

# EL AGENTE ENCUBIERTO INFORMÁTICO: REFLEXIONES A PARTIR DE LA EXPERIENCIA ESPAÑOLA

*M.Sc. Frank Harbottle Quirós\**

## RESUMEN

Con la presente investigación, se pretende iniciar un debate sobre la incorporación o no del agente encubierto informático al ordenamiento jurídico costarricense. Se toman como punto de partida la legislación, la jurisprudencia y la doctrina española. Para ello se conceptualizan el agente encubierto, el agente provocador y el agente encubierto informático. Se finaliza asumiendo el criterio de que resulta apresurado descartar la posibilidad de que Costa Rica incluya esta última figura como parte de su normativa.

**Palabras clave:** agente encubierto, agente encubierto informático, agente provocador, doctrina, jurisprudencia, legislación.

## ABSTRACT

The present investigation aims to initiate a debate on the incorporation or not of the computer undercover agent to the Costa Rican legal system. Spanish legislation, jurisprudence and doctrine are taken as a starting point. For this, the undercover agent, the agent provocateur and the computer undercover agent are conceptualized. It ends by assuming the criterion that it is hasty to rule out the possibility that Costa Rica includes the latter figure as part of its regulations.

**Keywords:** undercover agent, computer undercover agent, doctrine, jurisprudence, legislation.

Recibido: 11 de abril del 2021

Aprobado: 8 de diciembre 2021

---

\* Doctorando en Derecho y máster en Criminología de la Universidad Estatal a Distancia; licenciado en Derecho con honores de la Universidad de Costa Rica; especialista en derechos fundamentales y garantías constitucionales en el derecho penal y procesal penal, Universidad de Castilla-La Mancha, España; diploma en Ciencias Criminales y Dogmática Penal Alemana, Georg-August Universität Göttingen, Alemania; posgrado en Control de Constitucionalidad y Convencionalidad de los Derechos, Universidad de Buenos Aires, Argentina; especialista en justicia constitucional y tutela jurisdiccional de los derechos, Universidad de Pisa, Italia; profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Ha publicado varios libros, artículos en obras colectivas y más de treinta artículos en revistas especializadas en Costa Rica, España, Nicaragua, Perú, Uruguay, Paraguay, Chile, Brasil y México. Correo electrónico: frankharbottle@gmail.com

**Sumario. I.** Introducción. **II.** Conceptualización y caracterización del agente encubierto y el delito provocado en la doctrina y la jurisprudencia española. **III.** Regulación normativa y jurisprudencial en Costa Rica de la y del agente encubierto y el delito provocado. **IV.** La y el agente encubierto informático en la legislación y jurisprudencia española. **V.** Reflexiones finales. **VI.** Referencias bibliográficas.

## I. Introducción

**E**n el presente artículo, en un primer apartado, se conceptualizan y se caracterizan (a partir de su naturaleza jurídica) el agente encubierto y el delito provocado, realizando una comparación entre ambos conforme lo dispuesto por la doctrina y la jurisprudencia española.

Luego, se confronta esta distinción con la regulación normativa costarricense y el desarrollo que se les ha dado a estas figuras en la jurisprudencia nacional, estableciendo algunas diferencias y semejanzas, así como ventajas y desventajas entre un país y otro.

De seguido, se caracteriza la figura del agente encubierto informático en la legislación española y en la jurisprudencia de dicho país a partir de la reforma introducida por la Ley 13/2015 del 5 de octubre de 2015. Finalmente, se plantean unas reflexiones sobre la posibilidad o no de incorporar dicho instituto procesal en el ordenamiento jurídico de Costa Rica.

## II. Conceptualización y caracterización del agente encubierto y el delito provocado en la doctrina y la jurisprudencia española

La Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias

Psicotrópicas, del 20 de diciembre de 1988 establece, en su artículo 2.1, que los Estados adoptarán las medidas necesarias, entre las que se encuentran comprendidas las legislativas para cumplir las obligaciones de la Convención en la persecución del tráfico de drogas.

Por su parte, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, del 15 de noviembre de 2000 (Convenio de Palermo, 2000), refiere en el numeral 20 que, dentro de sus posibilidades y en las condiciones prescritas por su derecho interno, cada Estado parte adoptará “[...] la utilización de otras técnicas especiales de investigación, como la vigilancia electrónica o de otra índole y las operaciones encubiertas, por sus autoridades competentes en su territorio con objeto de combatir eficazmente la delincuencia organizada”. (La negrita no corresponde al original).

En similar sentido, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción del 31 de octubre de 2003 señala que, a fin de combatir eficazmente la corrupción, en la medida en que lo permitan los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno y conforme a las condiciones prescritas por su derecho interno, cada Estado parte adoptará las medidas que sean necesarias, dentro de sus posibilidades:

*[...] para prever el adecuado recurso, por sus autoridades competentes en su territorio, a la entrega vigilada y, cuando lo considere apropiado, a otras técnicas especiales de investigación como la vigilancia electrónica o de otra índole y **las operaciones encubiertas**, así como para permitir la admisibilidad de las pruebas derivadas de esas técnicas en sus tribunales. (La negrita no es del original).*

En España, la figura del agente encubierto o infiltrado se encuentra regulada en el artículo

282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrím). Se introdujo en 1999, debido a que, en ese momento, las técnicas de investigación eran insuficientes para luchar contra la delincuencia organizada, destacando la circunstancia de que la legislación española la contempló uno y cuatro años antes, respectivamente, de que se adoptaran la Convención de Palermo y la Convención contra la Corrupción en la Asamblea General de las Naciones Unidas.

De acuerdo con Moisés Barrio<sup>1</sup>, el agente encubierto se caracteriza por: 1) la infiltración en una red de delincuentes; 2) la ocultación de la verdadera identidad; y 3) la condición de agente de la Policía Judicial, quien se infiltra entre un grupo de delincuentes.

Con este instituto procesal, lo que se procura es practicar diligencias para averiguar y, posteriormente, comprobar hechos delictivos y, concretamente, a sus autores, siempre y cuando se trate de investigaciones que afecten las actividades propias de delincuencia organizada, entendida esta, como la asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer alguno o algunos de los delitos establecidos en el numeral 282 bis 4.

En palabras sencillas, una o un agente encubierto es una persona policía (cualidad personal) que se encuentra autorizada para realizar una infiltración policial; es decir, existe de por medio un engaño.

El Ministerio Fiscal realiza la solicitud para que una persona agente encubierta intervenga, debiendo justificar su necesidad para los fines de la investigación. Es la persona juzgadora de

instrucción competente, quien después de analizar la necesidad y la conveniencia de la medida, puede autorizarla (mediante una resolución motivada al afectarse derechos como la intimidad personal y el secreto de las comunicaciones regulados en el artículo 18 de la Constitución española) para que esta actúe bajo identidad supuesta y adquiera y transporte los objetos, efectos e instrumentos del delito y difiera su incautación, de conformidad con el artículo 282 bis 1 LECrím. La duración de la medida es por seis meses prorrogables por períodos de la misma duración.

Conforme lo expone Villar Fuentes<sup>2</sup>, la figura del agente encubierto autoriza: a) identidad falsa (en ocasiones, la identidad del sujeto es la auténtica, tanto su persona, como su profesión, pero lo que es falso es la finalidad del sujeto en la actividad delictiva); b) adquirir y transportar objetos, efectos e instrumentos (se entiende que se trata de mercancías y material de origen delictivo, bien por su naturaleza, bien por ser medio para la comisión de actos criminales) y c) diferir la incautación de los efectos (demora en la aprehensión de material delictivo, con la finalidad de servir de medio, para una investigación criminal de mayor profundidad).

Según lo dispone el apartado 5 del numeral 282 bis LECrím, el agente encubierto estará exento de responsabilidad criminal (podría tratarse de una causa de justificación), siempre y cuando se cumplan dos condiciones, a saber: la proporcionalidad de las actuaciones y que no exista una provocación al delito.

Contrario sensu, cuando la o el agente encubierto de forma voluntaria favorece un delito de forma innecesaria o desproporcionada respecto a las

1 Barrio Andrés, Moisés. (2018). Delitos 2.0. Aspectos penales, procesales y de seguridad en los cibercrimitos. Madrid: Wolters Kluwer, p. 317.

2 Villar Fuentes, Isabel. (2017). Reflexiones sobre el agente encubierto informático. En: El proceso penal. Cuestiones fundamentales. Coord. Olga Fuentes Soriano. Valencia: Tirant Lo Blanch, pp. 337-340.

finalidades de su investigación; por ejemplo, descubrir otras infracciones más graves que se encuentran vinculadas a la delincuencia organizada, no sería justificable su actuación.

Otra figura que reviste interés es la del agente provocador. En la doctrina española<sup>3</sup>, este concepto describe una determinada actuación caracterizada por contribuir a que otro cometa un delito con el propósito de obtener su castigo. En consecuencia, el sujeto provocado será la persona que recibe dicha contribución y cuyo castigo trata de conseguir el agente provocador.

Desde esta perspectiva, el ámbito conceptual de estas figuras quedará delimitado exclusivamente por dos elementos: a) la contribución a un delito; b) la finalidad de que la persona que lo comete sea sancionada. Eventualmente, podría darse el caso de que, de manera impropia, un agente encubierto lleve a cabo una actuación característica de un agente provocador.

La Sala Segunda (penal) del Tribunal Supremo español ha considerado que, para que exista delito provocado:

*[...] es exigible, que la provocación (realmente una forma de instigación o inducción) parta del agente provocador, de tal suerte que se incite a cometer un delito a quien no tenía previamente tal propósito, sugiriendo así en el sujeto todo el iter criminis, desde la fase de ideación y deliberación a la de ejecución, como consecuencia de la iniciativa y comportamiento del provocador que es por ello la verdadera causa de toda la actividad criminal que nace ya viciada [...]*<sup>4</sup>.

Se ha establecido que el delito provocado se integra por una actuación engañosa del agente policial que supone una apariencia de delito, ya que, desde el inicio, existe un control absoluto por parte de la policía. De este modo, no debe confundirse el delito provocado instigado por el agente, con el delito comprobado a cuya acreditación tiende la actividad policial. Puede decirse que el delito provocado se integra por tres elementos: 1. Un elemento subjetivo constituido por una incitación engañosa a delinquir por parte del agente a quien no está decidido a delinquir. 2. Un elemento objetivo, consistente en la detención del sujeto provocado que comete el delito inducido. 3. Un elemento material que consiste en la inexistencia de riesgo alguno para el bien jurídico protegido y, como consecuencia, la atipicidad de tal acción<sup>5</sup>.

El delito provocado se ha conceptualizado como aquel que llega a realizarse en virtud de la inducción engañosa de un agente que:

*[...] deseando conocer la propensión al delito de una persona sospechosa y con la finalidad de constituir pruebas indubitables de un hecho criminal, convence al presunto delincuente para que lleve a cabo la conducta que de su torcida inclinación se espera simulando primero allanar y desembarazar el iter criminis y obstruyéndolo finalmente, en el momento decisivo, con lo cual se consigue que por el provocador no sólo la casi segura detención del inducido sino la obtención de pruebas que se suponen directas e inequívocas [...]*<sup>6</sup>.

3 Castellví Monserrat, Carlos. (2020). Provocar y castigar. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 170-190.

4 Tribunal Supremo, Sala Segunda, Sección Primera, sentencia n.º 767/2007 del 3 de octubre de 2007.

5 Tribunal Supremo, Sala Segunda, Sección Primera, sentencia n.º 77/2016 del 10 de febrero de 2016.

6 Tribunal Supremo, Sala Segunda, Sección Primera, sentencia n.º 591/2018 del 26 de noviembre de 2018.

La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo español, en la sentencia N° 65/20197, A propósito de un caso en el que, a partir de los hechos probados, se evidenció que “el propósito criminal” ya existía en la mente de los investigados y, por ende, el agente encubierto actuó para recibir la información y facilitar la detención, pero no provocó la comisión del delito, en la sentencia n.º 65/20198, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo español estableció once puntos relevantes en las relaciones operativas entre la figura del agente encubierto y el delito provocado, los cuales se detallan a continuación:

1. Existencia de ánimo delictivo propio en los autores. Desde la sentencia del Tribunal Supremo del 15 de noviembre de 1989, se rechaza un delito provocado cuando se constata la existencia de un animus delictivo propio.
2. La actividad policial es meramente investigadora. No hay delito provocado cuando la actividad policial tiene un animus tendencial dirigido a realizar una investigación de la actividad de las personas que son sometidas a investigación, y se llevan a cabo operaciones con base en las conversaciones con los implicados que son los que tienen el animus inicial delictivo.
3. La conducta del agente es consecencial a la conducta de los investigados. No es el agente encubierto el que lleva a cabo las iniciales conversaciones para la operación a desplegar, sino al revés.
4. No debe confundirse la investigación del agente encubierto con tomar la iniciativa el autor de una intención delictiva preexistente. Debe distinguirse entre el delito provocado y la forma de averiguación de un verdadero delito, supuesto en el que el hecho delictivo ya existe y viene determinado por la actuación espontánea del autor que quiere realizarlo sin estar previamente estimulado por un agente provocador.
5. Es delito provocado “incitar” a cometerlo con actos manifiestos y claros.
6. La labor del agente infiltrado no pretende la comisión del delito. El agente se limita a comprobar la actuación del sujeto, recogiendo pruebas de delitos ya cometidos o que se están cometiendo e, incluso, a realizar algunas actividades de colaboración con el investigado, quien previamente habrá esperado o buscado a terceros para la coejecución o agotamiento del delito, habiéndose ofrecido el agente infiltrado, por lo que adopta para ello una apariencia de persona normal o simula que es delincuente.
7. El dolo en el autor o autores ya existe antes de la designación del agente encubierto. El delito arranca de la determinación del sujeto activo, libre, voluntaria y anterior a la intervención del agente policial, desarrollándose conforme a aquella ideación sin que el agente pueda crear el dolo en los autores, puesto que estos ya están obrando dolosamente.
8. La actuación policial será lícita mientras permita la evolución libre de la voluntad del sujeto y no suponga una inducción a cometer el delito.

7 Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección Primera, sentencia N° 65/2019, del 07 de febrero de 2019.

8 Tribunal Supremo, Sala de lo Penal. Sección Primera, sentencia n.º 65/2019 del 7 de febrero de 2019.

9. La provocación de la prueba en el delito provocado. En el delito provocado, la intervención se realiza generalmente por un agente policial o un colaborador de los cuerpos y fuerzas de seguridad -el agente provocador- antes de que los posibles autores hayan comenzado la preparación del hecho punible y se realiza en virtud de la inducción engañosa que, con el objetivo de conocer la propensión al delito de una persona sospechosa y con la finalidad de constituir pruebas de un hecho criminal, convence al presunto delincuente para que lleve a cabo la conducta delictiva que se espera, incitándole a perpetrar una acción que previamente no tenía propósito de cometer, de forma que, si no existe esta, el delito no se habría producido, pues la voluntad de delinquir no surge por su propia y libre decisión, sino a través de una especie de instigación o inducción.

10. Elementos del delito provocado. 1) elemento objetivo/teleológico: patentizado en la iniciativa del agente provocador, efectuada sobre el provocado. Este actúa a consecuencia de la incitación de que es objeto y que tiene por intención obtener del provocado la respuesta esperada, con la finalidad última de detenerlo; 2) elemento subjetivo: constituido por la creación que realiza un agente policial de un dolo de delinquir en un tercero, mediante la incitación a la comisión de un delito; 3) elemento material: integrado por la ausencia de riesgo o puesta en peligro para el bien jurídico protegido, porque la operación, desde su ideación, está bajo el control policial. Por tanto, la acción es atípica, por lo que no caben acción punible ni sanción.

11. Diferencias entre el agente encubierto y el agente provocador. a.- El agente provocador

no se infiltra en la organización criminal, sino que tiene un contacto limitado con esta o con algún delincuente. b.- El agente provocador no usa una identidad ficticia, sino que se limita a ocultar su condición de agente de policía, engañando así a los delincuentes. c.- Al ser el engaño menor y la relación con los delincuentes más corta, el riesgo de vulneración de derechos fundamentales es mucho menor en la actuación del agente provocador que en la del agente encubierto. d.- La finalidad de la actuación del agente provocador es detener al delincuente en el instante, impidiendo el agotamiento del delito, mientras que el agente encubierto recaba información, ya que, por encima de la incautación de efectos del delito o detenciones concretas, está la desarticulación de una organización criminal.

De forma más reciente, la Sala Segunda del Tribunal Supremo español ha señalado:

*[...] Hemos dicho en la STS núm. 1992/1993, 15 de septiembre, que “para la existencia del delito provocado es exigible que la provocación -en realidad, una forma de instigación o inducción- parta del agente provocador; de tal modo que se incite a cometer un delito a quien no tenía previamente tal propósito, surgiendo así en el agente todo el “iter criminis”, desde la fase de ideación o deliberación a la de ejecución, como consecuencia de la iniciativa y comportamiento del provocador; que es por ello la verdadera causa de toda la actividad criminal, que nace viciada, pues no podrá llegar nunca a perfeccionarse, por la ya prevista “ab initio” intervención policial. Esta clase de delito provocado, tanto desde el punto de vista de la técnica penal -por el carácter imposible de su producción- como desde el más fundamental*

*principio constitucional de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE) y hasta desde el de la lícita obtención de la prueba (art. 11.1 LOPJ) debe considerarse como penalmente irrelevante, procesalmente inexistente y, por todo ello, impune”. En estos casos, por lo tanto, además de la infracción de principios constitucionales, no puede decirse que exista infracción criminal más que en apariencia, pues no se aprecia riesgo alguno para el bien jurídico, como consecuencia del absoluto control que sobre los hechos y sus eventuales consecuencias tienen los agentes de la autoridad encargados, precisamente, de velar por la protección de aquellos bienes [...]”<sup>9</sup>.*

Vemos entonces que, en términos generales, en España se regula a nivel normativo, de una forma adecuada, la figura del agente encubierto, distinguiéndose a nivel jurisprudencial del llamado agente provocador. De seguido, se procede con el estudio de ambos en la legislación y la jurisprudencia costarricense.

### **III. Regulación normativa y jurisprudencial en Costa Rica de la y del agente encubierto y el delito provocado**

Con la y el agente encubierto, se acude a un método de investigación que consiste en la infiltración de una persona funcionaria policial en la organización criminal. Esta persona actúa bajo una identidad supuesta. Es decir, utiliza el engaño para ganarse la confianza de los integrantes de la

organización, con el objetivo de adentrarse en ella y, de esta forma, recabar datos, información y prueba sobre la comisión de los delitos que, de otra forma, no lo podrían lograr las autoridades y así proceder con la persecución y represión penal de los integrantes del grupo criminal<sup>10</sup>.

En la legislación costarricense, la figura del agente encubierto se regula como una modalidad investigativa desde 1998, mediante la promulgación de la Ley N.º7786, Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado y actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo (del 30 de abril de 1998), la cual posteriormente se reformó por la Ley N.º 8204 (del 25 de diciembre de 2001), manteniendo la redacción original en cuanto al agente encubierto, contenido en los numerales 10, 11 y 12, ello dentro del título II, capítulo III de dicha ley, bajo la denominación Policías encubiertos y colaboradores.

El artículo 10 refiere:

*En las investigaciones que se conduzcan, relacionadas con los delitos tipificados en esta Ley, las autoridades policiales y judiciales podrán infiltrar a oficiales encubiertos para que comprueben la comisión de los delitos.*

Con poca claridad por aludir a colaboradores o informantes, el numeral 11 de esta misma ley expresa que:

*[...] En las investigaciones, la policía podrá servirse de colaboradores o informantes,*

9 Tribunal Supremo, Sala Segunda, Sección primera, sentencia n.º 525/2020 del 20 de octubre de 2020.

10 Artavia Artavia, Yaxiri y Herrera Pérez Maripaz. (2019). El agente encubierto en contra de la criminalidad organizada y frente a las garantías de proceso penal costarricense (en especial el derecho de abstenerse a declarar y la inviolabilidad del domicilio). Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. San José: Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, p. 68.

*cuya identificación deberá mantener en reserva, con el objeto de garantizarles la integridad. Si alguno de ellos está presente en el momento de la comisión del hecho delictivo, se informará de tal circunstancia a la autoridad judicial competente, sin necesidad de revelar la identidad. Salvo si se estima indispensable su declaración en cualquier fase del proceso, el tribunal le ordenará comparecer y, en el interrogatorio de identificación, podrá omitir los datos que puedan depararle algún riesgo a él o a su familia. Dicho testimonio podrá ser incorporado automáticamente al juicio plenario mediante la lectura, excepto si se juzga indispensable escucharlo de viva voz. En este caso, rendirá su testimonio solo ante el tribunal, el fiscal, el imputado y su defensor; para ello, se ordenará el desalojo temporal de la sala. En la misma forma se procederá cuando el deponente sea un oficial de policía extranjera, que haya participado en el caso mediante los canales de asistencia policial.*

De acuerdo con el ordinal 12 de este mismo texto legal:

*Los policías encubiertos o los colaboradores policiales, nacionales o extranjeros, que participen en un operativo policial encubierto, deberán entregar al Ministerio Público, para el decomiso, las sumas de dinero, los valores o los bienes recibidos de los partícipes en actos ilícitos, como retribución por la aparente colaboración en el hecho. El fiscal levantará un acta y pondrá el dinero, los valores o los bienes a disposición del Instituto Costarricense sobre Drogas, salvo en casos de excepción debidamente fundamentados.*

Cabe destacar que, pese a que la figura de la y del agente encubierto no se incluyó en la legislación

nacional hasta 1998, la jurisprudencia de la Sala Constitucional y de la Sala Tercera, ambas de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, la consideraron como legítima desde varios años antes, haciendo incluso una distinción entre el agente provocador y el agente encubierto.

En 1996, la Sala Constitucional explicó que no siempre que participa un agente encubierto, existe provocación, es decir, no siempre el agente encubierto determina al sujeto investigado a cometer un delito -que es lo que hace el agente provocador-, sino que generalmente interviene cuando el delito ha sido consumado varias veces o se está cometiendo ya.

Concretamente en el voto n.º 5573-96, se evacuó la consulta preceptiva de constitucionalidad formulada por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia en el sentido de que es violatorio del debido proceso condenar a una persona a descontar una pena por un delito experimental; pero no el considerar un operativo con participación de agentes policiales encubiertos, como prueba para acreditar un hecho distinto al del experimento u operación encubierta, cuyos resultados en todo caso deberán ser valorados de conformidad con las reglas de la sana crítica y ser suficientes -por sí solos o en unión a otros elementos probatorios- para arribar a la necesaria demostración de culpabilidad. Al respecto se indicó:

*[...] El delito experimental, es una creación doctrinal aplicable -en principio- a cualquier figura delictiva común, cuya particularidad radica en que se inicia por provocación o instigación de un oficial de policía, de un tercero colaborador de ésta, o de un sujeto particular; de manera tal que el iter criminis se inicia en apariencia, pero de antemano el provocador, llámese Estado por medio de la policía o su colaborador, o el sujeto particular, tienen controlado todo el desarrollo de la conducta y, aún cuando en apariencia el autor o los autores*

*del hecho estén llevando a cabo el delito, según su plan, lo cierto es que no existe peligro para el bien jurídico ni posibilidad de consumación del hecho, porque su desarrollo está controlado, para evitar precisamente que el hecho se consume. Es pues, un experimento, en el que nunca se producirá la consumación, ni habrá peligro o lesión para el bien jurídico tutelado. Por estas razones, además de otras que la doctrina penal discute, como el hecho de que en esos supuestos -se señala- existe, desde el punto de vista del sujeto activo, un delito imposible, por darse un error de tipo, por no existir dolo en el instigador, etc., lo cierto es que esta acción no es delictiva y por lo tanto no es merecedora de pena, pues no es más que un experimento sin trascendencia para los bienes tutelados por el ordenamiento jurídico y que pretende proteger la norma penal...Los operativos que realiza la policía, no son en sí mismos delictivos, pues serían delito experimental en la mayoría de los casos, o bien, situaciones en que los oficiales o sus colaboradores actúan como agentes encubiertos, haciéndose pasar por terceros que concurren a corroborar que una persona ya se dedica a una determinada actividad delictiva, que en todo caso ya se producía o se había consumado con anterioridad a esta participación del agente policial [...] La intervención en ellos del juez de la fase de investigación, como garante de la legalidad de la prueba es lo recomendable, pero de antemano no podría negarse valor a un operativo encubierto si esta participación del juez no se da. Lo cierto es que, reiterando lo que esta Sala y su jurisprudencia han manifestado, la*

*intervención del juez es indispensable cuando se pretenda incursionar o lesionar derechos fundamentales, por ejemplo, si se pretende realizar un allanamiento; si es necesario realizar una intervención telefónica, en fin, si el operativo incluye la afectación de algún derecho fundamental. En los demás casos, el juez al valorar la prueba obtenida de las investigaciones policiales, debe ser particularmente exigente respecto de la existencia de indicios que legitimen el operativo encubierto, de modo que no sirva como pretexto para que las autoridades tientes a los sospechosos y los induzcan a ser autores de hechos delictivos que a lo mejor no tenían planeado realizar, actuando como típicos agentes provocadores, porque ese proceder de la policía es inconstitucional. Su misión no es provocar delitos, sino investigar los hechos delictivos que se cometan y aprehender a sus presuntos autores, sin detrimento de la función preventiva por excelencia que le corresponde a la policía administrativa, que puede actuar como policía de investigación, en colaboración o en defecto de la intervención de la policía judicial [...] <sup>11</sup>.*

Para 1993, la Sala Tercera se había pronunciado afirmando que las conductas provocadas debían tenerse como atípicas por cuanto lo realizado no implicaba una lesión atendible del bien jurídico penalmente protegido<sup>12</sup>. A su vez, en 1994, esta misma cámara resaltó que la Sala Constitucional reconoció la licitud e importancia del “agente encubierto” para la comprobación de delitos como el tráfico de drogas, distinguiendo entre su intervención y la del “agente provocador”, el cual “fabrica” e induce a la comisión de un hecho que

11 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, sentencias n.º 1427-96 de las 15:33 horas, del 27 de marzo de 1996; n.º 5573-96 de las 11:06 horas, del 18 de octubre de 1996 y n.º 2007-017027 de las 18:31 horas, del 21 de noviembre de 2007.

12 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, sentencia n.º 559-F-93 de las 09:35 horas, del 15 de octubre de 1993.

tiene totalmente bajo su control, por lo que no existiría afectación al bien jurídico alguno<sup>13</sup>.

Ya encontrándose en vigencia el Código Procesal Penal que actualmente rige (desde 1998), se asumió el criterio de que la investigación encubierta debía concebirse como una herramienta útil y adaptada a la naturaleza y la dinámica esencialmente clandestina en la que se desenvolvía la actividad delictiva que interesaba desentrañar, caracterizándose por ser un mecanismo no convencional de investigación, útil y necesario para combatir cierto tipo de delincuencia no convencional o especialmente grave.

El agente encubierto se presenta en todos aquellos casos en que se infiltra en una organización, o se tiene contacto incluso ocasional con otra persona dedicada a realizar hechos delictivos, con el fin de poder acumular prueba sobre la existencia del delito y para identificar a sus responsables, sometiéndolos al proceso penal<sup>14</sup>.

La Sala Tercera ha avalado la actuación de oficiales encubiertos que se han encargado de poner en descubierto las actividades delictivas, obteniendo la prueba necesaria para someterlas a un proceso penal y evitar que continuaran con las acciones propuestas, estimando que ello no podía asimilarse a lo que realiza un agente provocador<sup>15</sup>, ya que el uso del agente encubierto en investigaciones, por ejemplo, de venta de drogas, resultaba acorde con el estado de derecho<sup>16</sup>.

En sede de apelación<sup>17</sup> se ha sostenido que, cuando se está ante la figura del agente provocador, se hace nacer la idea de delito en el agente, mientras que, con el agente encubierto, el sujeto activo ya tiene decidido o ha iniciado la comisión delictual, y lo que hace el colaborador policial es contribuir a obtener prueba contra él.

Se puede hablar de agente provocador cuando la autoridad policial es la que provoca la génesis del delito que, sin su intervención, no se habría producido porque no había sido ideado por el sujeto activo, a quien hicieron “caer” en la conducta prohibida. El colaborador policial y el agente encubierto se limitan a evidenciar una actividad delictiva preexistente que está desarrollando la persona, sin ser ellos quienes la determinan a realizarla<sup>18</sup>.

Habiendo expuesto la regulación normativa, así como el desarrollo jurisprudencial que se les ha dado en Costa Rica al agente encubierto y al delito provocado, resulta oportuno establecer algunas diferencias y semejanzas al respecto, así como ventajas y desventajas en cuanto al panorama español y el costarricense.

En España, la LECrim regula la figura del agente encubierto en el artículo 282 bis, apartados 1 al 5, delimitándolo a funcionarios de la Policía Judicial para investigaciones que afecten las actividades propias de delincuencia organizada, delimitándose en este mismo numeral los delitos (lista taxativa), siempre y cuando se cuente con autorización jurisdiccional (mediante resolución

13 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, sentencia n.º 507-f-94 de las 15:20 horas del 28 de noviembre de 1994.

14 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, sentencia n.º 0583-98 de las 08:52 horas del 19 de junio de 1998.

15 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, sentencia n.º 2008-00371 de las 08:58 horas del 30 de abril de 2008.

16 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, sentencia n.º 2013-01550 de las 11:09 horas del 18 de octubre de 2013.

17 Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, Segundo Circuito Judicial de San José, Goicoechea, sentencia n.º 2014-0868 de las 08:10 horas del 15 de mayo de 2014.

18 Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, Segundo Circuito Judicial de San José, Goicoechea, sentencia n.º 2020-0874 de las 09:40 horas del 2 de junio de 2020.

fundada) a efectos de actuar bajo identidad supuesta para adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir su incautación.

La resolución debe consignar el nombre verdadero del agente y la identidad supuesta con la que actuará en el caso concreto, quedando reservada y conservada fuera de las actuaciones. En caso de que puedan afectarse derechos fundamentales, el agente encubierto debe solicitar del órgano judicial competente las autorizaciones correspondientes. La autorización se puede otorgar por el plazo de seis meses prorrogables por períodos de igual duración.

Finalmente, cabe indicar que, por las actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, el agente encubierto queda exento de responsabilidad criminal en tanto guarde la debida proporcionalidad con la finalidad de esta y que no constituya una provocación al delito.

En Costa Rica, el ordinal 10 de la Ley N.º 8204 denomina “oficiales encubiertos” a los agentes encubiertos, limitándolos para las investigaciones en las que estén de por medio los delitos contenidos en los artículos 58 a 77 bis de dicha ley, referidos a conductas ilícitas relacionadas con el tema de estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo. Es decir, la o el agente encubierto no se regula para alguna otra conducta delictiva contenida en el Código Penal o en otras leyes especiales, como lo podrían ser, solo a modo de ejemplo, las diferentes modalidades de cibercrimen.

Al igual que en España, la figura se ha previsto como un medio útil y lícito para la investigación criminal, a través del cual las autoridades infiltran a una persona en una organización criminal para

comprobar la comisión de hechos delictivos, tratándose, en consecuencia, de un medio extraordinario de investigación. A diferencia del caso español, no se establece expresamente que el agente encubierto debe tratarse de un policía (y, en consecuencia, que no pueda infiltrarse una persona particular) ni que para su participación se requiera necesariamente la autorización jurisdiccional.

Tampoco la legislación nacional detalla cuál es el procedimiento necesario para que proceda la infiltración de agentes encubiertos; verbigracia, si debe darse o no una supervisión de la autoridad jurisdiccional o de los y las fiscales del Ministerio Público. No se establecen parámetros sobre el contenido de la resolución que la autoriza ni una duración determinada.

Asimismo, llama la atención de que existe total omisión en cuanto a qué sucede con respecto a los delitos cometidos por el agente encubierto en su labor de infiltración (régimen de responsabilidad). Es decir, la regulación costarricense es escueta y deficiente. Esto sin duda genera una desventaja para las partes procesales e, incluso, para los órganos jurisdiccionales por cuanto se traduce en inseguridad jurídica y mayores problemas de interpretación.

En relación con el llamado agente provocador, la jurisprudencia española ha establecido, en términos generales, que este no se infiltra en la organización criminal, sino que tiene un contacto limitado con esta o con algún delincuente, existiendo un riesgo de vulneración de derechos fundamentales mucho menor en la actuación del agente provocador que en la del agente encubierto, por lo que, al estar ausente la puesta en peligro para el bien jurídico protegido, porque la operación, desde su ideación, está bajo el control policial, la conducta se considera impune.

La jurisprudencia costarricense, por su parte, ha sumido el criterio de que las conductas provocadas deben tenerse como atípicas por cuanto lo que se realiza no implica una lesión atendible del bien jurídico penalmente protegido.

Damos paso a continuación al estudio del agente encubierto informático en la legislación y la jurisprudencia española.

#### IV. El agente encubierto informático en la legislación y jurisprudencia española

En las siguientes líneas, se caracterizará la figura del agente encubierto informático en la legislación española y en la jurisprudencia de dicho país a partir de su incorporación mediante la reforma introducida -por la Ley 13/2015 del 5 de octubre de 2015- a la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882.

En el 2015, se añadió en el artículo 282 bis, apartados 6 y 7 LECrim, la posibilidad de emplear

el denominado agente encubierto informático, estableciéndose que el juez de instrucción competente podía autorizar a funcionarios de la Policía Judicial para actuar bajo identidad supuesta en comunicaciones mantenidas en canales cerrados de comunicación con el fin de esclarecer alguno de los delitos a los que se refería el numeral 282 bis.419 LECrim o cualquier delito de los previstos en el ordinal 588 ter a) LECrim20. Dentro de estos últimos delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión, se hallan los delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal y delitos de terrorismo (art. 579.1) y los cometidos a través de instrumentos informáticos o cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o servicio de comunicación.

En este sentido, se ha pronunciado la Sala Penal del Tribunal Supremo español al referir:

*[...] el agente encubierto informático es una de las nuevas figuras desarrolladas en la reforma de la LECrim. relativa a la*

19 Los delitos del n.º 4 del artículo 282 bis LECrim son especialmente graves. Deben ser siempre realizados como delincuencia organizada en asociación de tres o más personas, para su realización permanente o reiterada. Se trata de los siguientes:

- a) Delitos de obtención, tráfico ilícito de órganos humanos y su trasplante, previstos en el artículo 156 bis del Código Penal.
- b) Delito de secuestro de personas previsto en los artículos 164 a 166 del Código Penal.
- c) Delito de trata de seres humanos previsto en el artículo 177 bis del Código Penal.
- d) Delitos relativos a la prostitución previstos en los artículos 187 a 189 del Código Penal.
- e) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico previstos en los artículos 237, 243, 244, 248 y 301 del Código Penal.
- f) Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial previstos en los artículos 270 a 277 del Código Penal.
- g) Delitos contra los derechos de los trabajadores previstos en los artículos 312 y 313 del Código Penal.
- h) Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros previstos en el artículo 318 bis del Código Penal.
- i) Delitos de tráfico de especies de flora o fauna amenazada previstos en los artículos 332 y 334 del Código Penal.
- j) Delito de tráfico de material nuclear y radiactivo previsto en el artículo 345 del Código Penal.
- k) Delitos contra la salud pública previstos en los artículos 368 a 373 del Código Penal.
- l) Delitos de falsificación de moneda, previsto en el artículo 386 del Código Penal y de falsificación de tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje, previsto en el artículo 399 bis del Código Penal.
- m) Delito de tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos previsto en los artículos 566 a 568 del Código Penal.
- n) Delitos de terrorismo previstos en los artículos 572 a 578 del Código Penal.
- o) Delitos contra el patrimonio histórico previstos en el artículo 2.1.e de la Ley Orgánica 12/1995, del 12 de diciembre, de represión del contrabando.

20 Barrio Andrés, Moisés. (2018). Delitos 2.0. Aspectos penales, procesales y de seguridad en los ciberdelitos. Madrid: Wolters Kluwer, p. 319.

*regulación de las medidas de investigación tecnológica. El inciso 6 amplía el catálogo de delitos que permiten el uso de la figura, de manera que a los que contempla el 282 bis 4 se añaden los delitos previstos en el artículo 588 ter a, esto es, delitos dolosos con pena máxima de al menos 3 años de prisión, organizaciones o grupos criminales y terrorismo (por remisión al 579.1) “[...]o delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o servicio de comunicación”. La autorización de su actuación bajo identidad supuesta debe ser concedida por el Juez de Instrucción, exclusivamente, y su función esencial prevista es la de “actuar bajo identidad supuesta en comunicaciones mantenidas en canales cerrados de comunicación [...]”<sup>21</sup>.*

El procedimiento para la autorización jurisdiccional requiere previamente de una petición del Ministerio Fiscal o de la Policía Judicial, y el respectivo auto que permite la medida debe especificar cuáles actuaciones puede llevar a cabo el agente encubierto informático.

Aunque se echa de menos una remisión expresa en este sentido, algunas de las normas destinadas a regular al agente encubierto en los apartados 1 al 5 del ordinal 282 bis LECrim se aplican a la figura del agente encubierto informático.

Tomando en cuenta lo dispuesto por los apartados 6 y 7 del artículo recién mencionado, las posibilidades serán algunas, todas o combinaciones de las siguientes actividades o medidas de investigación tecnológica:

- a) *Intercambiar o enviar por sí mismo archivos ilícitos por razón de su contenido.*
- b) *Analizar los resultados de los algoritmos aplicados para la identificación de dichos archivos ilícitos.*
- c) *Obtener imágenes.*
- d) *Grabar las conversaciones que puedan mantenerse en los encuentros previstos entre el agente y el investigado, aun cuando se desarrollen en el interior de un domicilio*<sup>22</sup>.

Si bien, la obtención física de pruebas, aun con autorización judicial, limita derechos fundamentales de los ciudadanos, la obtención remota de pruebas contempla, en muchas ocasiones, medidas más invasivas en los derechos fundamentales afectados, por practicarse sin conocimiento del investigado.

Por ello, en opinión de Arrabal<sup>23</sup>, con la finalidad de una afectación menor, si es posible la obtención directa de la prueba, no deberían autorizarse medidas remotas. Ello requiere una especial motivación del auto del juez de instrucción que justifique que la localización física del dispositivo no es posible, o si, aun pudiendo acceder al equipo informático directamente, las circunstancias de la investigación requieren que el sospechoso no tenga conocimiento de tal registro.

El registro remoto es más invasivo que uno domiciliario físico, ya que la clonación suele realizarse sobre el total de los archivos, cosa que no ocurre en el registro físico de un domicilio.

21 Tribunal Supremo, Sala Segunda, Sección primera, sentencia n.º 591/2018, del 26 de noviembre de 2018.

22 Velasco Núñez, Eloy y Sanchís Crespo, Carolina. (2019). Delincuencia informática. Tipos delictivos e investigación. Con jurisprudencia tras la reforma procesal y penal de 2015. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 515 a 526.

23 Arrabal Platero, Paloma. (2019). La prueba tecnológica: aportación, práctica y valoración. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 242-268.

Sobre la importancia del agente encubierto informático como medida de investigación se ha dicho:

*[...] llega a un punto en la investigación en donde ya no se puede continuar, precisando la introducción de medidas de investigación, como la del agente encubierto, para acceder a esa información de la que no podría accederse de otra manera; y más en circuitos informáticos de comunicación cerrados que requieren de claves o accesos de amistad entre los partícipes. La intervención del agente encubierto no provoca en estos casos el delito, sino que el delito [...] <sup>24</sup>.*

Con el agente encubierto informático, el legislador español pretendió, entre otros aspectos, dar cobertura a la actuación del agente encubierto mediante identidad supuesta en canales de comunicación cerrados; es decir, redes sociales u otras formas de conexión de Internet.

Lo anterior se debe a que, desde tiempo atrás, se consideró que era una necesidad para el esclarecimiento de los hechos delictivos cometidos a través de la red y para la determinación de sus autores con las investigaciones relacionadas con la ciberdelincuencia, con especial atención en aquellos delitos donde las víctimas eran menores de edad.

La legislación española alude no solo a los delitos realizados en el marco de la delincuencia organizada, sino también, entre otros, a los que se puedan cometer a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación, tal y como lo prevé artículo 588 ter a. LECrim.

Con la reforma introducida en el 2015, se busca dar cobertura legal a la actuación del policía infiltrado en espacios íntimos del investigado, así como para abarcar ámbitos de delincuencia cada vez más amplios (uso de Internet y las nuevas tecnologías).

El agente encubierto informático se concibe como una especie de espía en la red que posibilita a la Policía Judicial, a través del uso de una identidad falsa, intercambiar archivos ilícitos en Internet, por ejemplo, mediante la creación de un pseudoperfil en cualquier red social. Asimismo, se encuentra habilitado para obtener imágenes y grabar conversaciones cuando ello sea necesario.

Con el pasar de los años, se ha extendido a delitos como típicos y propios de la red como la producción, tenencia e intercambio de pornografía infantil, contemplados en el artículo 189 del Código Penal español, cuyas penas oscilan de uno a cinco años de prisión y en la modalidad agravada de cinco a nueve años de prisión.

Como bien lo apunta Valiño Ces<sup>25</sup>, el agente encubierto informático resulta muy útil para la lucha contra la explotación sexual de los menores, porque este podrá hacerse pasar por pedófilo en orden a intercambiar archivos con pornografía infantil, siempre y cuando medie una “autorización específica para ello”.

El o la agente deberá actuar en la clandestinidad, mediante una identidad supuesta, con sujeción a la ley, bajo el control de una persona juzgadora y con la finalidad de reprimir o prevenir el delito. Aparte de llegar a las fuentes de producción de la pornografía, será necesario entablar contacto personal y directo con quienes podrían facilitar el acceso a un determinado grupo de delincuencia.

24 Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección Segunda, sentencia n.º 30/2019 del 30 de diciembre de 2019.

25 Valiño Ces, Almudena. (2017). La actuación del agente encubierto en los delitos informáticos tras la Ley Orgánica 13/2015. En: El proceso penal. Cuestiones fundamentales. Coord. Olga Fuentes Soriano. Valencia: Tirant Lo Blanch, pp. 351-362.

Pese a que se trata de una actividad que no asegura el éxito de la investigación, sí constituye un presupuesto imprescindible para la misma a fin de esclarecer múltiples delitos que en la actualidad quedan impunes.

Conforme al numeral 282 bis.6 LECrim, pueden autorizarse dos clases de conductas: “actuar bajo identidad supuesta en comunicaciones mantenidas en canales cerrados de comunicación” e “intercambiar o enviar por sí mismo archivos ilícitos”. La primera de ellas representa, simplemente, una infiltración policial en un contexto determinado; en particular, una infiltración policial en un canal cerrado de comunicación. La segunda, en cambio, se corresponde con la actuación propia de un agente provocador.

De este modo, el artículo 282 bis.6 LECrim autoriza expresamente al agente encubierto informático para actuar como agente provocador. En concreto, lo autoriza a realizar una provocación típica que, en todo caso, deberá entenderse justificada<sup>26</sup>.

No solo se ampara difundir material, si ello es necesario, por ejemplo, para infiltrarse en un grupo de pederastas, sino también el envío de spyware, troyanos, etc., lo que tendrá una repercusión diferente en los derechos fundamentales del sujeto investigado y, por ello, se impone la reserva exclusiva de autorización judicial, con la consiguiente motivación específica sobre este particular<sup>27</sup>.

En el supuesto donde se autoriza a la o al agente encubierto informático para intercambiar o enviar por sí mismo archivos ilícitos, es posible que, en

dicho intercambio, se provoque la comisión de un delito. Al respecto Castellví anota:

*[...] Así, por ejemplo, los casos en que se envíe material de contenido pedófilo cuya recepción (dolosa) constituya un delito de tenencia de pornografía infantil. Aunque mediante dicho envío no se logre el propósito perseguido -acceder a un foro de acceso restringido en que se compartan archivos ilícitos- la infracción provocada (típicamente) por el agente encubierto se encontrará justificada y, por tanto, deberá conllevar el castigo del sujeto provocado. Un ejemplo paradigmático: Un Juez de instrucción autoriza el envío de pornografía infantil a un sujeto sobre el que recaen sospechas fundadas de pertenecer a un foro en el que se distribuye esta clase de material ilícito. No obstante, el sujeto que recibe dichos archivos, o bien no permite el acceso del agente encubierto informático al foro en cuestión, o bien accede a ello y se descubre que en dicho foro no se llevan a cabo las actividades ilícitas sospechadas. Aunque las sospechas previas que han motivado la autorización judicial no se hayan confirmado, la provocación del delito de tenencia de pornografía infantil deberá estimarse justificada. Por tanto, si la recepción de dicha pornografía ha sido dolosa, el sujeto provocado deberá ser castigado por ella. A pesar de que la infracción en cuestión derive de una provocación imputable al Estado, su expresa autorización justifica su realización y, por tanto, legitima el posterior reproche de la conducta delictiva favorecida [...]*<sup>28</sup>.

26 Castellví Monserrat, Carlos. (2020). Provocar y castigar. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 163-190.

27 Barrio Andrés, Moisés. (2018). Delitos 2.0. Aspectos penales, procesales y de seguridad en los cibercrimes. Madrid: Wolters Kluwer, p. 320.

28 Castellví Monserrat, Carlos. (2020). Provocar y castigar. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 479-483.

Parece que el ejemplo expuesto no es tan pacífico y lleva a cuestionar hasta dónde llegan las atribuciones (límite) de la o del agente encubierto informático.

Para acudir al agente encubierto informático, debe fundamentarse por qué no puede accederse de otro modo a la información que se requiere. Es decir, se trata de una medida excepcional, mediante la cual debe procurarse resguardar la investigación y la protección de los bienes jurídicos que están de por medio.

En palabras de Barrio Andrés, no puede entenderse como una carta blanca la autorización para que actúe el agente encubierto informático, sino que debe ser consecuencia necesaria de la investigación, ser proporcional y que no constituya provocación al delito<sup>29</sup>.

## V. Reflexiones finales

La figura de la y del agente encubierto presenta una escueta y deficiente regulación en Costa Rica. Se limita a lo estipulado por los artículos 10, 11 y 12 de la Ley N.º 8204 del 25 de diciembre de 2001, Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado y actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo.

Debido a lo anterior, cabe afirmar que, con la regulación vigente, no es factible acudir a la figura del agente encubierto en relación con delitos distintos a los contenidos en la Ley N.º 8204.

Por otra parte, propiamente en cuanto a la o al agente encubierto informático, es necesario iniciar en Costa Rica un debate sobre la conveniencia o

no de regular normativamente esta figura. Si se pretende aplicarla con la normativa existente, generaría mucha inseguridad jurídica y posibles lesiones a derechos fundamentales de las partes involucradas en un proceso penal, en atención a las escuetas y desfazadas disposiciones con las que se cuenta.

Es importante que, a la hora de definir la política criminal de un Estado, el legislador como protagonista regule la afectación a la intimidad y la privacidad en contraposición con la necesidad de persecución penal (balance) de los delitos.

Si bien, estamos en presencia de un tema cuya decisión es de naturaleza legislativa (decisión político-criminal), lo cierto es que se requiere asesoría de parte de personas expertas en esta materia, por lo que la participación de la academia y de otros sectores es muy importante.

Parece que los preceptos contenidos en la legislación española (artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) son un buen punto de partida. Sin embargo, no sería acertado que se trasplantara directamente la figura sin tomar en cuenta la realidad costarricense.

Quizás, uno de los temas que podría generar mayores dudas para su implementación lo constituye la disposición contenida en el artículo 282 bis.6 LECrim, según la cual, con autorización específica para ello, el agente encubierto informático puede intercambiar o enviar por sí mismo archivos ilícitos por razón de su contenido.

Con ello, en cierto modo, se avala que el agente encubierto informático actúe como agente provocador, tema sobre el cual, no es de extrañar que, en un futuro, la Sala Constitucional tenga

29 Barrio Andrés, Moisés. (2018). Delitos 2.0. Aspectos penales, procesales y de seguridad en los ciberdelitos. Madrid: Wolters Kluwer, p. 320.

que pronunciarse en caso de que se llegue a incorporar este instituto procesal al ordenamiento jurídico nacional.

En el momento actual, sería apresurado descartar la posibilidad de que nuestro país incorpore normativamente la figura del agente encubierto informático. Podría ser una herramienta útil en la lucha contra conductas criminales perpetradas en Internet y las nuevas tecnologías, máxime que los delitos informáticos avanzan a gran velocidad.

Por un lado, existe la necesidad de investigación y persecución de algunos delitos (entre muchos otros, los informáticos) y, por otro, el resguardo de garantías fundamentales, debido a que están de por medio -entre otras- esferas como la intimidad y la privacidad de personas a quienes les cobija la presunción de inocencia.

Si se aceptan la y el agente encubierto informático en Costa Rica, debe establecerse como un medio extraordinario de investigación, por lo que la solicitud y el respectivo auto deben dar cuenta de por qué no puede accederse de otra manera a la información que se requiere. Sin duda alguna, se requerirá de una autorización y un control jurisdiccional (sobre los intercambios de información para su posterior introducción en el proceso penal), con plazos detallados, partiendo de manera anticipada de un listado taxativo de delitos. Deben existir indicios suficientes que justifiquen la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida en atención a la gravedad de la conducta investigada, en concordancia con principios penales tutelados a nivel constitucional.

Resta indicar que, a nivel nacional, se requiere, en cuanto antes mejor, iniciar un debate sobre la incorporación o no de la y del agente encubierto informático al ordenamiento jurídico costarricense.

## VI. Referencias bibliográficas Libros y tesis

Arrabal Platero, Paloma. (2019). La prueba tecnológica: aportación, práctica y valoración. Valencia: Tirant lo Blanch.

Artavia Artavia, Yaxiri y Herrera Pérez Maripaz. (2019). El agente encubierto en contra de la criminalidad organizada y frente a las garantías de proceso penal costarricense (en especial el derecho de abstenerse a declarar y la inviolabilidad del domicilio). Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. San José: Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

Barrio Andrés, Moisés. (2018). Delitos 2.0. Aspectos penales, procesales y de seguridad en los ciberdelitos. Madrid: Wolters Kluwer.

Castellví Monserrat, Carlos. (2020). Provocar y castigar. Valencia: Tirant lo Blanch.

Valiño Ces, Almudena. (2017). La actuación del agente encubierto en los delitos informáticos tras la Ley Orgánica 13/2015. En: El proceso penal. Cuestiones fundamentales. Coord. Olga Fuentes Soriano. Valencia: Tirant Lo Blanch.

Velasco Núñez, Eloy y Sanchís Crespo, Carolina. (2019). Delincuencia informática. Tipos delictivos e investigación. Con jurisprudencia tras la reforma procesal y penal de 2015. Valencia: Tirant lo Blanch.

Villar Fuentes, Isabel. (2017). Reflexiones sobre el agente encubierto informático. En: El proceso penal. Cuestiones fundamentales. Coord. Olga Fuentes Soriano. Valencia: Tirant Lo Blanch.

### **Tribunal Supremo de España**

Tribunal Supremo, Sala Segunda, Sección Primera, sentencia n.º 525/2020, del 20 de octubre de 2020.

Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección Primera, sentencia n.º 65/2019, del 07 de febrero de 2019.

Tribunal Supremo, Sala Segunda, Sección Primera, sentencia n.º 591/2018, del 26 de noviembre de 2018.

Tribunal Supremo, Sala Segunda, Sección Primera, sentencia n.º 77/2016, del 10 de febrero de 2016.

Tribunal Supremo, Sala Segunda, Sección Primera, sentencia n.º 767/2007, del 03 de octubre de 2007.

### **Audiencia Nacional de España, Sala de lo Penal, Sección Segunda**

Sentencia n.º 30/2019, del 30 de diciembre de 2019.

### **Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica**

Sentencia n.º 2007-017027 de las 18:31 horas, del 21 de noviembre de 2007.

Sentencia n.º 5573-96 de las 11:06 horas, del 18 de octubre de 1996.

Sentencia n.º 1427-96 de las 15:33 horas, del 27 de marzo de 1996.

### **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica**

Sentencia n.º 2013-01550 de las 11:09 horas, del 18 de octubre de 2013.

Sentencia n.º 2008-00371 de las 08:58 horas, del 30 de abril de 2008.

Sentencia n.º 0583-98 de las 08:52 horas, del 19 de junio de 1998.

Sentencia n.º 507-F-94 de las 15:20 horas, del 28 de noviembre de 1994.

Sentencia n.º 559-F-93 de las 09:35 horas, del 15 de octubre de 1993.

### **Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José**

Sentencia n.º 2020-0874 de las 09:40 horas, del 2 de junio de 2020.

Sentencia n.º 2014-0868 de las 08:10 horas, del 15 de mayo de 2014.