

Capítulo 14

Víctimas de trata de seres humanos, investigación del delito y nuevas tecnologías*

ANDREA PLANCHADELL-GARGALLO

*Catedrática de Derecho Procesal
Universitat Jaume I, Castellón*

I. INTRODUCCIÓN

En estas páginas se pretende hacer un breve repaso de la influencia de las nuevas tecnologías en la investigación de los delitos de trata, si la hay y en qué sentido. Las posibilidades y facilidades que las nuevas tecnologías suponen ha propiciado que las organizaciones criminales y los delincuentes, en general, se aprovechen de ellas para fortalecer sus actividades delictivas, lo que es evidente en figuras como el narcotráfico, la trata de personas, la explotación sexual o la pornografía infantil. Es decir, las nuevas tecnologías se integran en el *modus operandi* de esta delincuencia, por lo que también debe integrarse en las actividades preventivas¹, de

* Este capítulo se enmarca dentro del Proyecto de Investigación *Trata de seres humanos y esclavitud: Investigación, enjuiciamiento y protección procesal de las víctimas* (Código: RTI2018-094686-B-C22), financiado por el Ministerio de Economía y competitividad – Modalidad 1: Proyectos de I+D+I del Programa estatal de investigación, desarrollo e innovación orientada los retos de la sociedad, del que soy Investigadora Principal.

1. Desde una perspectiva preventiva, por ejemplo, la OSCE (*Organization for Security and Co-operation in Europe*) y Tech Against Trafficking han analizado 305 instrumentos, financiados mínimamente por los gobiernos o por ONGs, como por ejemplo la empresa francesa Ecovadis, que ofrece a las empresas un sistema de evaluación de su responsabilidad social (RSE), para verificar, por ejemplo, que ningún niño sea explotado por los subcontratistas de una empresa multinacional. Otra herramienta identificada en el informe es la web *Slavery From Space*, desarrollada por la Universidad de Nottingham, cuyo objetivo es identificar, mediante imágenes satélites, los hornos de ladrillo de Asia del sur, sobre todo de la India, en que se realiza trabajo forzoso.

persecución y de enjuiciamiento de las autoridades si no quieren fomentar espacios de impunidad, pues las nuevas tecnologías permiten captar un mayor número de personas de una forma más rápida, por ejemplo, al eliminar la interacción “cara a cara”².

Sin perjuicio de la trascendencia del Protocolo de Palermo (Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2003), primer instrumento internacional que atiende a la protección integral de la trata, el art. 4 del Convenio de Varsovia (Convenio núm. 197, del Consejo de Europa hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005, con entrada en vigor en España el 1 de agosto de 2009) define la trata como “el reclutamiento, transporte, transferencia, alojamiento o recepción de personas, recurriendo a la amenaza o uso de la fuerza u otras formas de coerción, el secuestro el fraude, engaño, abuso de superioridad o de otra situación de vulnerabilidad, o el ofrecimiento o aceptación de pagos o ventajas para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con vistas a su explotación. La explotación comprenderá, como mínimo, la explotación de la prostitución de otras personas u otras formas de explotación sexual, el trabajo o los servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extirpación de órganos”³. En definitiva, se trata de captar, transportar, trasladar, acoger o recibir personas empleando determinados medios con la finalidad de explotación, sin añadirle calificativo, y aunque ésta no llegue a producirse. La Directiva 2011/36/UE del Parlamento europeo y del Consejo de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo⁴, no contiene una definición expresa de trata, si bien –de forma

2. El informe de Europol “*Criminal networks involved in the trafficking and exploitation of underage victims in the European Union*” (The Hague: Europol, 18 October 2018), p. 7, ya constataba que las organizaciones criminales implicadas en el tráfico y explotación de víctimas menores de edad en la Unión Europea estaban incrementando de forma preocupante la utilización de los anuncios online de servicios sexuales con menores haciéndose pasar por adultos.
3. Importante se considera por VILLACAMPA ESTIARTE, C., y TORRES ROSELL, N., “Trata de seres humanos para explotación criminal: Ausencia de identificación de las víctimas y sus efectos”, *Revista de Estudios Penales y Criminológicos* 2016, núm. 36, p. 774, la referencia que se introduce en la Directiva 2011 respecto a “explotar a la víctima en alguna actividad que produzca un beneficio económico...”.
4. Junto con esta Decisión Marco, cabe citar también –sin ánimo de exhaustividad– el Plan de la UE sobre mejores prácticas, normas y procedimientos para luchar contra la trata de seres humanos y prevenirla o el Programa de Estocolmo “Una Europa abierta al ciudadano”, en que se reconoce la lucha contra la trata de seres humanos como una prioridad del Consejo de Europa. A estas normas, entre otras más centradas en el

similar– en su art. 2 se definen las conductas que englobarían dicho concepto, concretamente “La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, incluido el intercambio o la transferencia de control sobre estas personas, mediante la amenaza o el uso de la fuerza u otras formas de coacción, el rapto, el fraude, el engaño, el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de una persona que posea el control sobre otra persona, con el fin de explotarla”. Común a las definiciones que encontramos en estos documentos es la consideración de la trata como una “moderna forma de esclavitud”⁵.

II. LA NECESIDAD DEL ENFOQUE VICTIMOCÉNTRICO Y LA VULNERABILIDAD DE LA VÍCTIMA DE TRATA

El estudio de cualquier aspecto relacionado con la trata de seres humanos, en cualquiera de sus modalidades de explotación, exige hoy un enfoque en que la víctima se sitúe en el centro de interés. Esta aproximación tuitiva obliga a hacer una somera referencia a la importancia que, para la adecuada protección de la víctima de trata, supone la necesidad de este enfoque victimocéntrico⁶. Así, documentos internacionales y regionales sobre la trata, como los citados Protocolo de Palermo, Convenio de

ámbito migratorio o laboral, debe añadirse el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos de 2005 y su creación del Grupo de Expertos en la lucha contra la trata de seres humanos (GRETA).

5. VILLACAMPA ESTIARTE, C., “El delito de trata de personas: Análisis del nuevo artículo 177 bis CP desde la óptica del cumplimiento de compromisos internacionales de incriminación”, *Anuario de la Facultade de Direito da Universidade da Coruña-AF-DCUDC* 2010, p. 824; PÉREZ ALONSO, E., “Marco normativo y política criminal contra la trata de seres humanos en la Unión Europea”, en PÉREZ ALONSO, E. y POMARES CINTAS, E., *La trata de seres humanos en el contexto penal iberoamericano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 64, se refiere a un “... viejo fenómeno que aparece disfrazado bajo nuevas formas y métodos...”.

El TEDH ya desde su Sentencia núm. 25965/04, de 7 de enero de 2010, *caso Rantsev contra Chipre y Rusia* entiende que el art. 4 del CEDH (prohibición de la esclavitud) ofrece protección frente a la trata. Pese a ello, como afirma Mestre i Mestre esta resolución “sigue siendo paradigmática porque desde su adopción han llegado pocos casos ante el TEDH...”, v., MESTRE I MESTRE, R., “La jurisprudencia del TEDH en materia de trata de seres humanos y la necesidad de regresar a las categorías jurídicas de esclavitud, servidumbre y trabajo forzado”, *Revista del Laboratorio Iberoamericano para el Estudio Sociohistórico de las Sexualidades* (<https://doi.org/10.46661/relies.5187>), pp. 1 y ss.

6. V., también, nuestros trabajos “Protección procesal de las víctimas de trata: Aproximación general”; *Revista de Derecho y Proceso Penal* 2021, núm. 61, pp. 39; “La protección procesal de las víctimas de trata: Panorama europeo”, en LLORENTE ARJONA, M., (Dir.), *Estudios procesales sobre el espacio europeo de justicia penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 117 y ss.

Varsovia, o la Directiva de 2011 afrontan el tratamiento de este fenómeno centrándose en la víctima del delito, lo que marca un punto de inflexión en su protección y tratamiento, en tanto que se considera que la trata supone una vulneración de los derechos humanos de la víctima y un atentado a la dignidad humana, por la cosificación que de la persona supone⁷. Como indica Villacampa estamos ante un “cambio de paradigma”⁸ que traslada el centro de atención de la incriminación de las conductas a la protección de la víctima, suponiendo un tratamiento integral “más holístico, orientándonos a la protección y reconocimiento de los derechos de la víctima”⁹.

Este enfoque se manifiesta a través llamadas “tres P” a que se refiere el Protocolo de Palermo: Prevención, protección y persecución¹⁰; siendo clave, además, que la protección de la víctima antes, durante y después de la celebración del proceso no dependa de que colabore o no en el mismo, sino de su propia condición de víctima, lo que obliga a la adecuada

7. De hecho, el art. 1 del Convenio de Varsovia, establece como uno de sus objetivos “proteger los derechos humanos de las víctimas...” (art. 1, b). De igual forma, el Considerando 11 de la Directiva de 2011 se refiere a la trata como “una grave violación de la dignidad humana y de la integridad física”. A nivel nacional, dicho enfoque es evidente en el Protocolo Marco de Protección de Víctimas de trata de seres humanos. V.: OBAKTA, T., “Trafficking of human beings as a crime against humanity: Some implications for the international legal system”, *The International and Comparative Law Quarterly*, April 2005, núm. 54, p. 448; PÉREZ ALONSO, E., “Marco normativo y política criminal contra la trata de seres humanos en la Unión Europea”, en PÉREZ ALONSO, E., y POMARES CINTA, E., *La trata de seres humanos en el contexto penal iberoamericano*, cit., pp. 63 y 95. Así, la S TS núm. 307/2021, de 9 de abril (RJ 1514): “Como dice la STS 214/2017, de 29 de marzo, la mecánica delictiva propia de la trata de seres humanos con destino a la explotación sexual, cosifica a las mujeres víctimas y las humilla y veja con toda clase de maltratos, incluida la violencia, la agresión sexual y, si llega a plantearse, el aborto forzado”.
8. VILLACAMPA ESTIARTE, C., “Víctimas de trata de seres humanos: Su tutela a la luz de las últimas reformas penales sustantivas y procesales proyectadas”, *InDret* 2/2014, p. 3.
9. VILLACAMPA ESTIARTE, C., “La nueva Directiva Europea relativa a la prevención y a la lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de la víctima ¿Cambio de rumbo de la política de la Unión en materia de trata de seres humanos?”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminológica* 2011, (13-14), 14: 2); IDEM, *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 145 y ss., quien afirma que dicho enfoque “despliega toda su gama cromática en el conjunto de derechos y facultades previstos para la víctima de este tipo de delito”, p. 188; TORRES ROSELL, N., y VILLACAMPA ESTIARTE, C., “Protección jurídica y asistencia para víctimas de trata de seres humanos”, *Revista General de Derecho Penal* 2017, núm. 27, p. 2. En igual sentido, LLORIA GARCÍA, P., “El delito de trata de seres humanos y la necesidad de creación de una ley integral”, *Estudios penales y criminológicos* 2019, pp. 353 y ss.
10. VILLACAMPA ESTIARTE, C., “Víctimas de trata de seres humanos: Su tutela a la luz de las últimas reformas penales sustantivas y procesales proyectadas”, *InDret* 2/2014, pp. 4 y ss.

identificación de la misma como tal (art. 27 del Convenio de Varsovia y art. 9 de la Directiva de 2011)¹¹. Identificación, que no siempre resulta una tarea sencilla¹².

A estas consideraciones previas, debemos añadir la vulnerabilidad consustancial a la víctima de trata¹³, consecuencia de su propia condición y de las particularidades del delito que la victimiza. Estamos ante víctimas que se encuentran, generalmente, en situación ilegal, que frecuentemente

11. Puede consultarse la Sentencia del TEDH núm. n.º 71545/12, de 21 de enero de 2016, *caso L.E contra Grecia*. Al respecto puede verse también los diversos informes de GRETA, particularmente el 2.º y 4.º; AAVV.: *Guía de criterios de actuación judicial frente a la trata de seres humanos*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2018, p. 51; FERNÁNDEZ OLALLA, P., “La colaboración de la víctima en la investigación del delito de trata de seres humanos. Valoración de la colaboración de la víctima en el ámbito administrativo y penal”, *Revista Aranzadi Doctrinal* 2014, núm. 9, *passim*.

En la temprana identificación y la necesidad de protección de las víctimas de trata sigue incidiendo el Plan Estratégico Nacional contra la Trata y la Explotación de Seres Humanos, del Ministerio del Interior, para los años 2021 a 2023 (se puede consultar en: http://www.interior.gob.es/documents/10180/12745481/220112_Plan_nacional_TSH_+PENTRA_FINAL_2021_2023/3f5c859a-69ef-40f8-a0b6-2a2b316f853d).

12. El art. 10 del Convenio de Varsovia establece la necesaria identificación de la víctima (art. 10) en el capítulo dedicado a las medidas para proteger y promover los derechos de las víctimas, destacando al respecto la necesaria formación y especialización de las personas involucradas en la prevención y lucha contra la trata de seres humanos. Sobre estas dificultades, puede consultarse VILLACAMPA ESTIARTE, C., y TORRES ROSELL, N., “Mujeres víctimas de trata en prisión en España”, *Revista de Derecho Penal y Criminología* 2012, núm. 8, pp. 411 y ss., también publicado en inglés en el *European Journal of Criminal Policy and Research* 2014, vol. 20, núm. 1; FARALDO CABANA, P., “¿Dónde están las víctimas de trata de personas? Obstáculos a la identificación de las víctimas de trata en España”, en MIRANDA RODRÍGUEZ (Coord.): *Livro de Atas. Conferencia internacional 18 de octubre. Día europeo contra o tráfico de seres humanos*, U. de Coimbra, Coimbra, 2017, pp. 140 y ss. De estas dificultades se hacía ya eco el Informe Greta correspondiente al año 2019, particularmente en el caso de menores de edad; de hecho, nuestro país se encuentra entre los 45 países a los que desde esta institución se les “urge parcialmente” a mejorar la identificación de las víctimas de trata (<https://rm.coe.int/9th-general-report-on-the-activities-of-greta-covering-the-period-from-16809e169e>, pp. 50 a 54); preocupación general por la identificación que se reproduce en informes posteriores.

Precisamente, las SS AP de Valencia núm. 390/2018, de 21 de junio (JUR 2018, 204231) y AP de Madrid núm. 63/2021, de 13 de enero (JUR 2021, 152066), exponen cómo a través de perfiles de Facebook una víctima pudo identificar a otras potenciales víctimas de trata, que habían estado en la misma casa de citas que ella, así como la propia identificación de investigado. El 11.º Informe Greta correspondiente al año 2021, p. 50, pone de relieve la importancia de los medios tecnológicos y la inteligencia artificial para la identificación de las víctimas, en especial de menores, por ejemplo, a través de mecanismos de reconocimiento facial.

13. PLANCHADELL GARGALLO, A., “Protección procesal de las víctimas de trata: Aproximación general”, *Revista de Derecho y Proceso Penal* 2021, núm. 61, pp. 41 a 42; GÓMEZ COLOMER, J. L.: “Víctimas de trata: Declaraciones y protección en el proceso penal”, *Revista de Derecho y Proceso Penal* 2021, núm. 64, pp. 2 y ss.

viven bajo unas condiciones económicas precarias, posiblemente padeciendo una cierta marginación social, muy vulnerables sentimental y emocionalmente, en no pocas ocasiones con una formación deficiente, etc.¹⁴. La Directiva de 2011, en su art. 2.2 indica expresamente que esta situación de vulnerabilidad concurre además “cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa real o aceptable excepto someterse al abuso”. La necesaria adecuación a la situación de vulnerabilidad de la víctima figura como uno de los ejes centrales del reciente Plan Estratégico Nacional contra la Trata y la Explotación de Seres Humanos, del Ministerio del Interior, para los años 2021 a 2023.

Pues bien, todas estas circunstancias deben ser tomadas en consideración cuando se investiga y enjuicia el delito de trata, en cualquiera de sus manifestaciones, con o sin utilización de las nuevas tecnologías. Necesidad que se apunta claramente en el art. 1 del Convenio de Varsovia (art. 1.1, b): “proteger los derechos de la persona de las víctimas de la trata, crear un marco completo de protección y de asistencia a las víctimas y los testigos, garantizando la igualdad entre las mujeres y los hombres, así como garantizar una investigación y unas acciones judiciales eficaces”).

III. BREVE REFERENCIA LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS Y LOS ELEMENTOS DEL TIPO PENAL

Si bien no es nuestra intención llevar a cabo un estudio sustantivo de esta figura delictiva, si consideramos oportuno, partiendo de las aportaciones de la doctrina y de la jurisprudencia¹⁵, así como de los documentos internacionales citados previamente, hacer una referencia a aquellos elementos del tipo penal en que las nuevas tecnologías pueden jugar un papel relevante.

14. S AP de Barcelona núm. 183/2020, de 22 de junio (ARP 2020, 1507).

15. MARTÍN ANCÍN, F., *La trata de seres humanos con fines de explotación sexual en el Código Penal de 2020. Aportaciones de la Ley Orgánica 1/2015*, Ed. Tirant lo Blanch y Universidad de Salamanca, Valencia, 2017; PÉREZ ALONSO, E., y POMARES CINTAS, E. (Coord.), *La trata de seres humanos en el contexto penal iberoamericano*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 451 y ss. VILLACAMPA ESTIARTE, C., “El delito de trata de personas: análisis del nuevo artículo 177 bis CP desde la óptica del cumplimiento de compromisos internacionales de incriminación”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña (AFDUDC)* 2010, núm. 14; IDEM., *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2011; VILLACAMPA ESTIARTE, C., y PLANCHADELL GARGALLO, A., *La trata de seres humanos tras un decenio de su incriminación. ¿Es necesaria una ley integral para luchar contra la trata y la explotación de seres humanos?*, Tirant lo Blanch, Valencia 2022; LLORIA GARCÍA, P., “El delito de trata de seres humanos y la necesidad de creación de una ley integral”, *Estudios penales y criminológicos* 2019.

Partiendo de nuestro texto sustantivo (art. 117 bis CP), el delito de trata se puede desgranar en los siguientes elementos: Las conductas concretas que lo caracterizan, los medios utilizados para su comisión y los fines con los que se comete:

1.- Las conductas se refieren a captar, transportar, trasladar, acoger o recibir, incluyendo el intercambio o transferencia de control sobre las personas. Estas conductas se podrán realizar sobre nacionales o extranjeros;

2.- En cuanto a los medios, el Código se refiere al empleo de violencia, intimidación o engaño, o el abuso de una situación de superioridad, de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima (nacional o extranjera)¹⁶; o la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima;

3.- Con alguna de las siguientes finalidades:

a) La imposición de trabajo o de servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre o a la mendicidad.

b) La explotación sexual, incluyendo la pornografía.

c) La explotación para realizar actividades delictivas.

d) La extracción de sus órganos corporales.

e) La celebración de matrimonios forzados.

4.- Presenta por último un componente territorial: Sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella.

5.- Cuando se trate de menores de edad, se entenderá que concurre el tipo penal cuando se realice alguna de las conductas indicadas aún cuando no se recurra a ninguno de los medios comisivos expuestos.

El aspecto en que las nuevas tecnologías están presentando mayor influencia es en una de las acciones típicas indicadas, concretamente, en la captación de las víctimas y en su control¹⁷. La tecnología aparece, así, como

16. Existe una situación de necesidad o vulnerabilidad cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa, real o aceptable, que someterse al abuso.

17. LAFONT NICUESA, L., "Aspectos represivos, procesales y de protección que una futura ley integral de trata debiera abordar", en VILLACAMPA ESTIARTE, C., y PLANCHADELL GARGALLO, A., *La trata de seres humanos tras un decenio de su incriminación. ¿Es necesaria una ley integral para luchar contra la trata y la explotación de seres humanos?*, Tirant lo Blanch, Valencia 2022, p. 75. Este dato se destaca también por el 11.º Informe Greta, p. 40. Así se reconoce por la S AP Madrid núm. 471/2020, de 27 noviembre (ARP 2020, 397) o AP Guadalajara núm. 17/2020, de 13 octubre (JUR 2020, 346424).

un instrumento altamente eficaz para “captar o enganchar” a las víctimas a la servidumbre que, en sus distintas formas, supone la trata. Esta forma de captación es especialmente preocupante si pensamos en la dependencia que muchos de nuestros jóvenes tienen de las redes sociales; redes que, en estos casos, se utilizan precisamente con estos fines. Las nuevas tecnologías e internet permiten a los tratantes “cazar más activamente”, con mayor precisión y con menos esfuerzo a las potenciales víctimas¹⁸. Además, les da la posibilidad de ofrecer nuevos productos o cambiar su acción física por actuaciones virtuales, como los actos sexuales en directo (*cybersex trafficking*), prescindir de los burdeles físicos¹⁹, etc. También las nuevas tecnologías irrumpen de forma clara en las propias finalidades de la explotación, por ejemplo, venta por internet de la virginidad de menores de edad o de órganos a través de la *Dark Web*, que también se utiliza para conseguir la documentación falsa que permite el traslado de las víctimas.

La Organización Internacional contra la Esclavitud Moderna (OICEM) ha indicado, repetidamente en sus informes, que las nuevas tecnologías son uno de los instrumentos utilizados en el ámbito de la trata de persona por quienes se dedican a esta actividad. Si bien el uso de Facebook sigue siendo frecuente y relativamente rudimentario, los traficantes van mucho más allá en su uso de las tecnologías, publicando, por ejemplo, falsos anuncios de trabajo para atraer a jóvenes que desean irse al extranjero, realizan transacciones a través de criptomonedas, recurren al GPS para hacer un seguimiento en tiempo real de las personas que explotan, etc.²⁰.

La Resolución del Parlamento Europeo, de 10 de febrero de 2021, sobre aplicación de la Directiva 2011/36²¹, haciéndose eco de la información

V., también, a modo de ejemplo, https://www.escudodigital.com/internacional/trata-personas-crecimiento_51016_102.html; <https://elpais.com/sociedad/2022-01-16/captadas-en-redes-sociales-controladas-por-el-movil-ventas-en-internet.html>.

18. En el Informe Global sobre tráfico de personas de la ONU se pone de manifiesto cómo los llamados *loverboys* ahora utilizan los *likes* de las redes sociales para embaucar y captar a las víctimas (https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/tip/2021/GLOTiP_2020_Chapter5.pdf).
19. Llamam poderosa y escalofriantemente la atención estos titulares o frases en noticias escritas: “Los nuevos burdeles ya no necesitan de neones para que todo el mundo los vea”, “Pasion.com se cuela entre las 50 páginas más vistas de España, justo detrás de Netflix y por encima de las webs RTVE o Carrefour” (<https://elpais.com/sociedad/2022-01-16/captadas-en-redes-sociales-controladas-por-el-movil-ventas-en-internet.html>).
20. En igual sentido, se pronuncia el informe de 22 de junio de 2020 de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) y por *Tech Against Trafficking* (grupo que a Amazon, Microsoft y AT&T), disponible en https://www.osce.org/files/f/documents/9/6/455206_1.pdf.
21. https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2021-0011_ES.html.

facilitada por Europol²², pone de manifiesto que el uso de las tecnologías “ha ampliado la capacidad de los delincuentes para traficar con seres humanos y que se aprovecha en todas las fases, ya sea en la captación y explotación de las víctimas, hasta en el chantaje y control de sus movimientos”; a ello, añade, que ofrecen mayor anonimato. Ahora bien, en el mismo documento se indica que estas tecnologías no sólo ofrecen mayores oportunidades para los delincuentes, sino también para las víctimas y para las autoridades, policiales y judiciales.

IV. NUEVAS TECNOLOGÍAS Y LUCHA PROCESAL CONTRA LA TRATA DE PERSONAS

Si bien el delito de trata, actualmente, no se investiga ni enjuicia a través de un proceso especial al efecto, ni tampoco contempla, legalmente, especialidades concretas que le sean aplicables, lo cierto es que la investigación y enjuiciamiento del delito presenta particularidades concretas que conllevan la conveniencia y utilidad de servirse de determinados medios de investigación y de prueba. Siendo este evidente en el caso de la comisión del delito de “forma tradicional”, lo es más aún cuando se utilizan para su comisión nuevas tecnologías, en el sentido indicado en el punto anterior.

1. LA INVESTIGACIÓN DEL DELITO DE TRATA

Como expresamente ha indicado el propio Tribunal Supremo en su Sentencia núm. 63/2020, de 20 de febrero (RJ 2020, 5720), en parte por la vinculación de la trata con la criminalidad organizada: “Existen formas de delincuencia, como muchas de las relacionadas con el tráfico de estupefacientes, que hacen necesarias técnicas policiales de investigación que implican restricciones de derechos fundamentales. La ausencia de testigos que se sientan ‘víctimas’; el blindaje y opacidad de sus operaciones, y la capacidad organizativa a ciertos niveles en que se manejan importantes

22. Europol Operations Directorate, October 2020, *The challenges of countering human trafficking in the digital era*, disponible en <https://www.europol.europa.eu/publications-documents/challenges-of-countering-human-trafficking-in-digital-era>. En este informe se recoge la clarificadora afirmación de Catherine de Bolle (Directiva Ejecutiva de Europol) “Los traficantes de seres humanos utilizan cada vez más las modernas tecnologías de la comunicación para explotar a sus víctimas en múltiples ocasiones: desde la publicidad y la captación de víctimas, hasta el chantaje con fotos y vídeos para controlar sus movimientos. Para contrarrestar esta amenaza, tenemos que utilizar la gran ventaja de la inteligencia compartida y recoger más pruebas digitales”.

montos económicos aboca a *esas técnicas de investigación más agresivas* si no se quiere claudicar en la lucha contra ese tipo de delincuencia”²³. Las características de este delito, por tanto, recomiendan, en no pocos casos, la utilización de técnicas o medios de investigación especiales, en que el riesgo de afcción a los derechos fundamentales en investigado es elevado. De entre ellas, junto con otros medios siempre útiles como las entradas y registros o las intervenciones telefónicas²⁴, creemos que, ante el uso de las nuevas tecnologías, las operaciones encubiertas informáticas están llamadas a jugar un papel esencial²⁵.

1.1. El agente encubierto informático

La utilidad de esta figura es evidente, pues permitirá acceder a la organización delictiva para determinar su naturaleza, su *modus operandi*, los lugares en que se encuentra y opera, la ubicación, real y física o virtual, de las víctimas, sus desplazamientos –de haberlos–, o seguir el rastro del dinero; en definitiva, investigar “los rastros electrónicos” de esas conductas.

La utilización del “agente infiltrado”, informático o “físico”, se ha presentado como un acto de investigación especialmente efectivo en la lucha contra diversas formas de criminalidad, principalmente en los casos en que la actividad delictiva se lleva a cabo en el marco de una organización criminal. Esta técnica, como es sabido, implica la ocultación de la verdadera identidad de un agente especialmente preparado, con la intención de que establezca –introduciéndose de una u otra forma en la organización criminal– una relación de confianza con los miembros de la misma con la intención de obtener información especial y necesaria para satisfacer el interés de persecución de dichos hechos delictivos. Se produce así un “doble engaño” pues se mantiene oculta tanto la identidad del sujeto como sus intenciones al implicarse en la actividad criminal.

De las distintas posibilidades de infiltración, la única contemplada por nuestro ordenamiento, en el art. 282 bis Lecrim, es la del agente encubierto;

23. V., también, AAVV.: *Guía de criterios de actuación judicial frente a la trata de seres humanos*, cit., pp. 44 y ss.

24. Puede consultarse al respecto nuestro trabajo “Investigación y enjuiciamiento del delito de trata: Aspectos procesales desde la jurisprudencia”, en VILLACAMPA ESTIARTE, C., y PLANCHADELL GARGALLO, A., *La trata de seres humanos tras un decenio de su incriminación...*, cit., pp. 851 y ss.

25. La conveniencia de la utilización de los agentes encubiertos, así como de los confidentes, se ha destacado, por ejemplo, por el Protocolo de Cooperación Interinstitucional para fortalecer la investigación y protección a víctimas del delito de trata de personas y tráfico ilícito de inmigrantes, suscrito por la Asociación iberoamericana de Ministerios Públicos en el año 2017 (art. 8).

claro reflejo de cómo nuestra legislación ha optado por hacer frente a esta criminalidad a través de medidas de investigación “extraordinarias”. La infiltración legalmente prevista se debe realizar por un miembro de las fuerzas y cuerpos de seguridad, (policía judicial) quedando limitado su ámbito de intervención a la investigación del crimen organizado. El infiltrado debe como tal analizar el *modus operandi* de la organización y sus miembros, los campos delictivos en que actúan y recoger información sobre la estructura del grupo²⁶.

La introducción en el número 6 y 7 del art. 282 bis de la figura expresa del agente encubierto informático²⁷ no es más que una manifestación de la necesidad de luchar contra ciertas formas de criminalidad que se valen de las nuevas tecnologías o frente figuras delictivas que se cometen a través de internet, haciendo uso también de las mismas en la investigación penal²⁸.

26. ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R., *El policía infiltrado. Los presupuestos jurídicos en el proceso penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia 2010, *passim*.

27. LAFONT NICUESA, L., “El agente encubierto en el proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, *La Ley Digital* núm. 4617/2015, pp. 1 y ss.; RIZO GÓMEZ, B., “La infiltración policial en internet. A propósito de la regulación del agente encubierto informático en la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica”, en ASENCIO MELLADO, J.M y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 100 y ss.; ZARAGOZA TEJADA, J. I., “El agente encubierto “online”. La última frontera de la investigación penal”, en *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 1/2017, (BIB 2017, 10526); VALIÑO CES, A., “La actuación del agente encubierto en los delitos informáticos tras la Ley Orgánica 13/2015”, en FUENTES SORIANO, O., *El proceso penal. Cuestiones fundamentales*, Tirant lo Blanch, 2019, p. 381.

28. FLORES PRADA, I., *Criminalidad informática. Aspectos sustantivos y procesales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2012, pp. 295 y ss.; FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., “Ciber-crimen. Los delitos cometidos a través de internet”, *Constitutio Criminalis Carolina*, Oviedo, 2007, p. 13; ZARAGOZA TEJADA, J. I., “La modificación operada por la Ley 13/2015. El agente encubierto”, Ponencias Formación Continua *La prueba obtenida a través de la infiltración y delación. El agente encubierto y el confidente*, 2 de junio de 2016, p. 2; ORTIZ PRADILLO, J. C., “Comunicaciones, tecnología y proceso penal: Viejos delitos, nuevas necesidades”, en ASENCIO MELLADO, J. M y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia, cit.*, pp. 15 y ss.; IDEM, “Desafíos legales de las diligencias de investigación tecnológicas”, en FUENTES SORIANO, O., *El proceso penal. Cuestiones fundamentales, cit.*, pp. 303 y ss.; GONZÁLEZ NAVARRO, A., “Nuevas tecnologías aplicadas a la investigación criminal: Las regulaciones española y alemana”, en FUENTES SORIANO, O., *El proceso penal. Cuestiones fundamentales, cit.*, pp. 399 y ss.; RIZO GÓMEZ, B., “La infiltración policial en internet. A propósito de la regulación del agente encubierto informático en la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica”, en ASENCIO MELLADO, J. M y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia, cit.*, p. 99.

Si bien el marco legal y conceptual es común al agente encubierto “presencial”, en este caso la infiltración se produce en un canal cerrado de comunicación²⁹, entendiéndose por comunicaciones mantenidas en un canal cerrado aquellas en las que, por expresa voluntad del comunicante, se excluye a terceros del canal de comunicación, es decir, se produce expresamente una restricción de quiénes participan en la misma, quien requiere de autorización expresa³⁰.

Señala Lafont Nicuesa que la actuación del agente encubierto informático se puede producir, en la práctica, en dos grandes ámbitos: El “ciberpatrullaje”, en comunidades abiertas y en comunidades cerradas³¹. El primero de ellos implica una actuación en los canales abiertos de la red, siempre con identidad ficticia, con el objetivo de detectar conductas delictivas e identificar a sus autores; implica que no hay investigaciones concretas ni sospechosos identificados. Si bien a él se hacía referencia originalmente en la reforma del art. 282 bis, en la regulación finalmente aprobada se suprimió esta posibilidad, por lo que su actuación se circunscribe a los canales cerrados de comunicación. Ahora bien, esta supresión no debe interpretarse como una exclusión, sino que –como establece la S TS núm. 767/2007, de 3 de octubre (RJ 2007, 7297)–, esta actuación se lleva a cabo dentro de las funciones generales de prevención de la delincuencia, sin necesidad de autorización judicial o fiscal³².

-
29. RIZO GÓMEZ, B., “La infiltración policial en internet. A propósito de la regulación del agente encubierto informático en la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica”, en ASENCIO MELLADO, J. M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia*, cit., pp. 101 y 103 y ss.; ZARAGOZA TEJADA, J. I., “El agente encubierto “online”. La última frontera de la investigación penal”, *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 1/2017, (BIB 2017, 10526), pp. 5 y ss., quien pone de manifiesto la dificultad que presenta, en ocasiones, marcar la línea entre canales abiertos y cerrados. Esta dificultad se señala también en las SS TS núm. 767/2007, de 3 de octubre (RJ 2007, 7297) o de 28 de junio de 2015 (RJ 2015, 8067).
30. RIZO GÓMEZ, B., “La infiltración policial en internet. A propósito de la regulación del agente encubierto informático en la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica”, en ASENCIO MELLADO, J. M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia*, cit., p. 103.
31. LAFONT NICUESA, L., “El agente encubierto en el proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, *La Ley Digital* núm. 4617/2015, pp. 1 y ss.
32. En la misma línea se pronunció el informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto. V., también, ZARAGOZA TEJADA, J. I., “La modificación operada por la Ley 13/2015. El agente encubierto”, Ponencias Formación Continua *La prueba obtenida a través de la infiltración y delación. El agente encubierto y el confidente*, 2 de junio de 2016, pp. 7 y 8, 23 y ss.

1.2. Notas características

Las notas o características definitorias de esta figura se refieren a:

a) La nota esencial definitoria del agente encubierto es el engaño³³. Al agente se le facilita una identidad supuesta que mantendrá durante toda la duración de la investigación, e incluso durante el proceso y con posterioridad al mismo. Haciendo uso de dicha identidad ficticia el sujeto, en aras a la investigación de los hechos delictivos, va a procurar ganarse la confianza de los miembros de la organización en que se infiltra ocultando, por tanto, sus verdaderas intenciones. El “engaño” se produce, por tanto, respecto de quién es, a qué se dedica y cuáles son sus intenciones para “involucrarse” con las actividades de la organización³⁴. Es precisamente el engaño y el hecho de actuar con base en el mismo lo que obliga a compatibilizar esta figura con las garantías y principios constitucionales reconocidos en todo ordenamiento³⁵.

b) Precisamente por el engaño en que se basa toda la actuación del agente encubierto, la utilización de esta técnica de investigación aparece como excepcional o subsidiaria, debiendo acudirse a la misma cuando no existan otras vías para poder averiguar los hechos delictivos que se están investigando, pues no podemos negar que “mediante la intervención de un agente encubierto se alteran las reglas básicas del proceso penal”³⁶.

-
33. GASCÓN INCHAUSTI, F., *Infiltración policial y agente encubierto*, Comares, Granada, 2001, pp. 10 y 87, quien añade, como consecuencia de dicho engaño, el abuso de confianza, pues en esta figura es fundamental la “entrada y permanencia” en un determinado entorno. V., también muy detalladamente, ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R., *El policía infiltrado. Los presupuestos jurídicos en el proceso penal español*, pp. 67 y ss.; GUZMÁN FLUJA, V., *El agente encubierto y las garantías del proceso penal*, Portal Iberoamericano de Ciencias Penales, Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, Universidad de Castilla – La Mancha, 2016, p. 17; GARCÍA SAN MARTÍN, J., “Los límites entre el agente encubierto y el agente provocador en la persecución de los delitos de tráfico ilícito de drogas”, *La Ley Penal*, núm. 107, marzo-abril 2014, *Ciberdelitos (y II)*, p. 5. V., también, a modo de ejemplo, la S TS núm. 671/2018, de 19 de diciembre (RJ 2018, 1325); S TS núm. 277/2016, de 6 de abril (RJ 2016, 1325).
34. Como afirma Zafra Espinosa de los Monteros “la justificación de que los Estados de Derecho modernos acepten el engaño en una técnica de investigación penal se debe a la clandestinidad, la sofisticación y alta peligrosidad que representan las nuevas formas de criminalidad organizada”, v., ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R., *El policía infiltrado. Los presupuestos jurídicos en el proceso penal español*, cit., p. 73.
35. Así se puso ya de manifiesto en el año 1992 por el TEDH en sentencia de 15 de junio de 1992 (caso Lüdi contra Suiza, TEDH 1992, 51), si bien luego fue matizado por la Sentencia del mismo Tribunal de 9 de junio de 1998 (caso Teixeira de Castro contra Portugal, TEDH 1998, 26).
36. ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R., *El agente encubierto en el ordenamiento español*, Portal Iberoamericano de Ciencias Penales, Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, Universidad de Castilla-La Mancha, 2016 p. 4. Así lo declara

Como toda medida de investigación excepcional la adopción de la misma por parte de las autoridades encargadas de la averiguación y persecución de los delitos se basa en un juicio de proporcionalidad o una ponderación de los intereses en juego.

A ello, debemos añadir que, en su actuación, el agente encubierto puede acabar cometiendo un hecho delictivo, del que no responderá penalmente

expresamente el propio Tribunal Supremo, por ejemplo, en su sentencia de 29 de diciembre de 2011 (RJ 2011, 135): “Con carácter previo debemos recordar que la protección de los derechos fundamentales invocados por los recurrentes no es absoluta y puede ser restringida en función de la necesidad de atender a intereses que, en el caso, sean considerados prevalentes en una sociedad democrática. En la actual situación en la que la delincuencia terrorista se organiza de forma tal que puede dificultar seriamente la acción de la justicia e incluso puede llegar a cuestionar la propia supervivencia del sistema, se impone la búsqueda de equilibrios entre la salvaguardia de esos derechos y la necesidad de obtener estándares aceptables de seguridad, entendida ésta como orientada fundamentalmente a garantizar el ejercicio pacífico y normalizado de los derechos. Por otra parte, es razonable que los poderes públicos cumplan sus finalidades mediante el empleo de los medios de investigación a su alcance, dentro de las posibilidades que les otorga la Ley.

Sin embargo, –como dice en la STS 1313/2009 de 16.12– lo que se consideran niveles deseables de seguridad con la finalidad de defender la estabilidad del sistema y asegurar el pacífico ejercicio de los derechos, en lo que aquí interesa mediante la persecución de conductas delictivas graves, –como son las relacionadas con el terrorismo– no puede obtenerse precisamente a costa de la vigencia de los derechos individuales cuya eficacia real lo caracterizan como sistema de libertades, y cuya integridad, precisamente, se trata de proteger. La calidad del sistema de convivencia en libertad desciende seriamente, hasta correr el riesgo de desaparecer, si la vigencia de los derechos fundamentales se supedita indiscriminadamente a la seguridad. Ello no suprime la posibilidad de restricciones. La naturaleza relativa de algunos derechos supone la posibilidad de que puedan ceder, en todo o en parte, ante otros intereses relevantes en una sociedad democrática. Pero solo en el caso, en la medida y en la forma en que tal interés estrictamente lo requiera, y nunca en tales condiciones que el derecho restringido venga a transformarse de manera general en una mera enunciación teórica.

Por ello, como en supuestos de delincuencia organizada –singularmente terrorismo– la investigación criminal puede encontrarse con serias dificultades pues el avance de la información queda seriamente dificultado por la opacidad de tales asociaciones criminales, se han arbitrado, –junto con las tradicionales fuentes confidenciales de información o datos suministrados por colaboradores o confidentes policiales, cuya legalidad ha sido admitida por la jurisprudencia del TEDH (sentencia Kostovski, de 20 de Noviembre de 1989, Sentencia Windisch, de 27 de Septiembre de 1990) siempre que se utilice como medio de investigación y no tenga acceso al proceso como prueba de cargo no sometida a contradicción de las partes, por cuanto ha de recordarse que la confidencia puede ocultar un ánimo de venganza, autoexculpación, beneficio personal, así como el antiguo brocardo de “quien ocultan rostro para acusar, también es capaz de ocultar la verdad en lo que acusa”–, otras técnicas de investigación nuevas tales como el agente encubierto –introducción de un miembro de la policía en la asociación criminal–, potenciando los arrepentidos, esto es, el desmarque de los miembros facilitando información sensible con la posibilidad de un beneficio penal, vía art. 579 CP, agente provocador o mediante colaboradores particulares, más o menos estables, con las fuerzas de seguridad que realizan labores de infiltración”.

siempre que actúe bajo el paraguas de la autorización de infiltración y respete el principio de proporcionalidad. Si a ello añadimos que en la investigación que lleve a cabo puede verse obligado a afectar otros derechos fundamentales, como la inviolabilidad del domicilio o el secreto de las comunicaciones –siempre previa autorización judicial– el carácter excepcional de dicha medida y el cuidado que debe tenerse en su desarrollo son evidentes.

1.3. Ámbito objetivo

Desde el punto de vista de los delitos que pueden ser objeto de su actuación, debemos referirnos tanto a los establecidos en el apartado 4 del art. 282 bis (es decir, relacionados con la delincuencia organizada), como a los delitos a que se refiere el art. 588 ter, a), regulador de las intervenciones telefónicas³⁷ (que a su vez remite a los a los delitos del art. 579.1 Lecrim). De esta forma, el ámbito de actuación del agente encubierto alcanza también a los delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología o servicio de la información o comunicación, delitos dolosos castigados con penas con límite máximo de al menos 3 años de prisión o delitos cometidos por organizaciones criminales o delitos de terrorismo³⁸.

37. CONDE-PUMPIDO, P., “El agente encubierto en la legislación española”, Ponencias Formación Continua *La prueba obtenida a través de la infiltración y delación. El agente encubierto y el confidente*, 2 de junio de 2016, p. 7; LAFONT NICUESA, L., “El agente encubierto en el proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, *La Ley Digital* núm. 4617/2015, p. 5, quien acertadamente pone de manifiesto que se conjuga dos criterios para habilitar la técnica investigadora del Agente encubierto informático: “Las dificultades de profundizar en la investigación que se entienden inherentes a la presencia de cualquier estructura criminal, simple o compleja, que se encuentre detrás de la comisión del delito; y la gravedad del delito que se vincula a cualquier delito castigado en su límite máximo con al menos tres años y específicamente al delito de terrorismo”; RIZO GÓMEZ, B., “La infiltración policial en internet. A propósito de la regulación del agente encubierto informático en la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica”, en ASCENCIO MELLADO, J. M y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia*, cit., p. 112.

De esta forma, como indica ZARAGOZA TEJADA, J. I., “El agente encubierto “online”. La última frontera de la investigación penal”, en *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 1/2017, (BIB 2017, 10526), pp. 3 y ss., se suple las deficiencias que el propio ámbito de actuación del agente encubierto presencial suponía para la infiltración “virtual”, respecto a ciertas conductas no necesariamente vinculadas a la criminalidad organizada o un grupo criminal. En el mismo sentido, VALIÑO CES, A., “La actuación del agente encubierto en los delitos informáticos tras la Ley Orgánica 13/2015”, en FUENTES SORIANO, O., *El proceso penal. Cuestiones fundamentales*, cit., p. 382.

38. SÁNCHEZ GÓMEZ, R., “El agente encubierto informático”, en *La Ley Penal* núm. 11, enero-febrero 2016, p. 5.

La autorización debe ser, obviamente, motivada. Pese a la parquedad de la norma habilitante y dada la referida trascendencia, consideramos, que dicha autorización debe tener el siguiente contenido mínimo³⁹: 1) Los indicios de que se está cometiendo alguno de los delitos en que dicha medida de investigación está justificada, los delitos concretos que se sospecha están siendo cometidos y que son objeto de investigación, no siendo posible una autorización abierta para cualquier actividad delictiva, es decir, en abstracto o en general para cualquier actividad delictiva que se lleve a cabo por la organización; 2) Cuando sea posible deberá identificarse a las personas pertenecientes a la organización, es decir, los posibles imputados; 3) El plazo de duración de la misma, con los matices indicados seguidamente; 4) Las actividades para las que se autoriza al agente, lo que permite exonerarle de responsabilidad en dichas actuaciones⁴⁰; 5) La verdadera identidad del agente y la supuesta, bajo la que actuará; 6) La forma en que se debe comunicar con la autoridad para facilitarle la información que obtenga. Se trata así de justificar la existencia de indicios racionales de comisión de delitos en forma organizada, poniendo de manifiesto que esta técnica de investigación, pese a los riesgos que pueda comportar, es necesaria e idónea para investigar dichos hechos; en definitiva, que cumple con las exigencias del principio de proporcionalidad. Esta autorización será reservada y se mantendrá fuera de las actuaciones (art. 282 bis, 1 Lecrim)⁴¹.

Dicha autorización es la que legitima la actuación engañosa del agente, así como la actuación concreta que pueda realizar, siempre que se desarrolle dentro de los límites establecidos.

1.4. Desarrollo de la medida

Si bien somos conscientes de la dificultad que supone enumerar qué actuaciones concretas puede llegar a cabo el agente encubierto, consideramos importante hacer una breve mención a la posibilidad, prevista en el apartado 7 del art. 282 bis Lecrim, de autorizar judicialmente al agente encubierto a obtener imágenes y grabar las conversaciones, directas u

39. RIFA SOLER, J. M., "El testigo protegido y el agente encubierto", en ABEL LLUCH, X. y RICHARD GONZALEZ, M., *Estudios sobre la prueba penal, vol. II*, La Ley, Madrid, 2011, p. 349; GASCÓN INCHAUSTI, F., *Infiltración policial y agente encubierto, cit.*, p. 208; ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R., *El policía infiltrado. Los presupuestos jurídicos en el proceso penal español, cit.*, pp. 339 y ss.; EXPÓSITO LÓPEZ, L., "El agente encubierto", *Revista de Derecho UNED*, 2015, núm. 17, pp. 273 y 274.

40. Sobre la trascendencia de la determinación de las tareas, puede consultarse la S TS núm. 277/2016, de 6 de abril (RJ 2016, 1325).

41. S TS núm. 250/2017, de 5 de abril (RJ 2017, 1968).

online, que pueda mantener en los encuentros previstos entre el agente y el investigado, capturas de pantallas, etc.; encuentros que deberán identificarse expresamente en la autorización⁴², no pudiendo entenderse como un cheque en blanco a favor del agente. Igualmente, el agente encubierto informático, con autorización específica para ello, podrá intercambiar o enviar por sí mismo archivos ilícitos por razón de su contenido y analizar los resultados de los algoritmos aplicados para la identificación de dichos archivos ilícitos (piénsese en archivos de contenido pornográfico)⁴³.

Como hemos indicado, si en el desarrollo de sus funciones como “infiltrado” pudiera verse afectado algún derecho fundamental la habilitación general no será suficiente, sino que deberá solicitar al órgano judicial las autorizaciones que al respecto se prevean en la Constitución y en la Ley rituarial o leyes especiales, cumpliendo además en su ejecución concreta con todas las previsiones legales aplicables, so pena de ilicitud (por ejemplo para una intervención telefónica; es decir, la autorización genérica de infiltración no le exime de ello). La ilicitud de lo actuado no dependerá únicamente de la afeción de derechos fundamentales sin la correspondiente autorización, sino también de la posible actuación del agente al margen de la autorización original, del posible incumplimiento de los requisitos legales de los diversos actos de investigación que sí está autorizado a llevar a cabo o de la propia provocación del delito⁴⁴.

Un elemento clave en esta actuación debería ser, por su carácter excepcional, su duración temporal: Las normas que estamos analizando realmente no prevén expresamente el tiempo de duración de la medida, sino el periodo de tiempo para el que se otorga la identidad ficticia. Así, el art. 282 bis Lecrim prevé que la identidad ficticia se otorgará por un plazo de seis meses, prorrogables por periodos de igual duración. Ello nos permite inferir que dicha duración es aplicable a la infiltración⁴⁵. Dada la falta de previsión de un número máximo de prórrogas, la duración de la medida y sus sucesivas prórrogas deberá modularse en atención al principio de proporcionalidad.

42. CONDE-PUMPIDO, P., “El agente encubierto en la legislación española”, Ponencias Formación Continua *La prueba obtenida a través de la infiltración y delación. El agente encubierto y el confidente*, 2 de junio de 2016, p. 18.

43. SÁNCHEZ GÓMEZ, R., “El agente encubierto informático”, *La Ley Penal* núm. 11, enero-febrero 2016, p. 6; ZARAGOZA TEJADA, J. I., “El agente encubierto “online”. La última frontera de la investigación penal”, *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 1/2017, (BIB 2017, 10526), pp. 8 y 9.

44. GASCÓN INCHAUSTI, F., *Infiltración policial y agente encubierto*, cit., pp. 249 y ss. V., también, la S TS de 16 de febrero de 2006 (RJ 2006, 1068).

45. Advierte precisamente GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, “Límites y garantías de la investigación con agentes encubiertos”, *Diario La Ley* núm. 6142 de 7 de diciembre de 2004, p. 8.

Al respecto, es importante matizar que la identidad supuesta puede mantenerse durante la celebración del juicio oral, y, en caso de recurso, hasta que la sentencia adquiriera firmeza. Este mantenimiento se producirá cuando exista un motivo razonable para pensar que la revelación de la identidad una vez concluida la investigación podría poner en peligro la vida, la integridad o la libertad del agente encubierto o por entender que podrá seguir utilizando dicha identidad en otras actuaciones⁴⁶.

El adecuado desarrollo de la medida exige del control de la misma por parte de la autoridad que la autorizó. Este control no sólo debe producirse al inicio de la actividad de infiltración, autorizándola o permitiendo su prórroga, sino que debe extenderse al desarrollo de la medida hasta su conclusión, debiendo el agente informar del curso de su investigación y sus progresos, así como para autorizar actuaciones complementarias que requieran autorización. Dicho control será fundamental para legitimar los hallazgos casuales (art. 579 bis Lecrim) con que se pueda encontrar el agente encubierto, quedando cubierta su actuación siempre que dichos delitos formen parte de los delitos para los que legalmente dicha medida está prevista⁴⁷.

El agente encubierto no responde criminalmente por los hechos delictivos que son consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, pero siempre que no impliquen una provocación al delito, sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación y guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la investigación (art. 282 bis.5 Lecrim)⁴⁸. En este sentido, el límite más importante a la actuación del agente infiltrado es que provoque él mismo la comisión del delito, adaptándose así a la jurisprudencia existente sobre el delito provocado⁴⁹; que no cabe ni en ésta ni en otras formas de investigación.

2. OTROS MEDIOS DE INVESTIGACIÓN: LA ENTREGA VIGILADA

Como es sabido, la reforma operada en la Lecrim por la LO 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para

46. Así, la S TS núm. 671/2018, de 19 de diciembre (RJ 2018, 1325).

47. GASCÓN INCHAUSTI, F., *Infiltración policial y agente encubierto*, cit., p. 221.

48. V., respecto a estas cuestiones, GASCÓN INCHAUSTI, F., *Infiltración policial y agente encubierto*, cit., pp. 276 y ss.; ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R., *El policía infiltrado. Los presupuestos jurídicos en el proceso penal español*, cit., pp. 396 y ss. Sobre los requisitos que dicha exoneración exige, v., LOPEZ BARJA DE QUIROGA, J., "El agente encubierto", *La Ley* 1992-2, pp. 1 y ss.; RIFÁ SOLER, J. M., "Agente encubierto o infiltrado en la nueva regulación de la Lecrim", *Revista del Poder Judicial*, 1999, (55), pp. 166, 171 y ss.

49. V., por ejemplo, las SS TS núm. 104/2019 de 27 febrero (RJ 2019, 1008); núm. 277/2016, de 6 de abril (RJ 2016, 1325); núm. 575/2013 de 28 junio (RJ 2013, 8067).

el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, regula los llamados medios de investigación tecnológicos, estableciendo previamente unas disposiciones, de carácter general, de aplicación común a todos ellos; normas generales que parten de la necesaria afcción de los mismos sobre los derechos fundamentales de la persona investigada. Estas normas generales se refieren a los principios de idoneidad, especialidad, necesidad y proporcionalidad.

Sin perjuicio de la importancia que para la investigación del delito de trata puede presentar la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, el acceso a los datos electrónicos de tráfico, la identificación mediante IP o el registro remoto sobre equipos informáticos, dedicamos unas breves líneas a la entrega vigilada de remesas de dinero virtual, documentos u otros elementos.

Regulada en el artículo 263 bis Lecrim, estamos –junto con la utilización del agente encubierto– en un acto de investigación “especial” muy eficaz si se emplea correctamente para luchar contra ciertas modalidades de criminalidad organizada, por ejemplo, el narcotráfico⁵⁰. Si bien, no hay mención expresa a las remesas de dinero virtual o a los documentos, creemos que –por el contexto delictual en que se producen– sería positivo la posibilidad de acudir a esta especial técnica de investigación para estos objetos.

La finalidad de esta medida es permitir que los documentos o el dinero virtuales, en este caso, circulen “libremente”, sin ser intervenidos, desde el punto de “colecta”, origen o elaboración hasta el punto de destino, de manera que dicho seguimiento permita “desmantelar” la organización y, en su caso, detener a todos los que se integran en la cadena delictiva, desde el miembro más modesto hasta los grandes jefes.

50. V., BELTRÁN MONTOLIU, A., “La autorización judicial de circulación y entrega vigilada de drogas, sustancias, materiales u otros bienes ilícitos como método para luchar contra la criminalidad organizada”, en GÓMEZ COLOMER, J. L., *La instrucción del crimen: algunos problemas procesales*, Sepin, Madrid, 2020, pp. 99 y ss.; ALONSO PÉREZ, F., “Circulación y entrega vigilada de drogas y otras sustancias prohibidas”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, N.º 7, 2000, pp. 2010 y ss.; NÚÑEZ PAZ, M. A., y GUILLÉN LÓPEZ, G., “Entrega vigilada, agente encubierto y agente provocador: análisis de medios de investigación en materia de tráfico de drogas”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 61, Fasc/Mes 1, 2008, pp. 89 y ss.; DELGADO MARTÍN, J., “La entrega vigilada de droga u otro elemento ilícito”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, N.º 5, 2000, pp. 1853 y ss.; MOLINA MANSILLA, M.ª C., “La circulación y entrega vigilada de objetos de delito”, *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, N.º 61, 2009, p. 5; VELASCO NÚÑEZ, E., “Entregas vigiladas, infiltración y agente encubierto en Internet”, *Justicia: revista de derecho procesal*, núm. 1-2, 2010, pp. 251 y ss.

El ámbito objetivo en que puede practicarse, de acuerdo con el art. 263bis. 1 Lecrim, abarca, además del narcotráfico, delitos como la adquisición, conversión o transmisión de bienes de origen delictivo; la falsificación, introducción o expedición de moneda falsa o la alteración, reproducción o falsificación de tarjetas de crédito o cheques de viaje

También esta medida exige resolución fundada en la que se determine explícitamente, en cuanto sea posible, el objeto de autorización o entrega vigilada, así como el tipo objeto de que se trate; jugando un papel fundamental el principio de necesidad y proporcionalidad.