoge en una ley con carácter orgánico.¹¹² Esta exigencia genera mayor seguridad jurídica a las personas a ellas sometidas y a la sociedad en general pues con ello se evita la actuación

¹¹¹ GONZÁLEZ CUELLAR SERRANO, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso...* op. cit., pág. 69-70.

¹¹² En este sentido se pronuncia el TC al afirmar: «Por consiguiente, como afirmamos en la citada Sentencia, la legitimidad constitucional de cualquier injerencia del poder público en los derechos fundamentales requiere que haya sido autorizada o habilitada por una disposición con rango de Ley, y que la norma legal habilitadora de la injerencia reúna las condiciones mínimas suficientes requeridas por las exigencias de seguridad jurídica y certeza del derecho». STC 169/2001, de 16 de julio. Señala el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: «A este respecto señala el TEDH que la expresión "prevista por la Ley" requiere no solamente que la medida impugnada tenga una base en la legislación nacional, sino que también se refiere a la calidad de la Ley en cuestión, requiriendo que sea accesible a la persona implicada y previsible en sus efectos (SSTEDH de 28 de junio de 2001 (Caso Vgt, Verein gegen Tierfabriken); de 16 de febrero de 2000 (Caso Amanji). Sin embargo existen posturas contrarias acerca del carácter orgánico de las leyes que desarrollen derechos fundamentales. A este respecto véase la postura adoptada por DIEZ EIMIL, mediante voto particular, en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de noviembre de 1986. Igualmente PÉREZ ROYO, al analizar las garantías de los derechos fundamentales, especialmente, la eficacia directa, señala que esta garantía significa que los derechos fundamentales tiene una eficacia directa a partir de la propia Constitución y que no es necesaria, en consecuencia, la intervención del legislador para que los ciudadanos puedan ejercerlos, aunque tal intervención pueda ser muy conveniente, dependiendo del derecho de que se trate. Pero el derecho ya está reconocido en la Constitución y ni su presencia en el ordenamiento ni su ejercicio por los ciudadanos depende de que el legislador actúe o deje de actuar. En Curso de Derecho constitucional, Marcial Pons, Madrid, 2007, pág. 581.

arbitraria de los poderes públicos¹¹³. Además, el principio de legalidad reclama que el procedimiento o modo de actuación sea también desarrollado en la ley.

En cuanto a la aplicación del principio de legalidad a la intervención de un agente encubierto, la presencia engañosa de los poderes públicos en la vida de las personas investigadas exigía que el reconocimiento legal de la medida se hiciera a través de ley orgánica. Por ello, no es reiterado recordar que la infiltración policial se incorpora a nuestro ordenamiento jurídico mediante la 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. De este modo, debemos afirmar que el carácter formal

del principio de legalidad está cubierto en la regulación de la infiltración policial¹¹⁴.

Sin embargo, el otro aspecto, el referido al fondo o al procedimiento que los agentes encubierto deben seguir, resulta del todo desatendida en la regulación actual pues excede de defectos tanto formales (relativos a la duración de la infiltración policial, modo de comunicación, control de la medida) como materiales (imprecisión acerca de quién debe autorizar la medida, forma de actuar del agente encubierto) lo que puede sugerir, problemas que nos lleven a ser condenados por el TEDH tal y como en numerosas ocasiones ha ocurrido con la regulación de la intervención de las comunicaciones telefónicas que dispone la LECrim¹¹⁵.

Es evidente que en el carácter secreto que tienen estas operaciones no procede una regulación específica sobre el modo de desarrollar la medida pero, al menos, algunos puntos claves (como por ejemplo, qué actuaciones son las que quedan amparadas por la identidad supuesta) que garanticen la seguridad jurídica reclamada por el principio de legalidad. Seguridad que debe hacerse extensible a los agentes que actúan como infiltrados que ven peligrar su integridad y su vida en estas operaciones.

Por ello, aunque admitimos que a la regulación del agente encubierto, prescrita en el artículo 282.bis LECrim, puede resultar parca e incluso deficiente en determinados aspectos, no podemos exigir que la regulación de un medio extraordinario y caracterizado por el engaño y el secreto, revele el modo de actuar del agente encubierto en el seno de la organización pues esto conllevaría no sólo el fracaso de la investigación sino que además las organizaciones criminales

¹¹³ La seguridad jurídica será consecuencia de actuar con rigor en la apreciación de los correspondientes requisitos, llevar a cabo una búsqueda incansable de la exigencia de proporcionalidad y, finalmente, motivar que, como tantas veces se ha dicho, supunde exteriorizar sobre las reglas de la lógica, las razones que conducen, desde el punto de vista jurídico, a adoptar una determinada resolución. RUIZ VADILLO, «Principio generales, legalidad, proporcionalidad, etc.», en Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 23, 1993, volumen dedicado a *La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal*. Es más el principio de legalidad, en palabras del Tribunal Europeo de Derechos Humanos supondrá una doble exigencia: *que la medida de que limite el derecho fundamental se fundamente en el «Derecho interno», esto es, que exista una Ley en sentido formal y amplio que prevea la posibilidad de dicha medida y que la norma que la prevea sea asequible al ciudadano para que adecue su conducta —calidad de la Ley— es decir, que las normas sean precisas, claras y detalladas.* (SSTEDH de 24 de abril de 1990 [Caso Krushin y Huvig]; de 25 de junio de 1997 [Caso Haldford]; de 25 de marzo de 1998 [Caso Koop]; de 30 de julio de 1998 [Caso Valenzuela]; de 18 de febrero de 2003 [Caso Prado Bugallo]). Así el TC ha manifestado que *la reserva de Ley a que, con carácter general, somete la Constitución española la regulación de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en su Título I, desempeña una doble función, a saber: de una parte, asegura que los derechos que la Constitución atribuye a los ciudadanos no se vean afectados por ninguna injerencia estatal no autorizada por sus representantes; y, de otra, en un ordenamiento jurídico como el nuestro en el que los Jueces y Magistrados se hallan sometidos «únicamente al imperio de la Ley» y no existe, en puridad, la vinculación al precedente.* SSTC 184/2003, de 23 de octubre; 8/1981, de 30 de marzo; 34/1995, de 6 de febrero; 47/1995, de 14 de febrero; 96/1996, de 30 de mayo.

¹¹⁴ ZARAGOZA AGUADO, «Nuevos instrumentos procesales en la lucha contra la criminalidad organizada»... op. cit., pág. 13. La regulación legal de este medio de investigación era una exigencia inaplazable atendiendo a razones de seguridad jurídica que el propio texto constitucional proclama al consagrar en su artículo 9.3 la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Seguridad jurídica que, desde nuestra opinión no se ha conseguido a través del artículo 282.bis LECrim.

¹¹⁵ Entre otras, SSTEDH de 31 de mayo de 2005 (Caso Vetter); de 14 de octubre de 2004 (Caso Ospina); de 27 de abril de 2004 (Caso Doerga); de 22 de julio de 2003 (Caso Y.F.); de 12 de junio de 2003 (Caso Chalkey); de 18 de febrero de 2003 (Caso Prado Bugallo).

estuvieran alerta para captar a posibles «topos» de la policía, lo que conllevaría un especial riesgo para la integridad del infiltrado.

A.2. Presupuesto material: El principio de justificación teleológica

El principio de justificación teleológica supone que la investigación penal persiga un fin legítimo en el Estado de Derecho.¹¹⁶

Mediante el principio de justificación teleológica, se intenta ponderar por un lado los valores que tratan de ser protegidos en adopción de la medida, y por otro lado aquellos que responden a la finalidad de la misma.¹¹⁷ Por ello, es necesario que la actuación de los poderes públicos obedezca¹¹⁸ por un lado a la legitimidad constitucional del fin¹¹⁹ y, por otro, a la relevancia social del mismo.¹²⁰

El fin último que se persigue con la infiltración policial es la lucha eficaz contra la delincuencia organizada tras la revelación de la ineficacia de los medios tradicionales de investigación frente a determinadas manifestaciones de criminalidad organizada.¹²¹ Así,

¹¹⁶ GONZÁLEZ CUELLAR SERRANO, «El principio de proporcionalidad en el Derecho procesal español...», op. cit., pág. 193.

¹¹⁷ GONZÁLEZ CUELLAR SERRANO, *Proporcionalidad y derechos fundamentales*... op. cit., pág. 99. Recordemos a este respecto lo dispuesto en el CEDH para la limitación de derechos fundamentales.

¹¹⁸ GONZÁLEZ CUELLAR SERRANO, *Proporcionalidad y derechos fundamentales*... op. cit., pág. 101 y ss.

¹¹⁹ Debe entenderse por legitimidad constitucional, según el TC: «el interés público propio de la investigación de un delito, y, más en concreto, la determinación de hechos relevantes para el proceso penal», SSTC 207/1996, de 16 de diciembre; 67/1997, de 7 de abril; 49/1999, de 5 de abril; 70/2002, de 3 de abril. ATC 272/1999, de 18 de noviembre.

¹²⁰ Según establece el TS, la relevancia social supone: «no sólo los delitos castigados con penas graves pueden ser objetos de esta modalidad de investigación, su aplicación puede extenderse todos aquellos ilícitos penales en los que las circunstancias concurrentes o la trascendencia social de la infracción aconsejen la utilización y aplicación de medidas tan excepcionales». Es decir, no sólo habrá que estar a la gravedad de la pena fijada para el delito investigado, sino, lo que resulta más interesante, a la trascendencia social del tipo delictivo (STS de 16 de noviembre de 1999 (Tol. 2724/69)).

¹²¹ Además señala la propia Exposición de Motivos que la delincuencia organizada posee una capacidad operativa muy superior a la de las clásicas organizaciones de delincuentes y dispone de limitados medios para la perpetra-

la articulación de la infiltración policial responde principalmente a la necesidad de imponer nuevas fórmulas capaces de luchar contra la delincuencia organizada.

En cuanto a la legitimación constitucional de la infiltración policial debemos ubicarla en la obtención de la paz social y la seguridad ciudadana que se ve perturbada por la criminalidad organizada.¹²² La relevancia social de la intervención de un agente encubierto descansa en los graves perjuicios ocasionados a la sociedad por el crimen organizado y en las dificultades inherentes a su lucha.¹²³

Así, la intervención mediante agentes encubiertos se estima adecuada a la obtención del éxito perseguido que radica en la mayor eficacia de la justicia penal.¹²⁴ Se trata de garantizar la subsistencia del Estado de Derecho que se ve menoscabado por determinadas formas de criminalidad organizada.¹²⁵ De este modo, podemos afirmar con contundencia que la infiltración policial encuentra un legítimo

¹²² ción de los delitos, y que son necesarias nuevas respuestas de los Estados y de la comunidad internacional en el orden penal, en el plano procesal y en el marco de la cooperación internacional. ZARAGOZA AGUADO, «Nuevos instrumentos procesales en la lucha contra la criminalidad organizada»... op. cit., pág. 8.

¹²³ DELGADO MARTÍN, «El proceso penal ante la criminalidad organizada»... op. cit., pág. 97, advierte el autor el riesgo que para el Estado de Derecho supone la lucha contra la delincuencia organizada. GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA HERRERO, *Criminalidad organizada y medios*... op. cit., pág. 209. Establece que la legitimidad constitucional de la finalidad pretendida por la infiltración policial, encuentra acomodo en la protección de la paz social y del derecho fundamental a la seguridad proclamada en el artículo 17.1 CE.

¹²⁴ GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA HERRERO, *Criminalidad organizada y medios extraordinarios*... op. cit., pág. 207. DELGADO MARTÍN, *Criminalidad organizada*... op. cit., pág. 29-31 y 40.

¹²⁵ GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA HERRERO, *Criminalidad organizada y medios extraordinarios*... op. cit., pág. 206-207. Así, tal y como manifiesta el profesor Gascón, la infiltración policial tiene encomendada determinadas finalidades legítimas y admitidas por el ordenamiento y que se encuentran enlazadas entre sí: en primer lugar la entrada del agente encubierto en el seno de la organización sirve para la obtención de pruebas; a través de esas pruebas se asegura el éxito del proceso; y con ello, de manera general, se alcanza la persecución del delito y el aseguramiento de la paz jurídica. GASCON INCHAUSTI, *Infiltración policial*... op. cit., pág. 112-114.

lugar en el Estado de Derecho pues ante amenazas extraordinariamente peligrosas, el Estado debe responder con estrategias eficaces.

B) Requisitos del principio de proporcionalidad

Entre los requisitos del principio de proporcionalidad hemos señalado el de judicialidad—relativo al principio de exclusividad jurisdiccional—y la motivación—donde se plasma el juicio de proporcionalidad para que la persona afectada tuviera conocimiento de la observancia del mismo, aunque en el caso de la infiltración policial supondrá un control a posteriori, dado el carácter secreto de la medida—. Entre los intrínsecos encontramos el requisito de la idoneidad referido a la adecuación para conseguir una determinada finalidad—el principio de necesidad—refleja la adopción de la medida menos gravosa para el investigado tras la comparación entre diversas alternativas existentes para la consecución de un mismo fin—y proporcionalidad en sentido estricto—obliga a contrastar la medida limitativa con el fin de la misma.¹²⁶

Estos requisitos, traducidos en el principio de subsidiariedad, suponen que la autorización de la infiltración policial siempre que se haya descartado la viabilidad de otras conductas menos gravosas para el sistema de derechos fundamentales, ya que la más grave actuación delictiva no justifica al Estado para la violación de las

garantías constitucionales. Y además, que la infiltración policial sólo será utilizada para la investigación de determinadas organizaciones criminales que se revelan realmente peligrosas para las instituciones del Estado y cuya posibilidad de que el fin sea conseguido por otros medios, es improbable debido a determinadas características sobre la estructura de la organización, la infiltración del entramado en la vida pública y en los sectores económicos, financieros, políticos, el avance tecnológico y la profesionalización de su actuación, etc.

En este sentido, y a la inversa de lo que ocurriría con los presupuestos del principio de proporcionalidad, los requisitos se materializan en el momento de la adopción de la medida—así como sus sucesivas prórrogas—atendiendo a las circunstancias del caso concreto. Así afirmamos, la infiltración policial no devendrá idónea y necesaria para la investigación de todo tipo de organizaciones criminales ya que en ese caso admitiríamos la utilización desproporcionada y arbitraria de un medio extraordinario de investigación.¹²⁷

En el marco de la infiltración policial, la adopción de la medida seguirá el siguiente procedimiento: los mandos policiales diseñarán la operación conforme a la información que hayan podido recabar por las labores de seguimiento, pero fundamentalmente, por las labores de inteligencia: el órgano judicial competente oír a los mandos policiales la realidad del caso y conforme a ello resolverá.

Con respecto a las prórrogas o cuando a lo largo de la investigación se deba autorizar la práctica de una diligencia de investigación restrictiva de derechos fundamentales, el órgano judicial debe adoptar la decisión y someterlas al control de la proporcionalidad, sin conocer los elementos indispensables pues la transmisión de esos elementos no la transmite el infiltrado sino los mandos policiales con los que éste se comunica. Es decir, las nuevas razones en las que se apoya la necesidad de prorrogar la infiltración o de autorizar una medida limitativa de derechos fundamentales, no serán transmiti-

¹²⁶

GÓNZALEZ CUELLAR SERRANO, «El principio de proporcionalidad en el Derecho Procesal Español»...op. cit., pág. 193. GONZÁLEZ BELLFUS, *El principio de proporcionalidad en la Jurisprudencia*...op. cit., pág. 124-138. Además el Tribunal Constitucional establece en STC 66/1995, de 8 de mayo; 55/1996, de 28 de marzo; 207/1996, de 16 de diciembre; 14/2004, de 29 de enero que: «para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres siguientes requisitos o condiciones: «si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por 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) es decir, ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto».

¹²⁷

Así ha sido puesto de relieve por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo al estimar que «parece un tanto excesivo el que se hubiera tenido que recurrir a la figura del "agente encubierto" para el descubrimiento de un transporte de unos gramos de cocaína». Y ello, aunque el tráfico de drogas sea cometido por una organización criminal y en el caso concreto se observen todas las circunstancias que requiere la ley. Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2003 (Tol. 267667).

das al órgano judicial de forma directa sino a través de los mandos policiales que diseñaron la operación. Por ello, de las informaciones en que se deban basar la prórroga o la adopción de medidas restrictiva de derechos fundamentales, debe desprenderse la imposibilidad de obtener el resultado por otros medios.

B.1. Idoneidad

La idoneidad exige una relación de causalidad entre la medida acordada y la finalidad deseada.¹²⁸ Supone que el medio adoptado es apto para la consecución del fin perseguido con la medida.¹²⁹

El principio de idoneidad de un medio de investigación se alcanza cuando sea previsible la consecución del fin (adecuación cualitativa); cuando su intensidad, en relación con el fin perseguido, sea tolerada por el Estado (adecuación cuantitativa) y que esté individualizada.¹³⁰

¹²⁸ GONZÁLEZ CUELLAR señala que la idoneidad constituye un criterio empírico inserto en la problemática constitucional de excesos, que hace referencia, tanto desde una perspectiva objetiva como subjetiva, a la causalidad de las medidas en relación con sus fines y exige que las inferencias faciliten la obtención del éxito perseguido en virtud de su adecuación cualitativa, cuantitativa y de su ámbito subjetivo de aplicación. En *Proporcionalidad y derechos fundamentales*... op. cit., pág. 154. También en «El principio de proporcionalidad en el Derecho procesal español»... op. cit., pág. 200 y ss. Por su parte PEIDRAZ PENALVA, *Principio de oportunidad y principio de proporcionalidad*... op. cit., pág. 345, determina la idoneidad como la adecuación del medio al resultado apreciado. PRIETO SANCHIS, «Ponderación sobre las antinomias y el criterio de ponderación», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 11, 2000, pág. 22, define la idoneidad como una de las exigencias del principio de proporcionalidad o criterio de ponderación, plasmandolo, como la acreditación de la adecuación de la medida objeto de enjuiciamiento en orden a la protección o consecución de la finalidad constitucionalmente legítima. GÓMEZ DE LIANO FONSECA HERRERO, *Criminalidad organizada y medios extraordinarios*... op. cit., pág. 207. El Tribunal Supremo establece al respecto que: «este principio exige realizar un juicio de ponderación entre la afectación que supone para el derecho fundamental implicado y la gravedad del ilícito que se trata de acreditar». STS de 13 de abril de 2004 (Tol 4207369).

¹²⁹ MEDINA GUERRERO, *La vinculación negativa del legislador a los derechos*... op. cit., pág. 128.

¹³⁰ GONZÁLEZ CUELLAR SERRANO, *Proporcionalidad y derechos fundamentales*... op. cit., pág. 160-182.

De este modo, el principio de idoneidad supone la fundamentación de que la medida limitativa sea imprescindible o que sea la medida más adecuada para averiguar tanto la realización del hecho delictivo como las circunstancias de su comisión y la culpabilidad de las personas que aparecen como implicadas.

En la infiltración policial sólo podemos hablar de adecuación cualitativa cuando se puedan conseguir datos relevantes sobre el entramado organizativo con efectos probatorios en un proceso penal.¹³¹

La intervención del agente encubierto en la investigación penal supone la presencia engañosa del Estado en la vida de los investigados. Esta presencia es intensa y continua en relación con otros medios de investigación. Así, la permisibilidad del Estado para la autorización de la infiltración debe tener como requisito básico que la organización criminal en la que se pretende infiltrar a un agente revista caracteres de gravedad, que ponga en peligro la seguridad del Estado y el correcto funcionamiento de las instituciones. Sólo así, podremos hablar de adecuación cuantitativa. Y por ello, es necesario que se observen las características del caso concreto porque no todas las organizaciones criminales serán susceptibles de infiltración. En caso contrario, la intervención del agente se considerará desproporcionada (por ejemplo, cuando lo que se pretende investigar mediante la intervención de un agente encubierto es la típica asociación de personas que agrupan en los barrios marginales para la venta de «pastillas», en estos casos, no será necesaria una infiltración policial).

La actuación del agente encubierto debe servir objetivamente para conseguir datos útiles para investigar las actividades de una concreta organización criminal.¹³² Estos datos deben ir encaminados a la eficacia de la justicia penal frente a la criminalidad organizada que redunde en la obtención de pruebas suficientes que permitan la condena de los presuntos responsables y la retirada del entramado organizativo del panorama delictual.

¹³¹ GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial*... op. cit., pág. 126.

¹³² DELGADO MARTÍN, *Criminalidad organizada*... op. cit., pág. 90.

B.2. Necesidad

Este principio se relaciona íntimamente con la prohibición de excesos puesto que tiende a la optimización del grado de eficacia de los derechos fundamentales frente a las limitaciones que pueda imponer el poder público¹³³. Y también, se relaciona, con el principio de intervención mínima que supone utilizar siempre el medio menos gravoso siempre que se consiga el mismo fin¹³⁴. esto obliga a los órganos judiciales a comprobar, ante determinadas manifestaciones de criminalidad, cuál será el grado de afectación de los diferentes medios de investigación y atender a las circunstancias del caso concreto¹³⁵. En

el contexto de la infiltración policial debemos tener en cuenta que no todos los entramados son susceptibles de investigación por el agente encubierto sino sólo cuando las demás diligencias de investigación resulten insuficientes, inadecuados e ineficaces frente a este tipo de criminalidad. Por tanto, la infiltración policial no debe configurarse como una regla general de actuación en las investigaciones de la delincuencia organizada sino que deberá atenderse a los intereses en juego en cada caso concreto para determinar si es necesaria o no la actuación de un agente encubierto¹³⁶.

Así, la adopción de la infiltración policial impone la debida ponderación y la razonabilidad de la medida en atención a las dificultades de investigación por otros medios¹³⁷.

Por tanto la necesidad de utilizar a un agente encubierto para la investigación de determinadas organizaciones criminales, deviene entre otros motivos, del carácter hermético de las organizaciones como principal característica de su *modus operandi*. Esto es, la organización jerárquica de la banda criminal, el *modus operandi* y el llamado «código de silencio», además de distribución del trabajo entre los miembros de la organización, hacen que diligencias como la del interrogatorio de algún miembro, la entrada y registro domiciliario o la intervención de las comunicaciones por sí solas no sea suficiente para obtener la información necesaria que lleve a la desarticulación de la organización criminal¹³⁸.

medida menos gravosa que se pretende adoptar debe estar provista en la ley, puesto que en caso contrario el examen de la proporcionalidad sería inútil por faltar uno de los presupuestos constitucionales como es el principio de legalidad [pág. 201].

¹³³ GUZMÁN FLUJA, «Agente encubierto y garantías del proceso penal...», op. cit., pág. 205. ZARAGOZA AGUADO «Nuevos instrumentos procesales en la lucha contra la criminalidad organizada»... op. cit., pág. 10-12.

¹³⁷ CHOCLÁN MONTALVO, *La organización criminal. Tratamiento penal y procesal*... op. cit., pág. 63.

¹³⁸ GÓMEZ DE LIANO FONSECA HERRERO, *Criminalidad organizada y medios extraordinarios*... op. cit., pág. 209-210. GASCON INCHAVISTY, *Infiltración policial y agente*... op. cit., pág. 129-131. El fracaso de estos medios es el que ha planteado la necesidad de buscar otras técnicas de investigación. Estos medios fracasan ante este tipo de delincuencia por dos motivos fundamentales: en primer lugar, porque el carácter secreto incluso para los propios miembros de la organización es carácter fundamental de las organizaciones; en segundo lugar porque, aun conociendo la información,

¹³³ MEDINA GUERRERO, *La vinculación negativa del legislador a los derechos*... op. cit., pág. 129. GONZÁLEZ CUELLAR SERRANO, *Proporcionalidad y derechos fundamentales*... op. cit., pág. 189.

¹³⁴ GONZÁLEZ BEILFUSS, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia*... op. cit., pág. 128. El principio de necesidad también es definido en similares términos por RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho*... op. cit., pág. 105. Así es como los norteamericanos entienden el principio de proporcionalidad, debiendo estar presente cuando se adopten medidas que limiten los derechos consagrados en las Enmiendas, es decir, el tribunal valorará si el resultado puede conseguirse a través de otra medida menos restrictiva para los derechos de los ciudadanos, pero no harán el juicio de proporcionalidad que los órganos españoles están obligados a realizar. Y en aquellos supuestos en que el Tribunal Constitucional Norteamericano perciba que el resultado pudo conseguirse por otra medida menos gravosa, anulará el resultado de la adoptada. BASTRESS, «El principio de la "alternativa menos restrictiva" en el Derecho Constitucional norteamericano», en Cuadernos de Derecho Público, *El principio de proporcionalidad*, núm. 5, 1998, pág. 253 y ss. PRIETO SANCHÍS, «Observaciones sobre los antinomias»... op. cit., pág. 23, dispone que la necesidad de la intervención lesiva, supone la acreditación de que no existe otra medida que, obteniendo en términos semejantes la finalidad perseguida no resulte menos gravosa o restrictiva. GIMENO SENDRA (junto CORTES DOMÍNGUEZ Y MORENOS CATENA), *Derecho Procesal Penal*... op. cit., pág. 634.

¹³⁵ GONZÁLEZ CUELLAR SERRANO, *Proporcionalidad y derechos fundamentales*... op. cit., pág. 189. Establece el autor que a pesar de la falta de regulación de medidas alternativas en nuestra ley procesal, puede defenderse la posibilidad de que los jueces apliquen medidas alternativas a las legalmente previstas siempre que sean observadas tres condiciones: idoneidad y menor lesividad de la medida alternativa; cobertura legal suficiente de la limitación de los derechos que la medida restringe; y existencia de la infraestructura necesaria para su aplicación [pág. 200-201]. No obstante, la

B.3. Proporcionalidad en sentido estricto

El principio de proporcionalidad en sentido estricto supone la ponderación de los intereses en juego, es decir, las ventajas derivadas a favor de la protección del fin público, deben compensar los perjuicios causados en el derecho que se limita.¹³⁹ Ni que decir tiene, que en caso de duda siempre existe primacía del sistema de garantías constitucionales como valores superiores del ordenamiento.¹⁴⁰

En la infiltración policial, encontramos en un lado de la balanza el interés de represión y prevención de las organizaciones criminales —lo que conlleva a garantizar la paz social e integridad de los ciudadanos¹⁴¹— y por el otro los derechos fundamentales de las personas objeto de investigación.

las preguntas formuladas de manera abierta por alguien quien no oculta su vinculación al poder público y la finalidad para la que la información se recaba, no se consiguiera de los posibles miembros de organizaciones delictivas la información requerida.

¹³⁹ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho*... op. cit., pág. 105. MEDINA GUERRERO, *La vinculación negativa del legislador*... op. cit., pág. 132: el principio de proporcionalidad en sentido estricto se traduce en la máxima de que debe tenderse a lograr un equilibrio entre las ventajas y perjuicios que inevitablemente se generen cuando se limita un derecho a fin de proteger otro derecho o bien constitucionalmente protegido. GONZÁLEZ CUELLAR SERRANO, *Proporcionalidad y derechos fundamentales*... op. cit., pág. 225: el principio de proporcionalidad en sentido estricto supone que mediante la utilización de las técnicas del contrapeso de bienes y valores y la ponderación de intereses según las circunstancias del caso concreto, si el sacrificio de los intereses individuales que comporta la injerencia guarda una relación razonable o proporcionada con la importancia del interés estatal que se trata de salvaguardar.

¹⁴⁰ GONZÁLEZ CUELLAR SERRANO, *Proporcionalidad y derechos fundamentales*... op. cit., pág. 230. PEDRAZ PENALVA, *Jurisdicción y Proceso*... op. cit., pág. 299-300, señala tres criterios para el enjuiciamiento de una invasión de los derechos básicos ponderando objetivos y medios: cuanto más sensible sea la intrusión de una norma, más relevantes deberán ser los intereses de la comunidad que se hallan en colisión con ella; a la inversa, el mayor peso y preeminencia de los intereses generales justifican una irrupción más grave; y finalmente, el diverso peso de los intereses individuales garantizados en los derechos fundamentales constituye una orientación en sí misma.

¹⁴¹ Dentro del que se encontrarán criterios como la gravedad del delito investigado; mayor o menos interés social en su esclarecimiento; mayor o menos duración de la medida restrictiva... MARTÍN MORALES (et. al), *El principio constitucional de intervención indiciaria*... op. cit., pág. 15. DELGADO

El juicio de proporcionalidad se medirá a través de una serie de indicadores¹⁴². La **consecuencia jurídica de la medida**, es decir, la obtención de información relevante sobre un entramado criminal que debe ser suficiente para sostener una sentencia de condena para la mayoría de los integrantes de la organización, y la desarticulación de la concreta organización criminal en la que se ha actuado¹⁴³; la **importancia de la causa**, que se concentra en la gravedad del delito, el peligro de reiteración y el interés público por el éxito del proceso; y por último, la individualización de la medida, es decir, en la adopción de la medida atendiendo a las circunstancias concretas del caso. En este sentido, la adopción de una operación encubierta, debe dirigirse a la investigación de una determinada organización criminal aunque, el grado de imputación no podrá ser conocido totalmente hasta no se obtenga información sobre los verdaderos integrantes de la organización. A pesar de ello, se exige que estas circunstancias queden exteriorizadas directamente en la resolución judicial que autorice la medida¹⁴⁴.

¹⁴² MARTÍN, *Criminalidad organizada*... op. cit., pág. 91. GUZMAN FLUJA, «El agente encubierto y las garantías del proceso penal»... op. cit., pág. 206.

¹⁴³ GONZÁLEZ CUELLAR SERRANO, *Proporcionalidad y derechos fundamentales*... op. cit., pág. 252. La aplicación de estos criterios de medición a la infiltración policial, GASCON INCHAUSTI, *Infiltración policial y agente*... op. cit., pág. 135 y ss. GÓMEZ DE LIANO FONSECA HERRERO, *Criminalidad organizada y medios extraordinarios*... op. cit., pág. 210 y ss. Esto se traduce a la necesidad de que las autoridades penales tomen en cuenta factores tales como la dimensión geográfica de la organización, la capacidad de corrupción, su estabilidad en el tiempo y sobre todo, el interés público de que estos hechos delictivos no se reiteren por el peligro que conllevan para la sociedad. DELGADO MARTÍN, *Criminalidad organizada*... op. cit., pág. 91 y 92. Es decir cuando la actuación de un grupo criminal incrementa notablemente el peligro para la sociedad, está justificada la infiltración policial. Al respecto señala, ESTRELLA RUIZ, *el juez debe tomar como referente inicial la relevancia social de los bienes que se tratan de proteger con la persecución del delito, que si bien normalmente van asociados con la gravedad de los penas que en su día se pudieran imponer, ello no necesariamente es así*. En, «Entrada y registro, interceptación de comunicaciones postales, telefónicas, etc.»... op. cit.

¹⁴⁴ En este sentido refiere MARTÍN PALLÍN que no son válidas las fundaciones basadas en rasgos o perfiles inciertos como los que se derivan de estereotipos tales como: «sospechas policiales»; «informaciones fidedignas»; «investigaciones realizadas o en marcha» o «fuentes policiales». En «Impacto social, criminológico, político y normativo del tráfico de drogas»...

Además, debemos tener en cuenta otros factores relevantes e indicativos de la necesidad de la actuación del agente encubierto. Sabido es que como medio extraordinario de investigación que supone un *plus de lesividad* en las garantías procesales. En este sentido, la infiltración policial no puede ser un medio de investigación generalizado para asegurar la eficacia del proceso penal frente a las organizaciones criminales, sino que por el contrario habrá que optar a los intereses en juego en cada caso. Así la gravedad de la conducta delictiva de la organización, la implantación de la organización en nuestro Estado, la perjudicial actuación para la sociedad, la influencia negativa que a modo de corrupción puede incidir en los poderes públicos, son elementos a tener en cuenta a la hora de ponderar la necesaria intervención de un agente encubierto. De este modo, el principio de proporcionalidad en sentido estricto, en el caso de la infiltración policial, puede resultar una tarea algo más dificultosa para los órganos judiciales puesto que en ese juicio de ponderación se introducen nuevos factores que no son fácilmente detectables.

B.4. Requisitos Extrinsecos

El principio de proporcionalidad no solo exige determinadas condiciones en cuanto al contenido de la medida que se pretende adoptar, sino que además impone el cumplimiento de ciertos requisitos relativos al sujeto habilitado para adoptar la infiltración policial y a

op. cit. Por su parte la STS de 13 de abril de 2004 (Tol 420736), señala que las sospechas fundadas deben estar integradas por una pluralidad de datos objetivos plenamente verificables. La STS de 12 de septiembre de 2002 (Tol 213357), establece: «La relación entre la persona investigada y el delito se manifiesta en las sospechas que, como tiene declarado este Tribunal, no son tan sólo circunstancias meramente aritméticas, sino que precisan para que puedan entenderse fundadas hallarse apoyadas en datos objetivos, que han de serlo en un doble sentido: en primer lugar, en el de ser accesibles a terceros, sin lo que no serían susceptibles de control; y en segundo lugar, en el de que han de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o que se va a cometer el delito, sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona». SSTC 49/1999, de 5 de abril; 16/1999, de 27 de septiembre; 17/1/1999, de 27 de septiembre; 299/2000, de 11 de diciembre; 14/2001, de 29 de enero; 138/2001, de 18 de junio; 202/2001, de 15 de octubre; 167/2002, de 18 de septiembre.

la forma de la resolución mediante la que se adopta la intervención del agente encubierto¹⁴⁵.

Para evitar reiteraciones, no analizaremos el requisito de la judicialidad¹⁴⁶ sino que nos remitimos a lo estudiado al hilo del órgano habilitado para autorizar la infiltración policial. Sin embargo, si nos detendremos en el requisito relativo a la forma, este es, el requisito de la motivación como elemento indispensable para autorizar medidas limitativas de derechos fundamentales y que debe hacerse extensible a la adopción de medios extraordinarios de investigación¹⁴⁷.

A. Motivación

Mediante la motivación el órgano judicial debe plasmar la necesidad, idoneidad, el juicio de ponderación entre el derecho fundamental afectado y el interés constitucionalmente protegido y perseguido,

¹⁴⁵ GONZÁLEZ CUELLAR SERRANO, *Proporcionalidad y derechos...* op. cit., pág. 109.

¹⁴⁶ El principio de judicialidad supone que no sólo corresponde exclusivamente a los órganos jurisdiccionales adoptar las medidas restrictivas de derechos fundamentales, con carácter instrumental de las actividades de investigación y persecución de delitos, en aquellos supuestos que específicamente dispone la CE, sino que también corresponde a esos órganos en exclusiva la dirección de la actividad y, dentro de ella, la adopción de medidas restrictivas de derechos de cualquier naturaleza, desde el momento en que deba entenderse iniciado un proceso penal. ORTELLS RAMOS, «Exclusividad jurisdiccional para la restricción de derechos fundamentales y ámbito vedados a la ingerencia jurisdiccional»,... op. cit. También STS de 19 de enero de 2005 (Tol 591068), SSTC 136/2000, de 29 de mayo SSTC 160/1991, de 18 de julio; 239/1999, de 20 de diciembre; 14/2001, de 29 de enero; 8/2000, de 17 de enero; 56/2003, de 24 de marzo; 189/2004, de 2 de noviembre. ATC 178/2002, de 14 de octubre. Establece el TC que la judicialidad supone como un mecanismo de orden preventivo, destinado a proteger el derecho, y no a reparar su violación cuando se produzca. La resolución judicial sirve para decidir, en casos de colisión de derechos e intereses constitucionales, si debe prevalecer el derecho fundamental u otros valores constitucionalmente protegidos. Se trata, por tanto, de encomendar a un órgano jurisdiccional que realice una ponderación preventiva de los intereses en juego como garantía del derecho, antes de que se proceda a cualquier actuación... el mandamiento judicial es el único requisito necesario y suficiente por sí mismo para dotar de licitud constitucional una ingerencia en los derechos fundamentales GONZÁLEZ CUELLAR SERRANO, «El principio de proporcionalidad en el derecho procesal español»,... op. cit., pág. 193.

del cual se evidencie la necesidad de la adopción de la medida¹⁴⁸. Así la motivación supone la exteriorización razonada de los criterios en los que se apoya la decisión adoptada¹⁴⁹. Pero, el órgano judicial en la motivación, debe exponer las razones lógicas que sostienen la decisión, pero no describir los procesos mentales¹⁵⁰. Tampoco se le impone una determinada extensión a la motivación, lo que se exige es que conste de modo *suficientemente* claro la razón de la aplicación de las normas jurídicas que se han elegido¹⁵¹.

¹⁴⁸ *Ibidem*, pág. 198.

¹⁴⁹ Auto del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1992 (Tol 940469). En este sentido afirma GARCÍA VALTUENA, que esta postura es relevante en dos extremos: *«En la relación o nexo causal y lógico que debe existir entre los indicios que se exponen en la resolución y los hechos que se pretenden probar por medio de la inferencia; La ponderación de las circunstancias concurrentes en el caso concreto en relación con el derecho fundamental que se trata de limitar para la preservación del principio de proporcionalidad de suerte que se configurará la intervención en su contenido, a tenor de la gravedad del delito y la necesidad de la medida»*. GARCÍA VALTUENA, «El auto por el que se acuerda la intervención telefónica en el proceso penal», en CGPJ, volumen dedicado a *La restricción de los derechos fundamentales de las personas en el proceso penal*, 1993.

¹⁵⁰ GUZMÁN FLUJA, *El recurso de casación civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 199.

¹⁵¹ En este sentido establece LÓPEZ BARRA DE QUIROGA, que la motivación constituye una explicación de la decisión adoptada; mediante la motivación se trata de explicar que no hay arbitrariedad en la decisión, sino razones legales que conducen a la resolución que se adopta. LÓPEZ BARRA DE QUIROGA, «La motivación de las sentencias», en CGPJ, volumen dedicado a *La sentencia penal*, 1992. En relación con el deber de motivación ha establecido el Tribunal Constitucional: «El deber de motivación no autoriza a exigir un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas de las partes puedan tener de la cuestión que se decide, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengán apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentados de la decisión». SSTC 184/1998, de 28 de septiembre; 54/2002, de 28 de febrero: «La exigencia de motivación suficiente es, sobre todo, una garantía esencial del justiciable mediante la cual, sin perjuicio de la libertad del juez en la aplicación de las normas, se puede comprobar que la solución dada es consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento y no del fruto de una arbitrariedad». La STEDH de 27 de septiembre de 2001 (Caso Hirvisari): «El alcance de este deber de motivar podrá variar según la naturaleza de las decisiones a adoptar y deberá determinarse a la luz de las circunstancias

En cuanto a la LECrim, dispone el artículo 141 LECrim que han de revestir la forma de *auto* las resoluciones que decidan sobre *incidentes o puntos esenciales que afecten de manera directa a los procesados*. En este sentido, el artículo 282.bis 1 LECrim, exige que las resoluciones mediante la que se adopte la intervención de un agente encubierto estén suficientemente fundadas.

El deber de motivación de las resoluciones judiciales tiene un doble fundamento: por una parte permiten el control de la actividad jurisdiccional; y por otro lograr el convencimiento de las partes y los ciudadanos acerca de su corrección y justicia, mostrando una aplicación del derecho vigente libre de arbitrariedades¹⁵².

Creemos que la naturaleza de la infiltración policial así como la incidencia en los derechos fundamentales de las personas investigadas, exige una motivación «reforzada o ampliada», extendiéndose a acreditar que el juez ha hecho una efectiva ponderación de los intereses en juego; reflejar los fines que justifiquen la adopción de la infiltración; acreditar la concurrencia de las circunstancias exigidas legal y constitucionalmente para la adopción de esta medida; y por último, justificar la funcionalidad de la restricción acordada atendidas las circunstancias concretas¹⁵³.

¹⁵² *del caso. Aunque el artículo 6.1 obliga a los tribunales a razonar sus decisiones, sin exigirse una pormenorizada respuesta a todas las alegaciones de las partes»*.

¹⁵³ SSTC 13/1987, de 5 de febrero; 57/1987, de 23 de mayo; 100/1987, de 12 de junio; 150/1988, de 15 de julio; 160/1996, de 15 de octubre; 47/1998, de 2 de marzo; 180/1998, de 17 de septiembre; 206/1999, de 8 de noviembre; 187/2000, de 10 de julio; 155/2001, de 2 de julio; 56/2003, de 24 de marzo. Por su parte la STC 191/1989, de 16 de noviembre establece que: «Basta, por el contrario que la motivación cumpla la doble finalidad de exteriorizar, de un lado, el fundamento de la decisión adoptada, haciendo explícito que ésta responde a una determinada interpretación del Derecho, y de permitir de otro, su eventual control jurisdiccional mediante el efectivo ejercicio de los derechos, aunque dicho objetivo se cumpla por remisión a anteriores resoluciones».

¹⁵⁴ COLOMER HERNÁNDEZ, *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 414-417. En este sentido también se pone de relieve la necesidad de motivación individualizada EL TEDH, en STEDH, de 19 de febrero de 2004 (Caso Yaremios). Así se configura la motivación como un requisito imprescindible del acto limitativo del derecho. La razón se fundamenta, en palabras del TC: «en la necesidad de que la persona afectada encuentre una causa específica pre-

Por otro lado, hay que considerar que la motivación debe ser individualizada. Por ello, si adoptada la infiltración policial, surge la necesidad de realizar otra diligencia que afecta a derechos fundamentales, ésta deberá ser autorizada de manera separada y respondiendo a las razones que llevan a su adopción.

La motivación se exige en la resolución general que habilita a la infiltración policial. Con ello, además de dar legitimidad a la utilización del engaño en la investigación, se trata de salvaguardar todas aquellas actuaciones que a lo largo de la investigación, puedan afectar a derechos fundamentales y que deriven única y exclusivamente del engaño¹⁵⁴.

Sólo en el caso de que el auto mediante el que se autoriza la infiltración policial esté motivado conforme a los parámetros legalmente establecidos, se podrán conseguir los siguientes extremos: que el investigado conozca las causa de la investigación cuando sea procedente; y dar un control *ex post* de la corrección de la medida¹⁵⁵.

2. Juicio de proporcionalidad en la actuación del agente encubierto

Además, de la aplicación del principio de proporcionalidad para la adopción de la infiltración policial, debemos afirmar la necesidad de que la actuación del agente encubierto vaya precedida del debido juicio de proporcionalidad.

Sobre todo, si tenemos en cuenta que la actuación del infiltrado puede conllevar la consumación de determinados ilícitos penales por

vista por la Ley y que el hecho o la razón que la justifique deba explicitarse para hacer cognoscibles los motivos que la legitiman». SSTC 26/1981, de 17 de julio; 67/1997, de 7 de abril; 136/1995, de 25 de julio; 128/1997, de 26 de julio; 200/1997, de 24 de noviembre; 139/2004, de 13 de septiembre; ATC 161/2004, de 6 de mayo; «cuando se coarta el libre ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución, el acto es tan grave que necesita encontrar una especial causalización y el hecho o conjunto de hechos que lo justifican deben explicitarse con el fin de que los destinatarios conozcan las razones por las cuales su derechos se sacrificó y los intereses a los que se sacrificó. De éste modo, la motivación no solo una elemental cortesía, sino un riguroso requisito del acto que sacrificio de los derechos».

¹⁵⁴ GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y agente...* op. cit., pág. 120.
¹⁵⁵ GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y agente...* op. cit., pág. 120.

exigencias de las normas de conducta que la propia organización impone (pruebas de castidad) o por el propio rol asumido por el agente encubierto.

Está claro, que todas las actuaciones realizadas por el infiltrado tienen como fin último la consecución del fin de la investigación. Lo que también resulta ser el límite a dicha actuación, es decir, todas las actuaciones del agente encubierto tienen que ser consecuencias necesarias del desarrollo de la investigación pues en caso contrario corren el riesgo de responder penalmente por sus conductas. A ello, hay que sumar el perverso perjuicio que ocasionarían estas actuaciones desproporcionadas a los efectos probatorios ya que deja sin validez las informaciones obtenidas y que podían constituirse como prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia.

Asimismo, no podemos dejar de resaltar la circunstancia de que, a pesar de actuar bajo una identidad supuesta, el infiltrado, no pierda en ningún momento su condición de funcionario y representante del poder público¹⁵⁶.

Quizás la expresión dispuesta en la ley española, *consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación*, sea demasiado amplia a los efectos del juicio de proporcionalidad. En lo que se refiere a la comisión de ilícitos penales, el agente encubierto debe ponderar los intereses en juego teniendo siempre en cuenta que su decisión no puede causar un daño mayor que el objeto de la investigación. Igualmente, se exige que, en todo caso, los delitos que tenga que cometer, en ningún caso atenten contra la vida e integridad física de terceros, ajenos o no a la organización.

El problema fundamental en este tipo de actuaciones es que el agente encubierto, en primera persona, es el que tiene que someter a la proporcionalidad la actuación encomendada por la organización. Y debemos tener en cuenta la situación en la que se encuentra el agente.

En la legislación francesa, antes de que el agente encubierto cometa ningún delito tiene que ser autorizado o al menos conocido por los mandos policiales que dirigen la operación. Esta solución puede resultar acertada a primera vista, pero la espontaneidad con la que surge la realización de estas conductas típicas y antijurídicas puede

¹⁵⁶ GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y agente...* op. cit., pág. 273.

entenderse contradictoria con el deber de comunicación y autorización para la comisión de delitos por el agente encubierto.

En cuanto a las actuaciones que pueda desarrollar el agente encubierto durante el desarrollo de la investigación, es necesario precisar que no le está permitida la comisión de determinados ilícitos para la obtención de determinadas pruebas y ello aunque esta actuación devenga necesaria para los fines de la investigación¹⁵⁷.

Por otra parte, a pesar de que la resolución general para la adopción de la medida determine las actuaciones del agente encubierto en el seno de la organización, el infiltrado puede encontrarse ante situaciones no explicitadas en la autorización y ante las que deberá decidir. Hay que tener en cuenta que el infiltrado se encuentra en una situación de riesgo constante pues si su actuación levanta las sospechas de los integrantes de la organización puede correr enorme peligro su vida e integridad física.

En este sentido, el agente deberá ponderar todos los intereses en juego para determinar la viabilidad o no de la concreta actuación. Ponderación en la que no sólo se tendrán en cuenta los derechos fundamentales de las personas investigadas sino la necesidad de no levantar sospechas para no frustrar la investigación así como que el perjuicio ocasionado con su actuación sea mayor al objeto de la investigación.

Del mismo modo, sería totalmente desproporcionada y merecería reproche penal, la provocación del delito por parte del agente encubierto aunque esta tenga la finalidad de obtener pruebas.

Por otro lado, la permisibilidad de que el agente encubierto actúe bajo identidad supuesta no puede servir como un pasaporte en blanco. Todas las actuaciones del infiltrado deben estar sometidas a determinados límites incluso aquellas que se deriven de manera directa del engaño que supone la infiltración. Por ejemplo, hemos determinado que entraría dentro de la actuación propia del infiltrado, el mantener conversaciones de carácter incriminatorio con los integrantes de la organización. No obstante, el infiltrado sólo puede mantenerse en una posición receptora de información no estándares permitido en ningún caso que realice preguntas acerca de las circunstancias del caso.

Tampoco, podrá el infiltrado entrar en un domicilio al que no ha sido invitado y sin autorización judicial, usar mecanismos técnicos para acceder al contenido de una conversación telefónica que mantiene una de las personas investigadas, etc.

En definitiva, se requiere que la actuación del agente encubierto sea consecuencia necesaria de la investigación, esto es, que su realización sea imprescindible para el inicio o continuación de la investigación, y por supuesto una ponderación entre la entidad del acto que comete el agente encubierto y la actuación de la organización criminal.

¹⁵⁷ DELGADO MARTÍN, *Criminalidad organizada...* op. cit., pág. 110 y ss.