

CASTELLVÍ, Carlos: “¿Están prohibidos los engaños policiales que no se encuentran expresamente permitidos? Infiltraciones policiales, agentes encubiertos y derechos fundamentales”.

Polít. Crim. Vol. 17 N° 33 (Julio 2022), Art. 7, pp. 173-198
[<http://politicrim.com/wp-content/uploads/2022/06/Vol17N33A7.pdf>]

¿Están prohibidos los engaños policiales que no se encuentran expresamente permitidos? Infiltraciones policiales, agentes encubiertos y derechos fundamentales

Are police deceptions that are not expressly permitted prohibited? Undercover operations, undercover agents and fundamental rights

Carlos Castellví Monserrat

Doctor en Derecho

Profesor Lector en la Universidad de Barcelona (España)

carloscastellvi@ub.edu

<https://orcid.org/0000-0002-9309-7838>

Fecha de recepción: 11/06/2021.

Fecha de aceptación: 10/11/2021.

Resumen

La ley española permite expresamente algunos engaños policiales: aquellos autorizados judicialmente con el objetivo de perseguir la delincuencia organizada (art. 282 bis LECrim). El objetivo de este trabajo consiste en determinar si el resto de engaños policiales —es decir, aquellos que no están autorizados judicialmente y/o persiguen otra clase de delincuencia—, además de no estar expresamente permitidos, también están prohibidos. Para ello se empieza negando que, en general, las actuaciones policiales que no se encuentran expresamente permitidas estén prohibidas. De este modo, se pone de manifiesto que los engaños policiales solo estarán prohibidos si, además de no encontrarse expresamente permitidos, restringen algún derecho fundamental. A continuación, se analiza la eventual incidencia de dichos engaños sobre el secreto de las comunicaciones, el derecho a la autodeterminación informativa, la intimidad y el derecho a no autoincriminarse. Finalmente, se concluye que, en su conjunto, los engaños policiales no restringen derechos fundamentales y, por tanto, no están prohibidos aunque carezcan de apoyo legal expreso. Esto pone de relieve que la ley española, mediante su art. 282 bis LECrim, permite expresamente más conductas de las que, sin dicho precepto, estarían prohibidas.

Palabras clave: agente encubierto, argumento a contrario, derecho fundamental, prueba nula, autoincriminación.

Abstract

Spanish law expressly allows some police deceptions: those judicially authorized with the aim of prosecuting organized crime (art. 282 bis LECrim). The aim of this article is to determine if the rest of police deceptions — the ones that are not judicially authorized and/or pursue another kind of crime— are prohibited. To this end, we begin by denying that, in general, those police interventions that are not specifically permitted are forbidden. Thus, we evidence that the police deceptions that are not expressly permitted are only prohibited if

CASTELLVÍ, Carlos: “¿Están prohibidos los engaños policiales que no se encuentran expresamente permitidos? Infiltraciones policiales, agentes encubiertos y derechos fundamentales”.

they restrict a fundamental right. Next, we analyze the potential incidence of those deceptions on the right to privacy of communications, the informational self-determination right, the privacy and the right of non self-incrimination. Finally, we conclude that police deceptions are not restrictive of any fundamental right, therefore they are not forbidden even if they lack an express legal support. This highlights the fact that Spanish law, through its art. 282 bis LECrim, expressly permits more conducts than would otherwise be prohibited.

Keywords: undercover agent, argumentum e contrario, fundamental rights, exclusionary rule, self-incrimination.

Introducción: engaños policiales que no se encuentran expresamente permitidos

De acuerdo con el art. 282 bis.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española —en adelante, LECrim—, el juez de instrucción puede autorizar a un policía para “actuar bajo identidad supuesta”. Del mismo modo, el art. 282 bis.6 LECrim permite que dicho juez autorice una actuación policial, muy similar a la anterior, consistente en “actuar bajo identidad supuesta en comunicaciones mantenidas en canales cerrados de comunicación”. La ley procesal española denomina “agente encubierto” al policía que recibe la primera autorización (art. 282 bis.1 LECrim), y “agente encubierto informático” al que recibe la segunda (art. 282 bis.6 LECrim). De esta forma, caracteriza a los agentes encubiertos (informáticos o no) por la actuación “bajo identidad supuesta” que están autorizados a realizar. Esto es, por el engaño policial que la ley, de forma expresa, les permite llevar a cabo.

El plácet del agente encubierto únicamente puede ser concedido para investigar “actividades propias de la delincuencia organizada” (art. 282 bis.1 LECrim). En cambio, la autorización judicial que caracteriza al agente encubierto informático puede otorgarse para perseguir, no solo infracciones vinculadas a la delincuencia organizada, sino también “delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o servicio de comunicación” (arts. 282 bis.6 y 588 ter a LECrim). En cualquier caso, tal y como indica la jurisprudencia, la autorización en cuestión tiene “carácter extraordinario” y, por ello, solamente debe concederse “a la vista de datos de evidente consistencia”.¹ Al fin y al cabo, la propia ley exige que sea adoptada “mediante resolución fundada y teniendo en cuenta su necesidad a los fines de la investigación” (art. 282 bis.1 LECrim).²

La LECrim solo permite explícitamente las anteriores actuaciones policiales “bajo identidad supuesta”. Es decir, las realizadas por agentes encubiertos para investigar determinados delitos. El resto de engaños policiales —aquellos que carecen del plácet correspondiente— no tienen apoyo legal expreso. Teniendo en cuenta esto último, el objetivo de este trabajo consiste en determinar si, además de no estar expresamente permitidos, dichos engaños están prohibidos. De este modo, la pregunta que pretende responder este artículo se corresponde,

¹ Tribunal Supremo, Sala Segunda, Sentencia N° 277, de 6 de abril de 2016. También, ZAFRA (2010), p. 152, destacando su “carácter excepcional”.

² Tal y como indica GUZMÁN (2006), p. 213, esta previsión implica que la autorización del art. 282 bis LECrim solo debe concederse cuando la finalidad de la investigación no puede lograrse por otros medios.

precisamente, con su título: ¿están prohibidos los engaños policiales que no se encuentran expresamente permitidos?

El siguiente caso ficticio constituye un ejemplo muy gráfico de engaño policial que no se encuentra expresamente permitido. Es decir, de actuación policial “bajo identidad supuesta” que carece de apoyo legal expreso:

Tras recibir la denuncia del propietario, la policía identifica una bicicleta hurtada en una popular plataforma de anuncios de segunda mano. Un agente decide contactar con el vendedor a través del chat y, bajo identidad supuesta, comunicarle que está interesado en su adquisición. Después de mantener una breve conversación y pactar un precio sensiblemente inferior a su valor de mercado, el policía acuerda reunirse con él para realizar la transacción. El agente acude al encuentro vestido de paisano y, tras charlar unos minutos con el vendedor —superando así su inicial desconfianza—, logra que este lo acompañe al lugar donde guarda la bicicleta. Una vez allí, el policía se identifica como tal, comprueba el número de bastidor de la bicicleta y, finalmente, detiene al vendedor.

En este supuesto, el policía ha actuado “bajo identidad supuesta” en un canal cerrado de comunicación —el chat de la plataforma— y, posteriormente, en la vía pública. De este modo, ha llevado a cabo los (dos) engaños policiales que los agentes encubiertos (informáticos o no) están autorizados judicialmente a realizar. Teniendo en cuenta que dichos engaños policiales no se encuentran expresamente permitidos —por no contar con el correspondiente plázet judicial ni perseguir alguno de los delitos tasados por el art. 282 bis LECrim—, este trabajo pretende contestar a la pregunta de: ¿están prohibidos?

Para resolver esta cuestión resulta necesario determinar si las actuaciones policiales “bajo identidad supuesta” —en adelante, “infiltraciones policiales”— restringen derechos fundamentales de los sujetos engañados. Al fin y al cabo, restringir un derecho fundamental está prohibido siempre que no se encuentre expresamente permitido. Precisamente por ello, el núcleo de este trabajo consistirá en analizar la eventual incidencia de dichos engaños sobre el secreto de las comunicaciones (3), el derecho a la autodeterminación informativa (4), la intimidad (5) y, finalmente, el derecho a no autoincriminarse (6). No obstante, con carácter previo, se pondrá de manifiesto que la previsión legal que permite “actuar bajo identidad supuesta” a los agentes encubiertos no prejuzga la incidencia de los engaños policiales en derecho fundamental alguno (2).

1. ¿Están prohibidos porque restringen derechos fundamentales?

Tal y como indica el Tribunal Constitucional español “la previsión legal de una medida limitativa de derechos fundamentales es condición de su legitimidad constitucional”.³ De este modo, además de ser idónea, necesaria y proporcionada a determinados fines, “cualquier injerencia del poder público en los derechos fundamentales requiere que haya sido autorizada o habilitada por una disposición con rango de Ley”.⁴ Sin dicha permisión (legal) expresa, la restricción de un derecho fundamental no estará justificada y, en consecuencia, se encontrará

³ Tribunal Constitucional, Sentencia N° 169, de 16 de julio de 2001.

⁴ Tribunal Constitucional, Sentencia N° 169, de 16 de julio de 2001. Al respecto, GÓMEZ DE LIAÑO (2004b), p. 139.

CASTELLVÍ, Carlos: “¿Están prohibidos los engaños policiales que no se encuentran expresamente permitidos? Infiltraciones policiales, agentes encubiertos y derechos fundamentales”.

prohibida. De acuerdo con el art. 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial española —en adelante, LOPJ—, ello comportará la nulidad de las pruebas obtenidas.

Lo anterior pone de manifiesto que las actuaciones policiales que no se encuentran expresamente permitidas —es decir, aquellas que no han sido previstas por la ley— estarán prohibidas cuando restrinjan algún derecho fundamental. A fin de cuentas, la ausencia de una habilitación legal expresa impedirá que la restricción de ese derecho fundamental quede justificada (aunque sea idónea, necesaria y proporcionada a determinados fines). Obviamente, esto no significa que todas las actuaciones policiales que no se encuentran expresamente permitidas estén prohibidas. Al fin y al cabo, no todas las actuaciones policiales restringen derechos fundamentales. Así, por ejemplo, preguntar a un testigo sobre aquello que acaba de ver por la calle no restringe ningún derecho. Tampoco implica restricción alguna vigilar discretamente a un sospechoso, realizar un control de carretera, instalar un radar móvil, etc. Todas estas actuaciones policiales son inocuas para los derechos fundamentales y, precisamente por ello, no requieren una habilitación legal expresa. Adviértase que, de lo contrario, la extensión de la LECrim sería irrazonable, pues debería aludir expresamente a todas las actuaciones policiales imaginables que resultan lícitas (y no solo a aquellas que resultan lícitas a pesar de restringir derechos fundamentales). Por este motivo, el ordenamiento español prevé una habilitación legal genérica que abarca, en general, cualquier actuación policial dirigida al descubrimiento del delito. Dicha habilitación genérica está contenida en el art. 282 LECrim —el inmediatamente anterior al que prevé la autorización judicial del agente encubierto (art. 282 bis LECrim)— y dota de cobertura, precisamente, a todas las actuaciones policiales que no necesitan una previsión legal expresa.⁵ Es decir, a todas aquellas actuaciones policiales que no restringen derechos fundamentales.⁶

De acuerdo con lo expuesto, las actuaciones policiales “bajo identidad supuesta” necesitarán una previsión legal expresa si restringen algún derecho fundamental. En cambio, no necesitarán esa clase de previsión si resultan inocuas para los derechos fundamentales. En el primer caso, los engaños policiales estarían prohibidos siempre que no se encuentren expresamente permitidos por el art. 282 bis LECrim. En el segundo, dichos engaños siempre estarían permitidos (o bien por el art. 282 bis LECrim, o bien por la habilitación genérica del art. 282 LECrim).

⁵ Dicho precepto tiene un contenido equivalente al § 163 StPO. Así, por un lado, el art. 282 LECrim dice: “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, y recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición de la autoridad judicial”. Por el otro, el § 163 StPO reza como sigue: “Deberes de la policía (1) Las autoridades y funcionarios del servicio de policía deben investigar delitos y adoptar todas las diligencias que impidan cualquier aplazamiento, para impedir el encubrimiento del asunto”.

⁶ Conviene señalar que el art. 282 LECrim no impone el deber específico de lesionar bien jurídico alguno —al contrario de lo que ocurre, por ejemplo, con el art. 492 LECrim— y, por tanto, no justifica jurídico-penalmente ninguna actuación policial típicamente relevante (por mucho que esté dirigida al descubrimiento del delito). En este sentido, CASTELLVÍ (2020), p. 264-268.

2. ¿Restringen derechos fundamentales porque están expresamente permitidos?

Según algunos autores, las previsiones del art. 282 bis LECrim ponen de manifiesto que las infiltraciones policiales restringen derechos fundamentales. Después de todo, dicho precepto prevé un plázet judicial para llevarlas a cabo.⁷ Si los engaños policiales fueran inocuos para los derechos fundamentales “no haría falta una autorización judicial inicial para la infiltración en cuanto tal”.⁸ De acuerdo con Núñez y Guillén, el ordenamiento jurídico español “al exigir la autorización expresa del Juez o Fiscal para poder proceder a la infiltración (...) considera que desde la primera etapa se comienza a lesionar derechos fundamentales de los ciudadanos”.⁹ Precisamente por ello, los engaños policiales sin autorización judicial estarían prohibidos y, además, deberían comportar la nulidad de las pruebas obtenidas. Así, tal y como indica Valiño, la infiltración policial de un “agente que interviene sin autorización judicial” constituiría un supuesto en que “la prueba obtenida, al vulnerar derechos fundamentales como consecuencia de la carencia de una resolución judicial que habilite su adopción, será nula de acuerdo a lo previsto en el artículo 11.1 LOPJ”.¹⁰

Desde mi punto de vista, el razonamiento expuesto no puede ser suscrito. El hecho de que la ley permita autorizar judicialmente una infiltración policial no implica que esta restrinja algún derecho fundamental. Una previsión legal de estas características constituye, simplemente, una condición para *justificar* las actuaciones policiales “bajo identidad supuesta”. Esto es, una condición para que dichas actuaciones estén permitidas aunque restrinjan derechos fundamentales. Sin embargo, nada nos dice —ni nos puede decir— acerca de si efectivamente inciden en derecho fundamental alguno. Es decir, de si efectivamente *necesitan justificación*. Esto último solo puede enjuiciarse a partir del contenido de los derechos fundamentales que la Constitución española —en adelante, CE— reconoce como tales.

Prever la posibilidad de autorizar judicialmente una infiltración policial puede ser una consecuencia de entender que “actuar bajo identidad supuesta” incide en algún derecho fundamental.¹¹ Sin embargo, nunca puede constituir una razón para sostener que dichas actuaciones afectan a un derecho fundamental u otro. A fin de cuentas, prever un plázet judicial no convierte lo autorizado en una medida restrictiva de derechos fundamentales. Así, por ejemplo, aunque la LECrim permitiera autorizar judicialmente la instalación de un “radar móvil” en la carretera, dicha instalación seguiría siendo inocua para los derechos

⁷ El art. 282 bis LECrim también prevé la posibilidad de que sea el ministerio fiscal quien autorice las infiltraciones policiales. Sin embargo, en ese caso, deberá darse cuenta inmediata al juez y, por tanto, será él quien confirme la autorización. Teniendo en cuenta que, en última instancia, el juez siempre intervendrá, en el texto se ha optado por simplificar y denominar “judicial” al plázet del art. 282 bis LECrim.

⁸ GASCÓN (2001), p. 105.

⁹ NÚÑEZ y GUILLÉN (2008), p. 131. También, GÓMEZ DE LIAÑO (2004b), p. 181; CARDOSO (2016), p. 699.

¹⁰ VALIÑO (2019), p. 262. Muy similar, RIZO (2017), p. 120.

¹¹ De todos modos, conviene advertir que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, para justificar la restricción de un derecho fundamental no se requiere forzosamente una autorización judicial. Así, por ejemplo, Tribunal Constitucional español ha admitido la legitimidad de determinadas injerencias leves en el derecho a la intimidad sin requerir para ello autorización judicial alguna. En este sentido, Tribunal Constitucional, Sentencia N° 70, de 3 de abril. Con detalle, GÓMEZ DE LIAÑO (2004b), p. 187.

CASTELLVÍ, Carlos: “¿Están prohibidos los engaños policiales que no se encuentran expresamente permitidos? Infiltraciones policiales, agentes encubiertos y derechos fundamentales”.

fundamentales de los conductores cuya velocidad se controla. A nadie se le ocurriría decir que, a causa de dicha previsión, los “radares móviles” constituyen un instrumento que restringe derechos fundamentales.

Lo mismo ocurre en sentido inverso: el hecho de que la ley no prevea la posibilidad de autorizar judicialmente una determinada actuación policial resulta irrelevante para valorar si esta incide en algún derecho fundamental. De nuevo, la ausencia de una previsión legal de estas características nada nos dice —ni nos puede decir— acerca de si la actuación en cuestión restringe derechos fundamentales. Por ello, tampoco puedo suscribir las palabras de Zaragoza cuando afirma que “el legislador, con la restricción del agente encubierto [informático] a supuestos de canales cerrados de comunicación, ha solucionado dicha problemática entendiendo que las actuaciones de investigación en canales abiertos se enmarcan en la actividad de ciberpatrullaje en prevención del delito no precisando, consecuentemente de una resolución judicial habilitante”.¹² El legislador, al limitar la autorización del agente encubierto informático a los canales cerrados de comunicación, no ha “solucionado” la cuestión de si las infiltraciones policiales en canales abiertos restringen (o no) derechos fundamentales y, consecuentemente, precisan (o no) una resolución judicial habilitante. Dicha cuestión depende exclusivamente del contenido de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución. Precisamente por ello, el silencio de la LECrim con respecto a las infiltraciones policiales en canales abiertos de comunicación nunca representará un argumento para defender que no necesitan autorización judicial. Por el contrario, lo único que puede inferirse de dicho silencio es que las infiltraciones policiales en canales abiertos no pueden quedar justificadas (al menos, en virtud del art. 282 bis.6 LECrim) y que, por tanto, estarán prohibidas si restringen derechos fundamentales.

Para ilustrar esta última idea resulta útil traer a colación un supuesto enjuiciado en 2014 por el Tribunal Constitucional español.¹³ En dicho caso se instalaron unos micrófonos en la celda de una comisaria para interceptar las conversaciones que mantenía en su interior un detenido. Teniendo en cuenta que, por entonces, la LECrim únicamente permitía que el juez autorizara “la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado”, el Tribunal Constitucional español afirmó que la grabación de comunicaciones orales directas no quedaba amparada por la ley: “el art. 579.2 LECrim. se refiere de manera incontrovertible a intervenciones telefónicas, no a escuchas de otra naturaleza, ni particularmente a las que se desarrollan en calabozos policiales y entre personas sujetas a los poderes coercitivos del Estado por su detención, como las que aquí resultan controvertidas”. Pues bien, si la ausencia de una previsión legal que permita autorizar judicialmente una actuación constituye un argumento para negar su relevancia constitucional, en este caso debería haberse concluido que interceptar comunicaciones orales directas en un calabozo no restringe derecho fundamental alguno. Al fin y al cabo, el silencio del legislador indicaría que esta clase de intervenciones resultan inocuas para los derechos fundamentales y, por tanto, no requieren autorización judicial. Obviamente, el Tribunal Constitucional no llegó a esta (absurda) conclusión. En su lugar, estimó que instalar un micrófono en la celda de un detenido necesitaba justificación —por incidir en el derecho al secreto de las comunicaciones— y que

¹² ZARAGOZA (2017), p. 339.

¹³ Tribunal Constitucional, Sentencia N° 145, de 22 de septiembre de 2014.

la ausencia de una previsión legal que permitiera su autorización judicial, simplemente, impedía su justificación. En consecuencia, declaró “nula la prueba obtenida por ese cauce para todos aquellos que resultaron perjudicados penalmente por ella”. Precisamente, esta sentencia “constituye el antecedente inmediato y directo de la regulación contenida en los arts. 588 quater a, a 588 quater e LECrim”¹⁴ que, actualmente, prevé de forma expresa la posibilidad de autorizar judicialmente “la colocación y utilización de dispositivos electrónicos que permitan la captación y grabación de las comunicaciones orales directas” (art. 588 quater a LECrim).

Así pues, la posibilidad de autorizar judicialmente algunas infiltraciones policiales resulta irrelevante a la hora de determinar si estas —u otras— restringen derechos fundamentales. Por esta misma razón, la siguiente previsión tampoco permite concluir nada al respecto: “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” (art. 282 bis.3 LECrim). La exigencia de que el agente encubierto solicite una autorización judicial específica para las actuaciones que restrinjan derechos fundamentales, una vez más, nada nos dice —ni nos puede decir— acerca de si “actuar bajo identidad supuesta” restringe derechos fundamentales. Tal y como se pondrá de manifiesto más adelante, lo único que implica dicha exigencia es que las restricciones de derechos fundamentales que, pese a ser realizadas por el agente encubierto, no derivan de “actuar bajo identidad supuesta”, deberán ser objeto de una autorización judicial específica. Es decir, que no podrán quedar justificadas por la autorización inicial del art. 282 bis.1 LECrim. Así, por ejemplo, un agente encubierto no podrá interceptar una (tele)comunicación ajena amparándose en la autorización que le permite “actuar bajo identidad supuesta”, sino que deberá solicitar una autorización judicial específica para ello.¹⁵ Esto último, sin embargo, no prejuzga en absoluto si “actuar bajo identidad supuesta” restringe derechos fundamentales. Por ello, no puedo estar completamente de acuerdo con Gómez de Liaño cuando afirma que “En el apartado 3 del art. 282 bis LECrim yace la prueba de que la infiltración policial afecta en sí misma derechos fundamentales”.¹⁶ Es cierto que, existiendo dicha previsión en la ley, la autorización inicial del art. 282 bis.1 LECrim no tendría mucho sentido si “actuar bajo identidad supuesta” nunca restringe derechos fundamentales. A fin de cuentas, “si realmente la técnica de la infiltración no afectara *per se* a derechos fundamentales, serían suficientes las autorizaciones nuevas y específicas”.¹⁷ No obstante, el hecho de que la autorización inicial del art. 282 bis.1 LECrim pueda resultar superflua si las infiltraciones policiales no restringen derechos fundamentales es algo que, como ya se ha indicado, resulta intrascendente para enjuiciar si las infiltraciones policiales restringen derechos fundamentales. Después de todo, dicho enjuiciamiento depende exclusivamente del contenido de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución.

¹⁴ Circular española número 3/2019, de 6 de marzo, de la Fiscal General del Estado, sobre captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos.

¹⁵ ZAFRA (2010), p. 204.

¹⁶ GÓMEZ DE LIAÑO (2004b), p. 137.

¹⁷ GÓMEZ DE LIAÑO (2004b), p. 138. También, GASCÓN (2001), p. 105.

CASTELLVÍ, Carlos: “¿Están prohibidos los engaños policiales que no se encuentran expresamente permitidos? Infiltraciones policiales, agentes encubiertos y derechos fundamentales”.

Lo anterior pone de manifiesto que, para responder a la pregunta inicial de este trabajo, resulta imprescindible averiguar si el contenido de algún derecho fundamental se opone al mero “actuar bajo identidad supuesta” de un policía. Precisamente por ello, en los siguientes apartados se analizará la eventual incidencia de las infiltraciones policiales en el secreto de las comunicaciones, la autodeterminación informativa, la intimidad y el derecho a no autoincriminarse. De este modo, se determinará si los engaños policiales que no se encuentran expresamente permitidos están prohibidos por restringir (injustificadamente) algún derecho fundamental.

3. ¿Están prohibidos porque restringen el derecho al secreto de las comunicaciones?

Numerosos autores sostienen que las infiltraciones policiales virtuales restringen el derecho al secreto de las comunicaciones.¹⁸ En particular, las infiltraciones que consisten en “actuar bajo identidad supuesta en comunicaciones mantenidas en canales cerrados de comunicación” (art. 282 bis.6 LECrim). De este modo, consideran que la actuación característica del agente encubierto informático requiere necesariamente una autorización judicial.¹⁹ A fin de cuentas, dicha actuación se desarrollaría “por medio de chats y comunidades privadas, abarcando incluso, una vez que se ha generado la relación de confianza, a correos electrónicos y al envío de mensajes”.²⁰ Al contrario de lo que ocurre con los canales abiertos de comunicación —que “no tratan de garantizar el secreto de la comunicación, sino su difusión”²¹— los canales cerrados “se caracterizan por la expresa voluntad del comunicante de excluir a terceros”²² y, precisamente por ello, su contenido quedaría protegido por el art. 18.3 CE.

En mi opinión, esta posición no puede suscribirse. Es cierto que las comunicaciones mantenidas en canales cerrados quedan amparadas por el art. 18.3 CE y, en cambio, aquellas que se desarrollan en canales abiertos —redes sociales, foros abiertos de internet, etc.²³— no gozan de esa misma protección. Sin embargo, esto último no implica que “actuar bajo identidad supuesta en comunicaciones mantenidas en canales cerrados” restrinja el derecho al secreto de las comunicaciones. Tal y como indican unánimemente la doctrina y la jurisprudencia constitucionales, el mentado derecho solamente garantiza “que las comunicaciones sean impenetrables para terceros ajenos a la comunicación misma”.²⁴ Es decir, que no sean interceptadas por personas distintas a las que participan en el proceso comunicativo. Por este motivo, “no hay secreto para aquél a quien la comunicación se dirige”.²⁵ El destinatario de un mensaje no puede vulnerar el derecho de su emisor al secreto

¹⁸ VELASCO (2010), p. 210; RIZO (2017), p. 104; ZARAGOZA (2017), p. 341; VALIÑO (2019), p. 251; CAROU (2018), p. 29.

¹⁹ VELASCO (2010), p. 211; RIZO (2017), p. 105; ZARAGOZA (2017), p. 341; VALIÑO (2019), p. 252.

²⁰ RIZO (2017), p. 105.

²¹ VALIÑO (2019), p. 251.

²² Tribunal Supremo, Sala Segunda, Sentencia Nº 249, de 20 de mayo de 2008.

²³ ZARAGOZA (2017), p. 335.

²⁴ Tribunal Constitucional, Sentencia Nº 70, de 3 de abril. También JIMÉNEZ (1987), p. 45; RUIZ (1995), p. 93; DÍAZ (2006), p. 163.

²⁵ Tribunal Constitucional, Sentencia Nº 114, de 29 de noviembre de 1984.

de las comunicaciones²⁶. Precisamente por ello, “actuar bajo identidad supuesta” en un canal cerrado de comunicación —un chat privado, email, WhatsApp, etc.— nunca infringirá el art. 18.3 CE. En tanto que el policía sea el destinatario —o uno de los destinatarios— de los mensajes enviados por los sujetos engañados, su infiltración virtual no afectará al secreto de las comunicaciones.

Este mismo argumento permite descartar que, en el ámbito de las infiltraciones físicas, la “grabación de las conversaciones que puedan mantenerse en los encuentros previstos entre el agente y el investigado” (art. 282 bis.7 LECrim) restrinja el derecho al secreto de las comunicaciones. De nuevo, aunque el art. 18.3 CE proteja las comunicaciones orales directas, únicamente las protege frente a terceros ajenos al proceso comunicativo.²⁷ Por ello, la grabación “subrepticia y no autorizada por el emisor del mensaje” no permite calificarlo como “secreto e inconstitucionalmente interferido”.²⁸ A estos efectos, debe distinguirse entre “grabar una conversación de otros y grabar una conversación con otros”.²⁹ Por mucho que la LECrim prevea la posibilidad de que el agente encubierto sea autorizado judicialmente para hacer lo segundo (art. 282 bis.7 LECrim), solamente lo primero restringe el derecho al secreto de las comunicaciones.³⁰

4. ¿Están prohibidos porque restringen el derecho a la autodeterminación informativa?

Una parte de la doctrina estima que las infiltraciones policiales restringen el derecho a la autodeterminación informativa.³¹ Este derecho tiene su origen en la jurisprudencia del *Bundesverfassungsgericht* —en adelante, BVerfG— y, como tal, no aparece en la constitución alemana o española. Su reconocimiento por parte del tribunal alemán se fundamenta en los riesgos que genera el tratamiento automatizado de datos para la dignidad (art. 1.1 de la *Grundgesetz*) y el libre desarrollo de la personalidad (art. 2.1 de la *Grundgesetz*).³² En particular, dicho reconocimiento pretende evitar que se acumulen indefinidamente datos personales en soportes informáticos y, mediante su posterior combinación, se elaboren perfiles de personalidad que —en palabras del BVerfG— conviertan a los ciudadanos en personas de cristal (*gläsernen Menschen*).³³ Precisamente por ello, la autodeterminación informativa abarca cualquier clase de dato personal —con independencia de su eventual carácter íntimo³⁴— y se configura, al menos en Alemania,

²⁶ GÓMEZ DE LIAÑO (2004b), p. 222.

²⁷ Tribunal Constitucional, Sentencia N° 145, de 22 de septiembre de 2014.

²⁸ Tribunal Supremo, Sala Segunda, Sentencia N° 2081, de 9 de noviembre de 2001.

²⁹ Tribunal Supremo, Sala Segunda, Sentencia N° 682, de 24 de junio de 2011.

³⁰ De todos modos, como se pondrá de manifiesto más adelante, “la grabación de las conversaciones que puedan mantenerse en los encuentros previstos entre el agente y el investigado” (art. 282 bis.7 LECrim), en ocasiones, podrá restringir el derecho a la intimidad del sujeto engañado. Véase la nota 83.

³¹ GASCÓN (2001), p. 102; NÚÑEZ y GUILLÉN (2008), p. 132; ZAFRA (2010), p. 159.

³² BENDA (2001), p. 132.

³³ BVerfGE 65, 1, párr. 102. Sobre la metáfora de las personas de cristal, PÉREZ (1993), p. 416; MARTÍNEZ (2004), p. 205.

³⁴ BENDA (2001), p. 132; MARTÍNEZ (2004), p. 334; GALÁN (2005), p. 224.

CASTELLVÍ, Carlos: “¿Están prohibidos los engaños policiales que no se encuentran expresamente permitidos? Infiltraciones policiales, agentes encubiertos y derechos fundamentales”.

como el derecho a “decidir básicamente por sí mismo cuándo y dentro de qué límites procede revelar situaciones referentes a la propia vida”.³⁵

Si se admite la existencia de un derecho tan amplio, resulta evidente que las infiltraciones policiales incidirán en su contenido. Al fin y al cabo, la obtención de cualquier clase de información mediante un engaño policial impedirá que el investigado decida libremente si quiere compartirla (o no). Sin embargo, un derecho de estas características no solo quedaría afectado por las infiltraciones policiales, sino, de forma general, por cualquier actuación policial dirigida al descubrimiento del delito. En tanto que dichas actuaciones obtengan información sobre algún delito, estarán restringiendo el derecho a la autodeterminación informativa de algún delincuente. Así, tal y como indica Pérez, “si existe un específico derecho constitucional a la autodeterminación informacional, y se pretende incorporar información al proceso, ya tiene lugar, siquiera prima facie, una afectación constitucional”.³⁶

Adviértase que, en apariencia, un derecho de semejante extensión vaciaría de contenido la habilitación genérica del art. 282 LECrim. Después de todo, el descubrimiento de información sobre un delito constituiría, por un lado, la finalidad de las actuaciones policiales amparadas por el art. 282 LECrim y, por el otro, el contenido de un derecho fundamental. Teniendo en cuenta que el art. 282 LECrim solo permite actuaciones policiales que no restringen derechos fundamentales, su ámbito aplicativo tendería a cero. De esta manera, cualquier actuación policial dirigida al descubrimiento del delito necesitaría una habilitación legal expresa (por afectar al derecho a la autodeterminación informativa). En consecuencia, cualquier actuación policial que no esté expresamente permitida —por ejemplo, instalar un radar móvil, vigilar a un sospechoso, realizar un control de carretera, etc.— estaría prohibida y, además, comportaría la nulidad de las pruebas obtenidas.

Obviamente, esto último resulta inasumible. Dejando de lado que la ley vigente no permite expresamente la mayoría de las actuaciones policiales dirigidas al descubrimiento del delito, exigir que lo haga “no sólo es irrealizable en términos prácticos, sino también inconveniente para un Estado de derecho. Porque no sólo derivaría en una inflación legislativa insostenible sino que (...) tornaría además confusa y hasta banal a la legislación”.³⁷ Precisamente por ello, la doctrina y la jurisprudencia, tras reconocer el amplísimo alcance del derecho a la autodeterminación informativa, acostumbran a mitigar sus efectos afirmando que “las intervenciones estatales en derechos fundamentales que sean claramente bagatelas (...) no deben estar sometidas a la exigencia de ley previa, formal y taxativa”.³⁸ Es decir, que las restricciones del derecho a la autodeterminación informativa que no alcancen un determinado umbral de relevancia serán, a efectos prácticos, completamente intrascendentes y, en consecuencia, podrán entenderse permitidas por la habilitación genérica del art. 282

³⁵ BVerfGE 65, 1, párr. 152. Empleando términos parecidos, GASCÓN (2001), p. 94; GÓMEZ DE LIAÑO (2004b), p. 134; NÚÑEZ y GUILLÉN (2008), p. 132; ZAFRA (2010), p. 159.

³⁶ PÉREZ (2019), p. 34.

³⁷ PÉREZ (2019), pp. 41-42.

³⁸ PÉREZ (2019), pp. 43-44.

LECrím.³⁹ De esta manera, se evita que todas las actuaciones policiales que no se encuentren expresamente permitidas deban considerarse prohibidas.

Sin embargo, esta maniobra —reconocer un derecho muy amplio para luego limitar sus efectos mediante criterios de (ir)relevancia— torna especialmente oscuro el límite a partir del cual una actuación policial requiere una habilitación legal expresa.⁴⁰ A fin de cuentas, no resulta nada sencillo determinar cómo debe medirse la trascendencia de una restricción en el derecho a la autodeterminación informativa. Así, por ejemplo, en el ámbito de las infiltraciones policiales, la doctrina suele recurrir a criterios muy difusos —su duración e intensidad⁴¹— para delimitar cuándo restringen de forma relevante el derecho a la autodeterminación informativa y, por ello, requieren la autorización del art. 282 bis LECrím.

De todas formas, aunque esto último puede ser un problema en Alemania, no lo es en España. En el ordenamiento español, las infiltraciones policiales no pueden restringir el derecho a la autodeterminación informativa en modo alguno. El motivo es simple: al contrario de lo que ocurre en el ordenamiento alemán, el contenido del derecho a la autodeterminación informativa en España solamente puede abarcar información que se encuentre registrada en un soporte informático. Tal y como se pondrá de manifiesto a continuación, dicho límite proviene del particular anclaje constitucional que el TC español, separándose del BVerfG, ha escogido para este derecho.

En efecto, aunque el reconocimiento del derecho a la autodeterminación informativa surgió en Alemania como reacción a los riesgos propios del tratamiento informatizado de datos, el BVerfG derivó directamente su contenido de la dignidad humana y el libre desarrollo de la

³⁹ En este sentido apunta el Tribunal Supremo, Sala Segunda, Sentencia N° 277, de 6 de abril de 2016, al afirmar que “Las exigencias del derecho a la autodeterminación informativa, concernido de manera determinante, no son tan intensas en cuanto a la necesidad de intervención judicial (...) no toda incidencia en ese derecho reclama inexorablemente habilitación judicial”.

⁴⁰ La oscuridad de dicho límite puede ilustrarse mediante los ejemplos que emplea PÉREZ (2019), pp. 44-45, para diferenciar entre las restricciones a la autodeterminación informativa que considera relevantes o irrelevantes. Así, para dicho autor, resultarían irrelevantes “las vigilancias discretas (...) las preguntas que los policías efectúan a personas en el marco de tareas discretas de averiguación de datos relevantes para una investigación; la obtención de fotografías de personas que se encuentren en la vía pública”. En cambio, estima relevantes “las grabaciones o filmaciones, efectuadas a distancia, de conversaciones, se trate de lugares públicos o privados; la grabación de conversaciones en domicilios privados a través de micrófonos ocultos; la vigilancia mediante video de lo que ocurre dentro de un domicilio”. Según PÉREZ, estas últimas restricciones del derecho a la autodeterminación informativa “implican la recolección y análisis de datos que aportan información (a veces incluso sensible) sobre el imputado, y por eso forman parte de las actividades estatales que no pueden ser llevadas a cabo sin esa clase de autorización parlamentaria [ley previa, formal y taxativa]”. Pues bien, con esta explicación resulta difícil entender por qué solamente el segundo grupo de ejemplos restringe de forma relevante el derecho a la autodeterminación informativa. Al fin y al cabo, los ejemplos del primer grupo —vigilancias discretas, preguntas efectuadas por policías o fotografías en la vía pública— también “implican la recolección y análisis de datos que aportan información (a veces incluso sensible) sobre el imputado”. En este sentido, el hecho de que PÉREZ no ofrezca una fundamentación capaz de discriminar entre las restricciones del derecho a la autodeterminación informativa que considera relevantes e irrelevantes —y, por tanto, entre aquellas que requerirían una habilitación legal expresa y aquellas que no— hace pensar que, en realidad, la diferencia entre los dos grupos de ejemplos que propone es, sencillamente, que en el segundo grupo se restringen derechos fundamentales distintos a la autodeterminación informativa —en particular, el secreto de las comunicaciones y la intimidad— y en el primero no.

⁴¹ GASCÓN (2001), p. 176.

CASTELLVÍ, Carlos: “¿Están prohibidos los engaños policiales que no se encuentran expresamente permitidos? Infiltraciones policiales, agentes encubiertos y derechos fundamentales”.

personalidad (arts. 1.1 y 2.1 de la *Grundgesetz*)⁴² y, de este modo, abrió la puerta a que, posteriormente, su protección pudiera extenderse a “todos los ámbitos en que se trabaje con información, sea ésta “sensible” o no, incluido, por cierto, el proceso penal”.⁴³ En cambio, el TC español nunca ha admitido la posibilidad de derivar nuevos derechos fundamentales a partir de la dignidad humana o el libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE) y, por ello, el reconocimiento de la autodeterminación informativa en España ha requerido un apoyo jurídico-positivo adicional que, de forma sorprendente, el alto tribunal identificó en el art. 18.4 CE:⁴⁴ “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”.

Dejando de lado las evidentes dificultades interpretativas para sustentar la existencia de un derecho fundamental en el artículo 18.4 CE —que tiene la formulación propia de un mandato dirigido al legislador⁴⁵— la referencia expresa del texto constitucional al “uso de la informática” impone una importante limitación al alcance de la autodeterminación informativa en el ordenamiento español. Esta es, que la protección del derecho a la autodeterminación informativa solo puede operar frente “a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos, lo que la Constitución llama la «informática»”.⁴⁶ En otras palabras, que la autodeterminación informativa solo puede proteger los datos registrados en un soporte informático.⁴⁷ Precisamente por ello, las infiltraciones policiales, por sí mismas, nunca restringirán el derecho a la autodeterminación informativa. Al fin y al cabo, la información obtenida mediante esta clase de engaños policiales no se encuentra registrada en un soporte reconducible a aquello que la Constitución denomina “la informática” (art. 18.4 CE).⁴⁸

⁴² Tal y como indica, DÍAZ (2000), p. 241, el BVerfG suele emplear los arts. 1.1 y 2.1 de la *Grundgesetz* como base para introducir nuevos derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional alemán.

⁴³ PÉREZ (2019), p. 30.

⁴⁴ MARTÍNEZ (2004), p. 334.

⁴⁵ GAY (1995), p. 30.

⁴⁶ Tribunal Constitucional, Sentencia N° 254, de 20 de Julio de 1993.

⁴⁷ La limitación de la autodeterminación informativa al ámbito de la informática se plasma en la denominación que el TC suele emplear para referirse a este derecho: “libertad informática” (Tribunal Constitucional, Sentencia N° 292, de 30 de noviembre de 2000).

⁴⁸ GUERRERO (2006), p. 207, afirma que la referencia del art. 18.4 CE a la “informática” no debería excluir la protección de los datos personales registrados en ficheros manuales. Según esta autora “salta a la vista que el art. 18.4 CE se refiere al uso de la “informática”, pero no se puede atender tan literalmente a la Constitución”. Del mismo modo, el Tribunal Constitucional, Sentencia N° 292, de 30 de noviembre de 2000, alude a una faceta de la autodeterminación informativa del siguiente modo: “Ese derecho a consentir el conocimiento y tratamiento, informático o no, de los datos personales”. De esta forma, el TC parecería ampliar el objeto de protección de este derecho más allá de la informática. No obstante, con independencia del tratamiento de que merezcan los datos inscritos en ficheros manuales —cuestión que se aleja mucho del objeto de este trabajo— en mi opinión, el tenor literal del art. 18.4 CE ha de imponer algún tipo de límite al derecho que se sustenta en él. La dicción de este precepto no puede ser completamente obviada a la hora de delimitar el alcance de la autodeterminación informativa, pues, de lo contrario, la referencia al mismo sería gratuita. Si el TC no está dispuesto a inferir nuevos derechos fundamentales de la dignidad o el libre desarrollo de la personalidad —tal como hace el BVerfG— y considera necesario hallar un anclaje jurídico-positivo para ello, luego no puede desatender el contenido de dicho anclaje a la hora de delimitar el derecho que anuda a él. La referencia a la “informática” es la única parte del art. 18.4 CE que resulta inteligible si dicho precepto se configura como el sustento de un nuevo derecho fundamental. Por ello, los límites de la autodeterminación informativa deben vincularse, de algún modo, a la informática. Quizás pueda interpretarse que el concepto constitucional de

5. ¿Están prohibidos porque restringen el derecho a la intimidad?

Algunos autores sostienen que cualquier infiltración policial restringe el derecho a la intimidad del sujeto engañado.⁴⁹ Así, por ejemplo, Carrizo afirma que “la ocultación de la condición del agente determina por sí sola una restricción del derecho a la intimidad”.⁵⁰ Desde esta perspectiva, cualquier clase de información obtenida mediante un engaño policial estaría protegida por el derecho a la intimidad. A estos efectos, lo relevante sería que “las informaciones obtenidas por el infiltrado no se facilitarían espontáneamente a este si supiera que se trata de un agente policial”.⁵¹ En tanto que dicha información, sea cuál sea, se haya obtenido a través de un engaño, el derecho a la intimidad debería entenderse restringido.⁵² En consecuencia, con independencia de otras variables, las infiltraciones policiales afectarían inevitablemente al derecho a la intimidad y, por tanto, estarían prohibidas siempre que no se encuentren expresamente permitidas por el art. 282 bis LECrim.

La jurisprudencia española ha advertido que las consecuencias de esta clase de planteamientos serían inasumibles. En particular, ha indicado que tornarían “ilegítima, incluso imposible, cualquier actuación de las que permite el art. 282 bis LECrim. En efecto, pues el precepto habla de investigaciones relativas a la delincuencia organizada, esto es, de indagaciones policiales, obviamente ya en marcha, generadoras de una información de cierta calidad y, por eso, apta para hacer pertinente y dotar de fundamento el recurso a la medida que se considera”.⁵³ Esta observación resulta muy pertinente. La autorización del art. 282 bis.1 LECrim debe adoptarse “mediante resolución fundada y teniendo en cuenta su necesidad a los fines de la investigación” que, en todo caso, debe ir referida a “actividades propias de la delincuencia organizada”. Si el juez de instrucción debe ponderar, de forma motivada, la proporcionalidad de la medida que autoriza —y, por tanto, su idoneidad para los fines de la investigación— requerirá para ello cierta información sobre su viabilidad. Dicha información difícilmente podrá ser obtenida si el policía, antes de recibir la autorización, no ha podido establecer ningún contacto con los miembros de la organización criminal en la que trata de infiltrarse (por requerir dicho contacto, a su vez, el plácet del art. 282 bis LECrim que, al mismo tiempo, también debería fundarse en información que acreditase su idoneidad para los fines de la investigación, etc.). Por ello, no le falta razón a la jurisprudencia cuando afirma que “cuestionar la existencia de investigaciones previas a la entrada en acción del agente encubierto como tal, y, al mismo tiempo, pedir que su habilitación cuente con apoyo en elementos de juicio dotados de suficiente base empírica para dar racionalidad a la medida, tiene algo de contradictorio”.⁵⁴ Si las únicas infiltraciones policiales permitidas son aquellas que cuentan con la autorización del art. 282 bis LECrim, o bien dicha autorización debería otorgarse sin contar con información acerca de su viabilidad

informática resulta más amplio que su significado técnico —y puede que ello permita incluir en él los ficheros manuales— pero, si las palabras han de significar algo, no cualquier cosa puede ser “informática”.

⁴⁹ GÓMEZ DE LIAÑO (2004a), p. 1532; GÓMEZ DE LIAÑO (2004b), p. 135; CARDOSO (2016), p. 699; CARRIZO (2017), p. 522.

⁵⁰ CARRIZO (2017), p. 522. Similar, GÓMEZ DE LIAÑO (2004b), p. 136.

⁵¹ CARDOSO (2016), p. 699

⁵² CARRIZO (2017), p. 522.

⁵³ Tribunal Supremo, Sala Segunda, Sentencia N° 277, de 6 de abril de 2016.

⁵⁴ Tribunal Supremo, Sala Segunda, Sentencia N° 277, de 6 de abril de 2016.

CASTELLVÍ, Carlos: “¿Están prohibidos los engaños policiales que no se encuentran expresamente permitidos? Infiltraciones policiales, agentes encubiertos y derechos fundamentales”.

—desvirtuando así el juicio de proporcionalidad al que debe someterse su concesión—, o bien las infiltraciones permitidas serían, a efectos prácticos, irrealizables.

Con independencia de esto último, quienes sostienen que cualquier infiltración policial restringe el derecho a la intimidad, en mi opinión, toman como referencia un concepto de intimidad excesivamente amplio. El derecho a la intimidad otorga a su titular “el poder de resguardar su vida privada de una publicidad no querida”.⁵⁵ Sin embargo, no abarca cualquier tipo de información, sino solamente aquella que pertenece a la “esfera íntima” o la “vida privada”. Aunque no resulta nada fácil definir cuál es el contenido de la intimidad —esto es, el ámbito que abarca la “esfera íntima” o la “vida privada” de una persona⁵⁶— no cualquier cosa puede ser intimidad. El simple hecho de que el sujeto engañado no hubiera proporcionado una determinada información a un policía, si hubiera sabido que se trataba de un policía, no convierte dicha información en íntima. De lo contrario, el descubrimiento de cualquier delito restringiría, por sí mismo, el derecho a la intimidad de su autor. De ser así, todas las actuaciones policiales dirigidas al descubrimiento del delito estarían prohibidas salvo que se encuentren expresamente permitidas y, por tanto, la habilitación genérica del art. 282 LECrim quedaría, de nuevo, vacía de contenido. En tanto que esto último se estime inadmisibile, deberá reconocerse que el derecho a la intimidad no abarca cualquier información que su titular hubiera preferido no comunicar a un agente de la autoridad. Así, como mínimo, la información relativa a un hecho delictivo no deberá entenderse protegida por el art. 18.1 CE.⁵⁷ De este modo, el mero hecho de descubrir un delito mediante un engaño policial no restringirá el derecho a la intimidad de su autor.

Obviamente, aunque una infiltración policial vaya dirigida a descubrir un delito, la interacción con el sujeto engañado puede desvelar información que sí tenga carácter íntimo. Sin embargo, esta clase de “interacciones íntimas” son completamente contingentes a las infiltraciones policiales. Al fin y al cabo, las personas no suelen revelar datos íntimos cuando entablan una conversación estereotipada o superficial con un desconocido. En tanto que la policía se limite a mantener conversaciones de estas características con un sospechoso —por ejemplo, el vendedor de un objeto sustraído— para hacerle bajar la guardia y descubrir alguna circunstancia relacionada con el delito —por ejemplo, el lugar donde guarda dicho objeto—, su actuación “bajo identidad supuesta” no restringirá el derecho a la intimidad.

6. ¿Están prohibidos porque restringen el derecho a la no autoincriminación?

Al contrario de lo que ocurre con el derecho a la intimidad, el derecho a la no autoincriminación sí que protege la información relativa a hechos delictivos. Es más,

⁵⁵ Tribunal Constitucional, Sentencia N° 292, de 30 de noviembre de 2000.

⁵⁶ Tal y como indica GALÁN (2005), p. 102, el Tribunal Constitucional español “no ha entrado nunca a definir de forma explícita el derecho a la intimidad. Antes bien, ha preferido hacer referencia expresa a la dificultad de su conceptualización antes de acotar su objeto con nitidez. No obstante, el Tribunal viene resolviendo los casos relativos al derecho a la intimidad en términos que sugieren que, de forma más o menos consciente, está asumiendo una definición concreta del mismo”. Esta forma casuística de delimitar la intimidad queda plasmada de forma muy ilustrativa en la afirmación de RUBENFELD (1989), p. 751, de que “los jueces son incapaces de definir qué es la vida privada y sin embargo la reconocen en cuanto la ven”.

⁵⁷ En esta dirección, GIMBERNAT (2016), p. 20.

únicamente protege esa clase de información.⁵⁸ Por ello, podría parecer que todas las infiltraciones policiales exitosas —precisamente por ser exitosas— restringen el derecho a la no autoincriminación del sujeto engañado. Después de todo, dichas infiltraciones se caracterizarían por descubrir información que (auto)inculpa a un delincuente. Sin embargo, el derecho reconocido en el art. 24.2 CE no tiene un contenido tan amplio. A fin de cuentas, el TC español ha dejado fuera de su cobertura a todas aquellas actuaciones que, pese a resultar autoincriminatorias, no constituyen “una declaración que exteriorice un contenido admitiendo su culpabilidad”⁵⁹: realizar un control de alcoholemia,⁶⁰ entregar un documento,⁶¹ arrojar saliva en una celda,⁶² etc. En consecuencia, los engaños policiales que descubran información (auto)inculpatoria a través de una acción distinta a la emisión de una declaración —por ejemplo, la de mostrar un objeto sustraído— no restringirán el derecho del art. 24.2 CE. En este sentido, las únicas actuaciones policiales “bajo identidad supuesta” que podrían llegar a vulnerar el derecho a la no autoincriminación serían aquellas que induzcan a la confesión del sujeto engañado. Es decir, aquellas que lleven a cabo un “diálogo similar a un interrogatorio”.⁶³

Una parte de la doctrina y la jurisprudencia consideran que, efectivamente, esta clase de inducciones a la confesión restringen el derecho a la no autoincriminación.⁶⁴ En este sentido, Gascón afirma que “es requisito fundamental para el ejercicio de este derecho que el ciudadano sea consciente de que está siendo objeto de un interrogatorio por parte de la autoridad pública” y, precisamente por ello, “el ejercicio de estos derechos se ve entorpecido, y la finalidad que persiguen totalmente burlada, en caso de que las preguntas que, de ordinario, deberían hacerse en presencia de su abogado, se las formule engañosamente un agente encubierto”.⁶⁵ De acuerdo con dicho autor, los diálogos similares a un interrogatorio restringirían el derecho a no autoincriminarse y, por tanto, estarían prohibidos siempre que no se encuentren expresamente permitidos. Es decir, siempre que no se encuentren autorizados judicialmente en virtud del art. 282 bis LECrim. En cambio, según el propio Gascón, las inducciones a la confesión realizadas por agentes encubiertos serían perfectamente lícitas. Al fin y al cabo, la restricción al derecho a la no autoincriminación quedaría, en ese caso, justificada. En sus propias palabras: “La autorización judicial para actuar bajo identidad supuesta justifica, de nuevo, el engaño en el que se funda el hecho de

⁵⁸ DOLINKO (1985), p. 1114.

⁵⁹ Tribunal Constitucional, Sentencia N° 207, de 16 de diciembre de 1996.

⁶⁰ Tribunal Constitucional, Sentencia N° 103, de 4 de octubre de 1985.

⁶¹ Tribunal Constitucional, Sentencia N° 76, de 26 de abril de 1990.

⁶² Tribunal Constitucional, Sentencia N° 199, de 5 de diciembre de 2013.

⁶³ Denominación empleada, entre otros, por GUARIGLIA (1994), p. 54; GÓMEZ DE LIAÑO (2004b), p. 219; DELGADO (2001), p. 97; GUZMÁN (2006), p. 218. Tal y como indica este último autor, en dichos “diálogos similares a un interrogatorio” el policía que actúa “bajo identidad supuesta”, más allá de escuchar al sujeto engañado, dirige la conversación hacia determinados puntos que, en última instancia, conducen a la confesión.

⁶⁴ ROXIN (2000), p. 142; GASCÓN (2001), p. 108; MUÑOZ (2008), p. 75; ZAFRA (2010), p. 215. En la jurisprudencia, Tribunal Supremo, Sala Segunda, Sentencia N° 178, de 1 de marzo de 1996; Tribunal Supremo, Sala Segunda, Sentencia N° 239, de 24 de marzo de 2010; Tribunal Supremo, Sala Segunda, Sentencia N° 72, de 8 de febrero de 2017; Tribunal Supremo, Sala Segunda, Sentencia N° 652, de 15 de julio de 2016. En cualquier caso, todas las resoluciones citadas se refieren a supuestos en que se graban las confesiones.

⁶⁵ GASCÓN (2001), pp. 107-108.

CASTELLVÍ, Carlos: “¿Están prohibidos los engaños policiales que no se encuentran expresamente permitidos? Infiltraciones policiales, agentes encubiertos y derechos fundamentales”.

que el imputado o el testigo accedan a conversar con el infiltrado y a suministrarle información de contenido incriminatorio”.⁶⁶

No puedo compartir completamente ni lo primero ni lo segundo. Desde mi perspectiva, ni los diálogos similares a un interrogatorio restringen el derecho a la no autoincriminación, ni las restricciones del derecho a la no autoincriminación pueden quedar justificadas. En este sentido, creo que las inducciones a la confesión realizadas por agentes encubiertos no conllevan, como afirma Gascón, una restricción justificada del derecho a la no autoincriminación —pues las restricciones de este derecho no pueden quedar justificadas⁶⁷—, sino que, simplemente, no restringen dicho derecho en modo alguno. En consecuencia, dichas inducciones serían lícitas aunque no estuvieran expresamente permitidas. Esto es, aunque el policía que las lleva a cabo no hubiera recibido la autorización judicial del art. 282 bis LECrim y, por tanto, no tuviera la condición de agente encubierto. Seguidamente explicaré el porqué.

El derecho a la no autoincriminación prohibiría los diálogos similares a un interrogatorio si su fundamento fuera impedir que la acusación utilice al acusado para lograr su condena. Es decir, si dicho fundamento fuera obligar a que la acusación pruebe la culpabilidad del acusado sin su ayuda.⁶⁸ En este sentido, desconocer que tus palabras pueden incriminarte —por no saber que tu interlocutor es un policía— impide que puedas elegir libremente “no ayudar” a la acusación y, por tanto, permite que te utilicen para lograr tu propia condena. En consecuencia, con este fundamento, las confesiones obtenidas mediante engaño, indudablemente, restringirían el contenido del derecho a la no autoincriminación.⁶⁹ No obstante, el fundamento esbozado resulta insatisfactorio. Adviértase que, si dicho fundamento se desarrolla coherentemente, el contenido del derecho a la no autoincriminación debería abarcar cualquier diligencia que implique la colaboración pasiva del investigado: tomar sus huellas dactilares, una muestra de su ADN, introducirlo en una rueda de reconocimiento, etc.⁷⁰ En tanto que dichas diligencias utilizan al investigado para ayudar a la acusación, su ejecución debería restringir el derecho a la no autoincriminación. Esto, sin embargo, no es así.⁷¹ El contenido del derecho a la no autoincriminación solamente abarca algunas conductas de colaboración activa con la propia condena.⁷² Las conductas de

⁶⁶ GASCÓN (2001), p. 242.

⁶⁷ Tal y como señala el TEDH, el derecho a la no autoincriminación no puede ser legítimamente restringido. En este sentido, SSTEDH caso Saunders v. Reino Unido, de 17 diciembre de 1996, párr. 74; caso Heaney y McGuinness v. Irlanda, de 21 de diciembre de 2000, párr. 57. Para una fundamentación de por qué las restricciones de este derecho no pueden quedar justificadas, véase la nota 76.

⁶⁸ PENNEY (2003), p. 256.

⁶⁹ Tal y como indica PENNEY (2004), p. 323, si dichas confesiones obtenidas mediante engaño restringen el derecho a la no autoincriminación, también lo harían las intervenciones de cualquier (tele)comunicación en que se logre material autoincriminatorio. Al fin y al cabo, mediante dichas intervenciones se estaría impidiendo que las personas afectadas puedan decidir libremente “no ayudar” a la acusación.

⁷⁰ AMAR y LETTOW (1995), pp. 893-894; REDMAYNE (2007), p. 219.

⁷¹ DOLINKO (1985), p. 1083.

⁷² GARCÍA (2010), p. 22; RICHARD (2014), p. 11; GONZÁLEZ (2016), p. 49.

colaboración pasiva quedan, en todo caso, excluidas de su ámbito aplicativo.⁷³ Precisamente por ello, el fundamento del derecho a la no autoincriminación debe ser otro distinto. Otro que sea capaz de explicar por qué la colaboración pasiva con la propia condena no afecta al contenido de este derecho.

¿Qué distingue la colaboración pasiva de la activa? La respuesta es sencilla: la primera puede imponerse por la fuerza y la segunda no. Esto es, la primera puede imponerse sin contar con la voluntad del investigado y, en cambio, la segunda necesita dicha voluntad. Así, por ejemplo, un policía tiene la capacidad de tomar una muestra de ADN sin que el investigado lo acepte de ningún modo: en última instancia, bastará con inmovilizarlo y extraerle, por ejemplo, un cabello. Por el contrario, dicho policía no puede hacer lo propio con una declaración inculpativa: en tanto que el investigado no puede ser “transformado en una marioneta”, nunca podrá lograrse una declaración sin contar con su voluntad. La única forma de imponer dicha declaración consiste en constreñir la voluntad del investigado mediante la amenaza de un mal. Y esa amenaza genera un grave conflicto motivacional en el investigado: lo pone ante el dilema de contribuir a su propia condena o sufrir el mal anunciado.⁷⁴ En mi opinión, dicho conflicto motivacional es, precisamente, lo que fundamenta el derecho a la no autoincriminación. En este sentido, creo que el propósito de este derecho es impedir que, mediante la amenaza de un mal, se exija al investigado un acto que va en contra de su instinto de conservación y que, por tanto, lo pone ante un grave conflicto motivacional. Esto explicaría por qué la colaboración pasiva no afecta al contenido del derecho a la no autoincriminación: en tanto que dicha colaboración puede imponerse por la fuerza, no requiere constreñir la voluntad del investigado y, por tanto, no genera conflicto motivacional alguno.

De acuerdo con esta fundamentación, el derecho a la no autoincriminación solo puede restringirse mediante la *compulsión*.⁷⁵ Es decir, mediante el constreñimiento de la voluntad. Precisamente por ello, los diálogos similares a un interrogatorio no restringen el derecho a la no autoincriminación. Al fin y al cabo, quien confiesa ante un policía de incógnito —pensando que lo hace ante un particular— no se encuentra compelido de ningún modo a hacerlo. Al contrario de lo que ocurre con la exigencia de una confesión, su inducción mediante engaño no genera el dilema de contribuir al propio castigo o exponerse a otra clase de mal. Después de todo, el investigado desconoce que está contribuyendo a su propio castigo y, justamente por ello, el policía no necesita constreñir su voluntad mediante la amenaza de un mal. De esta forma, al igual que sucede con la colaboración pasiva, los diálogos similares a un interrogatorio no generan conflicto motivacional alguno y, por este motivo, no restringen el derecho a la no autoincriminación. En consecuencia, las infiltraciones policiales que lleven

⁷³ En este sentido, STEDH Saunders v. Reino Unido, de 17 diciembre de 1996, párr. 69, excluyendo expresamente de su ámbito aplicativo los documentos obtenidos mediante una orden de registro, así como las muestras de sangre, orina y ADN.

⁷⁴ La jurisprudencia de Estados Unidos se refiere al “cruel trilema” que implica “tener que escoger entre decir la verdad y acusarse a sí mismo, mentir y cometer perjurio, o negarse a declarar y ser condenado por desacato” (Murphy v. Waterfront Commission, 378 U.S. 52, 55, 1964). Sobre dicho trilema y su capacidad para fundamentar el derecho a la no autoincriminación, DOLINKO (1985), p. 1093.

⁷⁵ GARCÍA (2010), p. 20; GONZÁLEZ (2016), p. 40; WILENMANN (2016), p. 119; ESTRADA (2020), p. 249.

CASTELLVÍ, Carlos: “¿Están prohibidos los engaños policiales que no se encuentran expresamente permitidos? Infiltraciones policiales, agentes encubiertos y derechos fundamentales”.

a cabo dichos diálogos serán lícitas aunque no se encuentren expresamente permitidas. Esto es, aunque no se encuentren justificadas en virtud del art. 282 bis LECrim.⁷⁶

7. ¿Engaños policiales que restringen derechos fundamentales?

En el caso inicial de la bicicleta no se ha restringido derecho fundamental alguno. Así, en primer lugar, el policía que ha actuado “bajo identidad supuesta” no ha interceptado ninguna comunicación ajena: él ha sido el destinatario de todos mensajes enviados por el sujeto engañado y, por ello, no ha restringido su derecho al secreto de las comunicaciones. En segundo lugar, la infiltración policial en cuestión tampoco ha restringido el derecho a la autodeterminación informativa. Al fin y al cabo, la información obtenida no estaba registrada en un soporte reconducible a aquello que la Constitución española denomina “la informática” (art. 18.4 CE). En tercer lugar, la actuación policial no ha desvelado ningún dato perteneciente a la esfera íntima del sujeto engañado. Después de todo, la información de carácter delictivo —dónde guardaba la bicicleta sustraída— no tiene carácter íntimo y, además, la conversación mantenida con el sujeto engañado ha sido estereotipada y superficial. Finalmente, la infiltración policial tampoco ha restringido el derecho a la no autoincriminación. A fin de cuentas, ni el sujeto engañado ha emitido una declaración autoincriminatoria, ni el policía ha constreñido su voluntad para lograrlo.

⁷⁶ De todos modos, el art. 282 bis LECrim nunca podría justificar una restricción del derecho a la no autoincriminación. En realidad, ningún precepto legal podría hacerlo. Tal y como indica el TEDH, el derecho a la no autoincriminación no puede ser legítimamente restringido. En este sentido, REDMAYNE (2007), p. 229; AMBOS (2009), p. 44. El motivo que explica esto último, en mi opinión, guarda relación con la naturaleza de este derecho. Al contrario de lo ocurre con otros derechos —por ejemplo, la intimidad—, el derecho a la no autoincriminación no puede ser ponderado con otros derechos e intereses —por ejemplo, el interés en perseguir la delincuencia de forma eficaz— porque, en sí mismo, es el resultado de una ponderación. Una ponderación que viene impuesta por la Constitución y que, como tal, no puede ser contradicha por el legislador. ¿Y qué incluye dicha ponderación? Pues, por un lado, el conflicto motivacional que implica la exigencia de autoincriminarse. Y, por el otro, el bajo valor epistémico que tienen las declaraciones de un investigado. Es decir, la poca credibilidad que tienen las palabras de quien, debido a su situación, tenderá a decir la verdad si es inocente y a mentir si es culpable. Precisamente, este segundo elemento de la ponderación explica por qué el contenido del art. 24.2 CE solamente abarca una forma de autoincriminación: la emisión de una declaración. Después de todo, aunque otras formas de autoincriminación generen el mismo conflicto motivacional —por ejemplo, soplar en un alcoholímetro— su resultado tiene un valor epistémico mucho más alto —pues no se puede mentir al alcoholímetro—. En este sentido, el bajo valor epistémico de las declaraciones ya está incluido en la ponderación que fundamenta este derecho y, justamente por ello, su contenido no abarca otras formas de colaboración activa con la propia condena (entregar documentos, arrojar saliva, etc.). De este modo, lo único que impone el derecho a la no autoincriminación es el resultado de ponderar los costes (el conflicto motivacional) y los beneficios (el escaso valor epistémico) de exigir una declaración autoincriminatoria. Y el resultado de dicha ponderación es negativo: en tanto que las declaraciones del inculpaado tienen un valor probatorio muy reducido, provocar un conflicto motivacional para exigir las, simplemente, no vale la pena. Esta es la ponderación que viene impuesta por la Constitución y que, como tal, no puede ser contradicha por el legislador. Por este motivo, ningún precepto legal puede justificar que se restrinja el derecho a la no autoincriminación. En otras palabras, ningún precepto legal puede justificar que se exija una declaración autoincriminatoria.

Así pues, la infiltración policial que ha recuperado la bicicleta, al no restringir derechos fundamentales, resulta lícita aunque no se encuentre expresamente permitida.⁷⁷ Esto es, aunque no se encuentre autorizada judicialmente en virtud del art. 282 bis LECrim. Teniendo en cuenta esto último, la pregunta que surge inmediatamente es: ¿qué sentido tiene la autorización del art. 282 bis LECrim? Adviértase que, si el art. 282 bis LECrim se limita a permitir actuaciones policiales que no restringen derechos fundamentales —como la que ha recuperado la bicicleta sustraída—, su contenido resultaría superfluo. En tanto que dichas actuaciones ya se encuentran amparadas por la habilitación legal genérica del art. 282 LECrim, la autorización del art. 282 bis LECrim estaría permitiendo expresamente algo que, en todo caso, ya se encuentra permitido.

Sin embargo, esto no es así. Aunque las infiltraciones policiales no restrinjan derechos fundamentales *necesariamente* —como pone de manifiesto el caso de la bicicleta—, algunas infiltraciones policiales concretas sí pueden incidir en esos derechos. Es decir, aunque el mero “actuar bajo identidad supuesta” sea inocuo para derechos fundamentales, determinadas manifestaciones de dicha actuación pueden no serlo. Precisamente por ello, el art. 282 bis LECrim no resulta superfluo: su sentido consiste en justificar esas actuaciones concretas que, pese a no ser consustanciales a una infiltración policial, pueden condicionar el éxito de la investigación. Tal y como se mostrará a continuación, dichas actuaciones concretas son, por un lado, las “interacciones íntimas” y, por el otro, las “entradas por invitación a un domicilio”. En ambos casos se restringen derechos fundamentales mediante una actuación policial “bajo identidad supuesta” y, por tanto, dicha actuación estará prohibida siempre que no se encuentre expresamente permitida.

En primer lugar, aunque una infiltración policial vaya dirigida a obtener información de carácter delictivo —que, como tal, no está protegida por el art. 18.1 CE—, determinadas interacciones con el sujeto engañado pueden desvelar datos íntimos. Obviamente, esto no ocurrirá en todos los casos. Tal y como se ha indicado, las personas no suelen revelar información íntima cuando entablan una conversación estereotipada o superficial con un desconocido. No obstante, es posible que, para el éxito de la investigación, resulte necesario fingir alguna clase de relación personal con el sujeto engañado y, de este modo, mantener con él conversaciones de otra naturaleza. Así, por ejemplo, un policía de incógnito especialmente interesado en ganarse la confianza de un sospechoso puede charlar con él sobre asuntos que, en otro contexto, nunca saldrían a la luz: preferencias sexuales, problemas familiares, creencias religiosas, etc. En tanto que el policía protagonice esta clase de interacciones íntimas, su actuación “bajo identidad supuesta” restringirá el derecho

⁷⁷ El hecho de que una infiltración policial sea lícita no significa, necesariamente, que sea deseable. Aunque el caso de la bicicleta no despierta muchas objeciones, existen otras infiltraciones policiales que, pese a no restringir derechos fundamentales, pueden generar algún rechazo. Así, por ejemplo, GUZMÁN (2006), p. 221, alude a determinadas infiltraciones policiales “preventivas” en vuelos comerciales que resultan cuestionables porque “aumentan los poderes de policía estatales” y “se puede llegar a incrementar la probabilidad de peligro físico cierto para los pasajeros (llevan armas a bordo de los aviones)”. En todo caso, las razones esgrimidas podrían fundamentar una norma que prohibiera (penal o administrativamente) las infiltraciones en cuestión, pero, por sí mismas, no pueden cuestionar su licitud. Al fin y al cabo, el hecho de que no estén expresamente permitidas (y no sean deseables) resulta insuficiente para considerarlas ilícitas. Al menos, siempre que no restrinjan derechos fundamentales.

CASTELLVÍ, Carlos: “¿Están prohibidos los engaños policiales que no se encuentran expresamente permitidos? Infiltraciones policiales, agentes encubiertos y derechos fundamentales”.

reconocido en el art. 18.1 CE y, en consecuencia, necesitará la autorización del art. 282 bis LECrim.⁷⁸ Es decir, deberá estar expresamente permitida para no encontrarse prohibida.⁷⁹

En segundo lugar, el éxito de algunas investigaciones dependerá de que, para mantener las apariencias, el policía que actúa “bajo identidad supuesta” acceda al interior de un domicilio cuando se le invita a ello. Sobre todo cuando negarse a ello supondría delatarse. Evidentemente, la entrada en dicho domicilio restringirá el derecho a la inviolabilidad domiciliaria del sujeto engañado (art. 18.2 CE). A fin de cuentas, el consentimiento que ha permitido su entrada está viciado por el engaño policial y, en consecuencia, resulta inválido. Precisamente por ello, la entrada en un domicilio por invitación será una actuación policial “bajo identidad supuesta” que, en todo caso, requerirá la autorización del art. 282 bis LECrim.⁸⁰

⁷⁸ En ocasiones, la doctrina emplea la denominación de “infiltración policial de larga duración” para aludir a esta clase de actuaciones. Es decir, para aludir a las infiltraciones policiales que necesitan la autorización del art. 282 bis LECrim por restringir el derecho a la intimidad. No obstante, esta denominación resulta, en mi opinión, algo equívoca. Después de todo, invita a pensar que la duración de la infiltración es el factor que determina la restricción del derecho a la intimidad (y, por ello, la necesidad de contar con la autorización del art. 282 bis LECrim). Esto, sin embargo, no es así. Obviamente, será más fácil que se restrinja el derecho a la intimidad en infiltraciones policiales que se alarguen mucho en el tiempo. No obstante, ni todas las infiltraciones policiales duraderas restringirán el derecho a la intimidad —pues pueden mantenerse relaciones superficiales y estereotipadas durante mucho tiempo—, ni todas las infiltraciones policiales cortas serán inocuas para él —pues algunas interacciones íntimas pueden surgir rápidamente—. En un sentido similar, ZAFRA (2010), p. 181. Por este motivo, prefiero evitar la denominación “infiltración policial de larga duración” y, en su lugar, referirme a las “interacciones íntimas” como factor determinante de que una infiltración policial afecte al art. 18.1 CE y, en consecuencia, requiera autorización judicial.

⁷⁹ Algunos autores consideran que las “infiltraciones policiales” siempre restringen derechos fundamentales porque, para apreciar dicho concepto, exigen que la actuación policial “bajo identidad supuesta” haya generado una relación de confianza similar a la que, según el texto, puede provocar una “interacción íntima”. De este modo, consideran que las actuaciones policiales “bajo identidad supuesta” que, por no haber generado esta clase de relaciones, no restringen derechos fundamentales, simplemente, no son “infiltraciones policiales”. Véase, por ejemplo, GASCÓN (2001), p. 10. Sin embargo, los autores que optan por este concepto de “infiltración policial” deberían advertir que, de acuerdo con su propia definición, el art. 282 bis LECrim no (solo) autoriza “infiltraciones policiales”, sino, en general, actuaciones policiales “bajo identidad supuesta”. De esta forma, pondrían de manifiesto que su noción de “infiltración policial” no alude a aquello que la ley permite expresamente (mediante el art. 282 bis LECrim), sino a aquello que, desde su punto de vista, necesita ser permitido expresamente por la ley.

⁸⁰ En la doctrina española se discute si la entrada en un domicilio por invitación es una restricción del derecho a la inviolabilidad domiciliaria que queda justificada por la autorización genérica del art. 282 bis LECrim, o requiere, en todo caso, una autorización específica. Esta última postura parece haber recibido el respaldo de la jurisprudencia que, tomando como referencia el § 110c StPO, ha advertido que “la necesidad de incorporar a nuestro sistema procesal una norma que proporcione cobertura a las posibles entradas en el domicilio del investigado, sin otra autorización que un consentimiento viciado por el desconocimiento de la verdadera identidad del agente encubierto, resulta inaplazable” (Tribunal Supremo, Sala Segunda, Sentencia Nº 575, de 28 de junio de 2013). En el mismo sentido, GÓMEZ DE LIAÑO (2004a), p. 1536; DEL POZO (2006), p. 302; RIZO (2017), p. 32. No obstante, como se pondrá de manifiesto a continuación, una previsión de estas características resulta, desde mi punto de vista, innecesaria. Al fin y al cabo, esta clase de restricciones del derecho a la inviolabilidad domiciliaria derivan exclusivamente del engaño que supone “actuar bajo identidad supuesta” en el tráfico jurídico y social (art. 282 bis.1 LECrim).

Así pues, aunque el mero “actuar bajo identidad supuesta” no restrinja derechos fundamentales, la autorización del art. 282 bis LECrim tiene, al menos, un sentido: justificar algunas manifestaciones concretas de dicha actuación que restringen el derecho a la intimidad y a la inviolabilidad domiciliaria.⁸¹ Esto es, en definitiva, justificar las “interacciones íntimas” y las “entradas en domicilios por invitación”.

Es cierto que, a primera vista, esto último parece entrar en contradicción con la previsión, ya mencionada, del art. 282 bis.3 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”. Así, podría argumentarse que, si la ley procesal exige una autorización judicial específica para que el agente encubierto restrinja derechos fundamentales, el sentido de la autorización (genérica) del art. 282 bis LECrim no puede ser el de justificar determinadas actuaciones —las interacciones íntimas y las entradas en domicilios por invitación— que, igualmente, restringen derechos fundamentales.

No obstante, la objeción anterior puede superarse distinguiendo entre dos clases de actuaciones, propias del agente encubierto, susceptibles de restringir derechos fundamentales: aquellas que derivan del engaño que supone “actuar bajo identidad supuesta” en el tráfico jurídico y social (art. 282 bis.1 LECrim) y aquellas que no quedan cubiertas por dicho engaño.⁸² Las primeras estarían justificadas por la autorización (genérica) del art. 282 bis LECrim, mientras que las segundas requerirían un plácet específico por exceder los límites de la actuación autorizada. De este modo, el art. 282 bis.3 LECrim no exigiría una autorización específica para cualquier restricción de derechos fundamentales realizada por el agente encubierto, sino, únicamente, para aquellas que no queden amparadas por su engaño característico. Así, por ejemplo, la restricción del derecho a la intimidad que supone entablar una conversación sobre determinadas cuestiones —sexuales, familiares, religiosas, etc.— deriva exclusivamente del engaño que supone “actuar bajo identidad supuesta” en el tráfico social y, precisamente por ello, debe entenderse justificada por la autorización genérica del art. 282 bis LECrim. En cambio, la grabación de dichas conversaciones íntimas va más allá del engaño autorizado y, por tanto, requerirá una autorización judicial específica.⁸³ Del mismo modo, la restricción del derecho a la inviolabilidad domiciliaria que implica entrar en un domicilio con el consentimiento viciado de su titular, de nuevo, deriva exclusivamente del engaño que supone “actuar bajo identidad supuesta” en el tráfico social y, en consecuencia, quedará justificada por la autorización del art. 282 bis LECrim.⁸⁴ Por el contrario, el registro subrepticio del domicilio al que se ha accedido nunca podría quedar

⁸¹ El Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal, aprobado en Consejo de Ministros en fecha 24 de noviembre de 2020, prevé de forma expresa que la autorización del agente encubierto justifique, precisamente, la restricción de los dos derechos señalados. Así, en primer lugar, el art. 505.1 de dicho anteproyecto señala que “La autorización judicial de la intervención del agente encubierto ampara las actuaciones que realice en el curso de la investigación, aunque haya de verse afectado el derecho a la intimidad de las personas investigadas”. En segundo lugar, el art. 505.3 indica que “el agente encubierto podrá entrar en el domicilio de la persona investigada con el consentimiento de su titular, aunque haya sido prestado con desconocimiento de su condición de agente de la autoridad”.

⁸² GASCÓN (2001), p. 245; NÚÑEZ y GUILLÉN (2008), p. 126; ZAFRA (2011), p. 92.

⁸³ GASCÓN (2001), p. 247. Precisamente, el art. 282 bis.7 LECrim prevé esta clase de autorizaciones.

⁸⁴ En este sentido, GASCÓN (2001), p. 240; ZAFRA (2006), p. 240; LAFONT (2015), p. 14.

CASTELLVÍ, Carlos: “¿Están prohibidos los engaños policiales que no se encuentran expresamente permitidos? Infiltraciones policiales, agentes encubiertos y derechos fundamentales”.

justificado por esa autorización.⁸⁵ Dicho registro excede, con mucho, los límites del engaño permitido y, por ese motivo, debería ser objeto de una autorización judicial específica.⁸⁶

En definitiva, aunque el art. 282 bis LECrim exige que el agente encubierto solicite una autorización judicial específica para restringir derechos fundamentales, dicha exigencia se circunscribe a las restricciones de derechos fundamentales que no derivan de “actuar bajo identidad supuesta”. Precisamente por ello, las restricciones de derechos fundamentales que sí pueden derivarse de “actuar bajo identidad supuesta” —las interacciones íntimas y las entradas por invitación— quedarán justificadas por la autorización del art. 282 bis LECrim. Este será, de hecho, el principal sentido de dicha autorización.⁸⁷

Conclusión

El objetivo de este trabajo era contestar a la pregunta que consta en su título: ¿Están prohibidos los engaños policiales que no se encuentran expresamente permitidos? Pues bien, a la vista de lo expuesto, la respuesta debe ser negativa: en su conjunto, dichos engaños no están prohibidos. Después de todo, el conjunto de los engaños policiales no restringen derechos fundamentales. Por ello, los engaños policiales que no se encuentran expresamente permitidos solo estarán prohibidos cuando, debido a sus particularidades —y, principalmente, a la necesidad de generar relaciones de confianza con las personas investigadas—, se plasmen en las dos únicas actuaciones “bajo identidad supuesta” que restringen derechos fundamentales: las “interacciones íntimas” y las “entradas en domicilios por invitación”.

⁸⁵ ZAFRA (2010), p. 185.

⁸⁶ En todo caso, tal y como indica GUZMÁN (2006), p. 217, no tiene mucho sentido que esta clase de registros sean efectuados por el propio agente encubierto. Al fin y al cabo, su realización requiere de una serie de formalidades legales (presencia del Juez, del Secretario Judicial, testigos, etc.) que, en la práctica, supondrían delatar al agente encubierto. Por ello, parece preferible que su realización corra a cargo de otros funcionarios distintos. En sentido similar, ZAFRA (2006), p. 241.

⁸⁷ De todos modos, el art. 282 bis LECrim también tiene otro sentido: justificar jurídico-penalmente la realización de algunos tipos penales por parte del agente encubierto. En especial, los que debe realizar el agente encubierto para las superar “pruebas de castidad” que, en ocasiones, requieren algunas organizaciones criminales para probar la lealtad de sus miembros. Precisamente, esta es la función que cumple el art. 282 bis.5 LECrim. En todo caso, conviene resaltar que el sentido de esta previsión no es evitar la nulidad de la prueba, sino la responsabilidad penal del policía. Por ello, no puedo suscribir completamente la siguiente afirmación de LÓPEZ (1999), pp. 1956-1957: “cuando se afirma que el agente no está exento de responsabilidad criminal, la prueba obtenida tampoco es utilizable, pues procede de una obtención delictiva y, por consiguiente, ilegal”. El ordenamiento jurídico español solo prevé la nulidad de las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales (art. 11 LOPJ). Teniendo en cuenta que no todos los hechos típicos restringen derechos fundamentales (ni viceversa), la realización de un delito por parte de la policía no convertirá automáticamente en nulas las pruebas que haya adquirido. Dicha nulidad solo se producirá cuando los delitos cometidos restrinjan derechos fundamentales de los investigados. En cambio, cuando los delitos realizados por los policías resulten inocuos para los derechos fundamentales de los sujetos engañados, el castigo de unos y otros será perfectamente compatible. Así, por ejemplo, si un policía que carece del pláacet correspondiente roba un coche para ganarse la confianza de una organización criminal e integrarse en ella, su responsabilidad penal no impedirá que las pruebas obtenidas gracias a dicha confianza fundamenten la condena de los investigados. En esta dirección, GASCÓN (2001), p. 253; ZAFRA (2011), p. 102.

Teniendo en cuenta que el art. 282 bis LECrim autoriza, en general, engaños policiales —y no solo engaños policiales que se plasmen en interacciones íntimas o entradas en domicilios por invitación—, debe concluirse que dicho precepto permite expresamente más conductas de las que, sin él, estarían prohibidas. Es decir, que justifica más conductas de las que necesitan justificación. Al fin y al cabo, los comportamientos expresamente permitidos por el art. 282 bis LECrim —en su conjunto, los engaños policiales— exceden a los que necesitan estar expresamente permitidos para no encontrarse prohibidos.⁸⁸

Bibliografía citada

- AMAR, Akhil Reed; LETTOW, Renee (1995): “Fifth Amendment First Principles: The Self-Incrimination Clause”, en: *Michigan Law Review* (N° 93), pp. 857-928.
- AMBOS, Kai (2009): “Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán”, en: *Política Criminal* (Vol. 4, N° 7), pp. 1-56.
- BENDA, Ernesto (2001): “Dignidad humana y derechos de la personalidad”, en: BENDA, Ernesto; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen; HESSE, Konrad; HEYDE, Wolfgang (Eds.), *Manual de Derecho Constitucional*, 2ª ed. (Trad. Antonio López Pina, Madrid, Marcial Pons), pp. 117-144.
- CARDOSO PEREIRA, Flávio (2016): *El agente infiltrado desde el punto de vista del garantismo procesal penal*, 2ª ed. (Lisboa, Juruá).
- CAROU GARCÍA, Sara (2018): “El agente encubierto como instrumento de lucha contra la pornografía infantil en internet”, en: *Cuadernos de la Guardia Civil* (N° 56), pp. 23-40.
- CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL, Adán (2017): “La infiltración policial en España como medio de investigación en la lucha contra la corrupción”, en: *Revista Brasileira de Direito Processual Penal* (Vol. 3, N° 2), pp. 511-536.
- CASTELLVÍ MONSERRAT, Carlos (2020): *Provocar y castigar: el agente provocador y la impunidad del sujeto provocado* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- DEL POZO PÉREZ, Marta (2006): “El agente encubierto como medio de investigación de la delincuencia organizada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal española”, en: *Criterio jurídico* (N° 6), pp. 267-310.
- DELGADO MARTÍN, Joaquín (2000): “La entrega vigilada de droga u otro elemento ilícito”, en: *La Ley* (N° 5), pp. 1853-1868.
- DELGADO MARTÍN, Joaquín (2001): *La criminalidad organizada* (Barcelona, Bosch).

⁸⁸ Esto mismo ocurre, de forma más explícita, en las entregas vigiladas. Tal y como indica DELGADO (2000), pp. 1854 y 1862, el art. 263 bis LECrim prevé la posibilidad de autorizar judicialmente una conducta atípica que no restringe derechos fundamentales. De este modo, permite expresamente una actuación policial que, sin dicha autorización, no estaría prohibida. Precisamente por ello, GUINARTE (1995), p. 41, afirma que “la norma citada tiene una escasa trascendencia” y concluye que la principal función del art. 263 bis LECrim consiste en “reforzar el control judicial sobre la actuación de investigación criminal de la policía”. No obstante, resulta dudoso que esa función pueda cumplirse si, cuando no se solicita la autorización pertinente, las consecuencias de la actuación policial son exactamente las mismas que cuando se solicita dicha autorización (licitud de las pruebas obtenidas e irresponsabilidad penal de los agentes). En este sentido, si el legislador pretendía reforzar el control judicial sobre la actuación de la policía, además de permitir expresamente las “entregas vigiladas” autorizadas judicialmente, debería haber prohibido las “entregas vigiladas” que carecen de dicha autorización. Es decir, además de permitir expresamente aquello que no está prohibido, debería haber prohibido aquello que no se encuentra expresamente permitido.

CASTELLVÍ, Carlos: “¿Están prohibidos los engaños policiales que no se encuentran expresamente permitidos? Infiltraciones policiales, agentes encubiertos y derechos fundamentales”.

- DÍAZ REVORIO, Francisco Javier (2000): “Tribunal Constitucional y creación de derechos no escritos”, en: DÍAZ REVORIO, Francisco Javier; ESPÍN TEMPLADO, Eduardo (Coords.), *La justicia constitucional en el Estado democrático* (Valencia, Tirant lo Blanch), pp. 231-260.
- DÍAZ REVORIO, Francisco Javier (2006): “El derecho fundamental al secreto de las comunicaciones”, en: *Derecho PUCP* (Nº 59), pp. 159-175.
- DOLINKO, David (1985): “Is There a Rationale for the Privilege against Self-Incrimination?”, en: *UCLA Law Review* (Vol. 33, Nº 4), pp. 1063-1148.
- ESTRADA CUADRAS, Albert (2020): “Confesión o finiquito: el papel del derecho a no autoincriminarse en las investigaciones internas”, en: *Indret* (Nº 4/2022), pp. 226-272.
- GALÁN JUÁREZ, Mercedes (2005): *Intimidad: nuevas dimensiones de un viejo derecho* (Madrid, Ramón Areces).
- GARCÍA BERRO, Florián (2010): “Derecho a no autoincriminarse de los contribuyentes y procedimiento sancionador separado: precisiones a la luz de la evolución jurisprudencial”, en: *Quincena fiscal* (Nº 19), pp. 15-48.
- GASCÓN INCHAUSTI, Fernando (2001): *Infiltración Policial y “agente encubierto”* (Granada, Comares).
- GAY FUENTES, Celeste (1995): *Intimidad y tratamiento de datos en las administraciones públicas* (Madrid, Editorial Complutense).
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique (2016): “La validez procesal como prueba de cargo de las grabaciones en las que una persona recoge las manifestaciones de su interlocutor y que acreditan la comisión de hechos delictivos”, en: *Anuario de derecho penal y ciencias penales* (Vol. 69, Nº 1), pp. 15-23.
- GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA HERRERO, Marta (2004a): “Límites y garantías procesales en la investigación mediante agentes encubiertos”, en: *La Ley* (Nº 5/2004), pp. 1531-1538.
- GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA HERRERO, Marta (2004b): *Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación* (Madrid, Colex).
- GONZÁLEZ LÓPEZ, Juan José (2016): “Imputación de personas jurídicas y Derecho a la no colaboración activa”, en: *Revista jurídica de Castilla y León* (Nº 40), pp. 28-60.
- GUARIGLIA, Fabricio (1994): “El agente encubierto: ¿Un nuevo protagonista en el procedimiento penal?”, en: *Jueces para la democracia* (Nº 23), pp. 49-60.
- GUERRERO PICÓ, María Del Carmen (2006): *El impacto de internet en el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal* (Pamplona, Aranzadi).
- GUINARTE CABADA, Gumersindo (1995): “La circulación o entrega vigilada de drogas”, en: *Cuadernos de Política Criminal* (Nº 55), pp. 5-42.
- GUZMÁN FLUJA, Vicente Carlos (2006), “El agente encubierto y las garantías del proceso penal”, en: MORENO CATENA, Víctor; ARROYO ZAPATERO, Luis (Coords.), *La prueba en el Espacio Europeo de libertad, seguridad y justicia penal* (Navarra, Aranzadi), pp. 199-226.
- JIMÉNEZ CAMPO, Javier (1987): “La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones”, en: *Revista española de derecho constitucional* (Nº 20), pp. 35-82.
- LAFONT NICUESA, Luis (2015): “El agente encubierto en el proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, en: *Diario La Ley* (Nº 8580).

- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo (1999): “El agente encubierto”, en: *La Ley* (N° 2), pp. 1954-1957.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard (2004): *Una aproximación crítica a la autodeterminación informativa* (Madrid, Civitas).
- MUÑOZ CONDE, Francisco (2008): *De las prohibiciones probatorias al Derecho procesal penal del enemigo* (Buenos Aires, Hammurabi).
- NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel; GUILLÉN LÓPEZ, Germán (2008): “Entrega vigilada, agente encubierto y agente provocador”, en: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (N° 61), pp. 89-164.
- PENNEY, Steven (2003), “What's Wrong with Self-Incrimination? The Wayward Path of Self-Incrimination Law in the Post-Charter Era. Part I: Justifications for Rules Preventing Self-Incrimination”, en: *Criminal Law Quarterly* (Vol. 48, N° 2), pp. 249-266.
- PENNEY, Steven (2004), “What's Wrong with Self-Incrimination? The Wayward Path of Self-Incrimination Law in the Post-Charter Era Part II: Self-Incrimination in Police Investigations”, en: *Criminal Law Quarterly* (Vol. 48, N° 2), pp. 280-336.
- PÉREZ BARBERA, Gabriel (2019): “Libertad probatoria y reserva de ley: «autodeterminación informacional» como derecho fundamental del imputado”, en: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel (Eds.), *Fundamentos de derecho probatorio en materia penal* (Valencia, Tirant lo Blanch), pp. 17-50.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique (1993): “La Ley Orgánica de Regulación del Tratamiento de los Datos de Carácter Personal (LORTAD) y los derechos fundamentales”, en: *Derechos y libertades* (N° 1), pp. 405-426.
- REDMAYNE, Mike (2007): “Rethinking the Privilege Against Self-Incrimination”, en: *Oxford Journal of Legal Studies* (Vol. 27, N° 2), pp. 209-232.
- RIZO GÓMEZ, Belén (2017): “La infiltración policial en internet”, en: ASECIO MELLADO, José María (Dir.), *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia* (Valencia, Tirant lo Blanch), pp. 98-123.
- RIZO GÓMEZ, Belén (2018): “El agente encubierto como herramienta procesal y probatoria contra el crimen organizado”, en: *Cuadernos de política criminal* (125), pp. 5-44.
- RICHARD GONZÁLEZ, Manuel (2014): “Requisitos para la toma de muestras de ADN del detenido e impugnación de las que constan en la base de datos policial de ADN según el Acuerdo del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2014 en esta materia”, en: *Diario La Ley* (N° 8445).
- ROXIN, Claus (2000): *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal* (Trad. María del Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano, Valencia, Tirant lo Blanch).
- RUBENFELD, Jed (1989): “The Right to Privacy”, en: *Harvard Law Review* (Vol. 102, N° 4), pp. 737-807.
- RUIZ MIGUEL, Carlos (1995): *La configuración constitucional del derecho a la intimidad* (Madrid, Tecnos).
- VALIÑO CES, Almudena (2019): “La infiltración policial a través del agente encubierto virtual como medida de investigación tecnológica”, en: CASTILLEJO MANZANARES, Raquel (Dir.), *El nuevo proceso penal sin Código Procesal Penal* (Barcelona, Atelier), pp. 237-267.
- VELASCO NÚÑEZ, Eloy (2010): *Delitos cometidos a través de Internet* (Madrid, La Ley).

CASTELLVÍ, Carlos: “¿Están prohibidos los engaños policiales que no se encuentran expresamente permitidos? Infiltraciones policiales, agentes encubiertos y derechos fundamentales”.

- WILENMANN, Javier (2016): “El tratamiento del autofavorecimiento del imputado: Sobre las consecuencias sustantivas del principio de no autoincriminación”, en *Revista de derecho* (Vol. 23, Nº. 1, 2016), pp. 111-139.
- ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Rocío (2006): “El agente encubierto en el ordenamiento jurídico español”, en: MORENO CATENA, Víctor; ARROYO ZAPATERO, Luis (Coords.), *La prueba en el Espacio Europeo de libertad, seguridad y justicia penal* (Navarra, Aranzadi), pp. 227-246.
- ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Rocío (2010): *El policía infiltrado. Los presupuestos jurídicos en el proceso penal español* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Rocío (2011): “Las reglas de exclusión probatoria al hilo del desarrollo de la infiltración policial”, en: *Temas Socio-Jurídicos* (Vol. 27, Nº 57), pp. 72-107.
- ZARAGOZA TEJADA, Javier Ignacio (2017): “El agente encubierto “online””, en: ZARAGOZA TEJADA, Javier Ignacio (Coord.), *Investigación tecnológica y derechos fundamentales* (Pamplona, Aranzadi), pp. 327-358.

Jurisprudencia citada

- Tribunal Constitucional, Sentencia Nº 114, de 29 de noviembre de 1984.
- Tribunal Constitucional, Sentencia Nº 103, de 4 de octubre de 1985.
- Tribunal Constitucional, Sentencia Nº 76, de 26 de abril de 1990.
- Tribunal Constitucional, Sentencia Nº 254, de 20 de Julio de 1993.
- Tribunal Constitucional, Sentencia Nº 207, de 16 de diciembre de 1996.
- Tribunal Constitucional, Sentencia Nº 292, de 30 de noviembre de 2000.
- Tribunal Constitucional, Sentencia Nº 169, de 16 de julio de 2001.
- Tribunal Constitucional, Sentencia Nº 126, de 18 de julio de 2011.
- Tribunal Constitucional, Sentencia Nº 145, de 22 de septiembre de 2014.
- Tribunal Supremo, Sala Segunda, Sentencia Nº 493, de 4 de marzo de 1992.
- Tribunal Supremo, Sala Segunda, Sentencia Nº 2081, de 9 de noviembre de 2001.
- Tribunal Supremo, Sala Segunda, Sentencia Nº 767, de 3 de octubre de 2007.
- Tribunal Supremo, Sala Segunda, Sentencia Nº 249, de 20 de mayo de 2008.
- Tribunal Supremo, Sala Segunda, Sentencia Nº 682, de 24 de junio de 2011.
- Tribunal Supremo, Sala Segunda, Sentencia Nº 427, de 10 de mayo de 2013.
- Tribunal Supremo, Sala Segunda, Sentencia Nº 575, de 28 de junio de 2013.
- Tribunal Supremo, Sala Segunda, Sentencia Nº 277, de 6 de abril de 2016.
- Tribunal Supremo, Sala Segunda, Sentencia Nº 586, de 4 julio de 2016.
- Tribunal Supremo, Sala Segunda, Sentencia Nº 141, de 13 de mayo de 2020.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia del caso Saunders v. Reino Unido, de 17 diciembre de 1996.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia del caso Heaney y McGuinness v. Irlanda, de 21 de diciembre de 2000