

La investigación encubierta en el proceso penal cubano tras el Decreto-Ley 389/2019*

The Covert Investigation in the Cuban Criminal Procedure after Law-Decree 389/2019

Dr. Dayan Gabriel López Rojas

Profesor Auxiliar

Universidad de Matanzas, Cuba

dglopezrojas@gmail.com



0000-0002-1710-3837

RESUMEN

Este estudio se centra en analizar cuestiones esenciales vinculadas a la introducción de la investigación encubierta como técnica de investigación especial dentro del proceso penal cubano. El objetivo es analizar la adecuación del marco regulatorio a las exigencias que se derivan del principio de proporcionalidad, aunque incidentalmente se sugiere algún criterio interpretativo con el fin de clarificar los límites de la actuación legítima del agente encubierto, puesto que de ello dependerá la validez procesal del material probatorio obtenido mediante el empleo de esta técnica especial de investigación.

Palabras clave: reforma procesal, técnicas especiales de investigación, agente encubierto, principio de proporcionalidad.

ABSTRACT

This study focuses on analyzing essential questions related to the introduction of covert investigation as a special investigation technique within the Cuban criminal procedure. The objective is to analyze the adequacy of the regulatory framework to the requirements derived from the proportionality principle, although incidentally some interpretative criterion is suggested in order to clarify the limits of the legitimate action of the undercover agent.

Keywords: reform of criminal justice, special investigation techniques, undercover agent, proportionality principle.

Introducción

Con la entrada en vigor del Decreto-Ley No. 389/2019, de 8 de octubre de 2019 – Modificativo del Código Penal, de la Ley de Contra Actos de Terrorismo y de la Ley de Procedimiento Penal– (en lo adelante, DL

389/2019),¹ se ofrece cobertura legal a varias técnicas especiales de investigación, a saber: la *investigación encubierta*, el *colaborador eficaz*, la *vigilancia electrónica o de otro tipo* y las *entregas vigiladas*, que se contemplan en el vigente art. 110 de la Ley de Procedimiento

Penal de la República de Cuba (en lo adelante, LPP):

Artículo 110.1. Son técnicas especiales de investigación, a los efectos de esta ley, la investigación encubierta, el colaborador eficaz, el empleo de la vigilancia electrónica o de otro tipo y las entregas vigiladas; se emplean siempre que resulten idóneas o necesarias para la investigación de hechos delictivos que por su gravedad, connotación u organización lo requieran, incluyendo operaciones cuyo origen o destino sea el exterior del país.

2. El instructor penal es el encargado de solicitar al fiscal la aprobación para el empleo de dichas técnicas, mediante escrito en el que debe fundamentar la necesidad y el alcance de su aplicación a partir de las particularidades del hecho investigado, los participantes y peligrosidad, así como las razones que justifican su utilización.

3. Corresponde al Fiscal General de la República autorizar la aplicación de dichas técnicas, cuando es el fiscal quien realiza la investigación o la instrucción del expediente de fase preparatoria, o cuando estas se utilicen para investigar hechos cuyo origen o destino sea el exterior.

4. Excepcionalmente, cuando por las circunstancias del caso no resulte posible obtener la autorización del fiscal con anterioridad a la aplicación de la técnica, el instructor penal, en el plazo de veinticuatro

horas, contadas a partir del momento de su aplicación, solicitará autorización para continuar, mediante escrito en el que fundamentará la pertinencia, el alcance y las razones que imposibilitaron su autorización previa.

5. La aprobación a que se refiere el apartado anterior puede tener una vigencia de hasta seis meses, prorrogables por el Fiscal General de la República, según el caso y las complejidades investigativas, pero nunca superior al plazo de la fase investigativa del proceso penal en que se disponga.

6. La solicitud de aplicación de las técnicas especiales, así como la aprobación del fiscal forman parte del expediente investigativo, pero si se ha iniciado expediente de fase preparatoria, la autoridad actuante los incorpora una vez que se obtengan los elementos probatorios acerca de la existencia del hecho o de la participación del o los investigados, de lo que informará al imputado o su defensor mediante auto, el que podrá alegar lo que a su derecho convenga y proponer prueba en contrario.

7. Se entiende como investigación encubierta la realización de operaciones mediante el empleo de agentes encubiertos, entrenados por los órganos especializados del Ministerio del Interior para penetrar y mantenerse informados a fin de ejercer el control de las actividades delictivas de que se trate, con la utilización o no de otros recursos técnicos. Nadie puede ser obligado

a actuar como agente encubierto y su negativa no implica la exigencia de responsabilidad alguna.

8. La dirección de las acciones a ejecutar y las medidas de protección de los agentes encubiertos durante el desarrollo de la investigación; así como su verdadera identidad y la supuesta, serán responsabilidad de los órganos especializados del Ministerio del Interior.

9. El agente encubierto está exento de responsabilidad penal, siempre que no instigue a la comisión del delito ni en el curso de la investigación realice actos distintos a los específicamente encomendados con exceso o desproporcionalidad, con relación a las necesidades o finalidades de la misma.

El empleo de estos medios extraordinarios de investigación responde a dos argumentos básicos: en primer lugar, porque se conciben para hacer frente a manifestaciones más graves de un sector de la delincuencia que se caracterizan por su lesividad ampliada, su alto nivel de especialización y clandestinidad, su proyección transnacional y por la complejidad para obtener pruebas que, conforme a los parámetros del proceso penal tradicional, permitan su esclarecimiento y juzgamiento; y, en segundo lugar, porque comportan restricciones a derechos fundamentales, que se autorizan y toleran con apoyo en el interés general en prevenir y controlar esos delitos de especial gravedad.

Las razones materiales que condujeron a esta reforma procesal en el ámbito nacional, más que a necesidades vinculadas con el grado de complejidad y gravedad de las manifestaciones delincuenciales en el contexto patrio, parecen pivotar en torno a «presiones» derivadas de compromisos asumidos a nivel internacional. Ciertamente el Estado cubano ha firmado y ratificado los principales instrumentos gestados a nivel global para hacer frente a las más graves y peligrosas manifestaciones de la delincuencia contemporánea (Convención de Viena de 1988, Convención de Palermo del 2000 y Convención de Mérida de 2003); y, pese a ello, aún no se habían adoptado medidas legislativas encaminadas a armonizar el ordenamiento procesal a los estándares exigidos en dichos instrumentos².

En cualquier caso, no hay que perder de vista que la «gran delincuencia» tiende a aprovechar los déficits de regulación que puedan existir en ciertos espacios de la «aldea global» para desplazar allí sus operaciones, aprovechar las fisuras legales que les ofrecen esos «paraísos penales (y procesales)» y granjearse la impunidad a costa de burlar los esfuerzos investigativos que puedan estar realizando varios Estados. Para evitarlo, se precisa de la cooperación internacional, tanto en el ámbito policial como judicial –que es una pieza clave en el enfrentamiento a estas manifestaciones delincuenciales de proyección transnacional–, y ello requiere que los distintos ordenamientos jurídicos nacionales contemplen este tipo de medidas de investigación, pues su falta de

previsión impedirá (o cuando menos dificultará bastante) el empleo de estas técnicas y el aprovechamiento procesal válido de las informaciones que se recaben a través de su aplicación. Desde esta perspectiva, por tanto, se debe poner en valor el hecho de que el proceso penal cubano se acompañe a las exigencias de la criminalidad del siglo XXI, sustancialmente diferentes a las de aquella que sirvió de paradigma al esquema de enjuiciamiento decimonónico, al que responde en términos generales la vigente Ley de Procedimiento Penal.

La idea básica que no deben desatender los legisladores al momento de diseñar este tipo de medidas, ni los operadores del sistema penal encargados de su aplicación, es que se trata de actuaciones excepcionales; de modo que, en esa línea de modernización o perfeccionamiento de los medios de investigación, se debe procurar un equilibrio, siempre difícil, entre las aspiraciones de eficacia y el respeto a los derechos fundamentales en juego, cuyas limitaciones deben estar muy bien justificadas y ser las estrictamente necesarias. Esta exigencia tiende a garantizar los estándares básicos del debido proceso, que no se pueden «saltar» ni siquiera para reaccionar contra las formas delincuenciales más peligrosas, pues si lo que se pretende es tutelar el Estado de Derecho frente a los ataques más intolerables, no es de recibo que para ello se utilicen métodos contrarios al Estado de Derecho.

En esta breve reflexión no se abordarán todas las técnicas de investigación incorporadas al ordenamiento procesal cubano *ex DL 389/2019*, sino que estará centrada exclusivamente en la «investigación encubierta», también denominada «infiltración policial» o «agente encubierto»³. Respecto a esta figura tampoco se pretende realizar un estudio detallado, el objetivo es analizar la adecuación del marco regulatorio a las exigencias que se derivan del principio de proporcionalidad, aunque incidentalmente se sugiere algún criterio interpretativo con el fin de clarificar los límites de la actuación legítima del agente encubierto, puesto que de ello dependerá la validez procesal del material probatorio obtenido mediante el empleo de esta técnica especial de investigación.

Notas definitorias de la «investigación encubierta»

Los convenios internacionales suscritos por Cuba no conceptualizan esta técnica de investigación. Las líneas básicas que delimitan esta figura se han ido construyendo al hilo de pronunciamientos jurisprudenciales, de las aportaciones de la doctrina y de las distintas disposiciones que han ido adoptando los legisladores nacionales; de ahí que no exista un concepto unitario de agente infiltrado (Carrizo, 2017).

No obstante, en términos generales, y al margen de especificidades propias en la regulación de esta figura en los distintos ordenamientos procesales, la *investigación*

encubierta o *infiltración policial* puede ser concebida como aquella técnica de investigación que se desarrolla a partir de la ocultación de la verdadera identidad de un agente que, previo entrenamiento, adopta una ficticia con el fin de establecer una relación de confianza e intimidad con los presuntos delincuentes para acceder e involucrarse en el entramado delictivo en aras de recabar elementos probatorios que permitan esclarecer los hechos y enjuiciar a sus responsables Gascón, 2001; Montoya, 2001; Cafferata, 2003; Carrizo, 2017).

El legislador cubano, sin embargo, sí se aventura a conceptualizar este instituto y en el apartado 7 del recién modificado art. 110 de la LPP se define la investigación encubierta como

la realización de operaciones mediante el empleo de agentes encubiertos, entrenados por los órganos especializados del Ministerio del Interior para penetrar y mantenerse informados a fin de ejercer el control de las actividades delictivas de que se trate, con la utilización o no de otros recursos técnicos.

Este concepto legal, como puede verse, muestra puntos de contacto con su entendimiento doctrinal, y también alguna divergencia.

Queda claro que el núcleo esencial de la técnica consiste en acceder al ambiente delictivo a través del engaño, haciéndose pasar el agente encubierto por un delincuente más. Asimismo, con buen criterio, se establece que

la infiltración debe llevarse a cabo por quien haya sido entrenado por los órganos especializados del Ministerio del Interior, de cuanto queda claro que únicamente pueden actuar como infiltrados aquellos agentes de dicho ministerio que posean una formación específica, y en ningún caso un particular (ni siquiera cuando estuviere actuando de forma concertada con la policía). La legitimación del sujeto activo de la infiltración es de suma importancia: el hecho de exigir determinado nivel de cualificación ofrece mayores garantías, en primer lugar respecto a la seguridad y protección del agente que se adentra en un escenario que ofrece peligros ciertos para su integridad física y su propia vida en caso de que su identidad real sea descubierta;⁴ y, por otro lado, en orden a los límites de proporcionalidad que deben ser observados por el infiltrado de cara a provocar la mínima afectación a los derechos fundamentales de los investigados, que difícilmente podrían ser tenidos en cuenta por un simple particular carente de la necesaria formación en este ámbito y que, por ello, podría comprometer la validez probatoria de los elementos recabados⁵.

Sin embargo, en el plano técnico resulta criticable que se atribuya a la infiltración la finalidad de «ejercer el control de las actividades delictivas». Es cierto que la presencia de un agente encubierto dentro del escenario criminal permite «controlar la actividad delictiva», que en ocasiones habrá que frustrar e impedir debido a las consecuencias irreversibles que puede provocar

–piénsese un asesinato, por ejemplo–; pero conviene tener presente que en la generalidad de los casos no es ese el fin esencial de esta técnica, con cuyo empleo se persigue obtener la mayor información posible sobre las actuaciones delictivas desarrolladas en el marco de la trama en la que el agente se infiltra (*modus operandi*, identidad de los partícipes, localización de las ganancias del criminales, etc.), y el material probatorio necesario que lo justifique, con el objetivo de ser empleado en la fase de juicio. De hecho, lo habitual es que el infiltrado tome parte en la ejecución de comportamientos delictivos en tanto que suele ser esa la vía para ganarse la confianza de los investigados y poder llevar a cabo su labor, razón por la que se contempla en su favor una causa de justificación⁶.

Los derechos fundamentales en juego: intimidad y defensa

Como señala Gascón Inchausti (2001) el rasgo fundamental de toda infiltración es la *ocultación de la identidad* y de los *propósitos del infiltrado*, gracias a lo cual este va forjando una relación de confianza con los investigados que le permite obtener información relevante; y aunque ello se permite en función del interés general de enfrentar eficazmente la delincuencia compleja de nuestros días y garantizar la paz social, hay que tener presente que este modo de investigar tensiona con derechos fundamentales reconocidos a los ciudadanos, a todos los ciudadanos, incluidos los que delinquen. En esa línea, la doctrina

coincide en reconocer que mediante el engaño y el abuso de confianza característicos de esta técnica especial de investigación se afectan, señaladamente, el derecho a la intimidad y el derecho de defensa⁷.

La afectación legítima que se ocasiona al derecho a la intimidad viene dada por el hecho de que el agente encubierto, cual «mentira viviente», percibe coincidencias y presencia escenas que se inscriben dentro de la esfera íntima de los investigados (relaciones afectivas, sexualidad, etc.) –independientemente de que ello reporte algún dato útil para la investigación–, cuyo acceso le estaría vedado si estos conocieran su identidad y propósitos verdaderos⁸. Por ello debe distinguirse aquellas limitaciones inherentes a la ejecución de esta técnica, que por ello resultan legítimas, de aquellas otras que comportan un exceso en la actuación del infiltrado, que han de estimarse ilícitas y que, por tanto, inutilizan los medios de prueba que puedan haberse obtenido por esa vía.

En esta línea se entiende legítimo, por ejemplo, que el agente encubierto grabe una conversación propia sostenida con un investigado, o tome fotos de aquello que ve en el sitio al que se le ha permitido acceder, puesto que ello permitirá corroborar su testimonio sobre lo descubierto durante la infiltración; pero lo que no sería admisible, como remarca Del Pozo Pérez, es una actuación que «exceda el mero oír y observar lo que ocurre en presencia del agente encubierto» (2006, p. 306) debido a

los riesgos que ello comporta para la vida privada de los investigados, salvo que se hubieran autorizado conjuntamente otras técnicas de investigación, como la videovigilancia o la intervención de las comunicaciones, pues la excepcionalidad de esta medida investigativa y su trascendencia obliga a asumir, como presupuesto, que cualquier limitación de derechos fundamentales adicional a la actuación ordinaria del agente encubierto –amparada por la autorización originaria de la infiltración– precisa necesariamente de una nueva autorización (Gascón, 2001).

La obtención de imágenes y grabación de conversaciones en las que participa el infiltrado son actos abarcados por la propia autorización de esta técnica de investigación, y así cabe deducirlo de la acotación «con la utilización o no de otros recursos técnicos» contenida en el art. 110.6 de la LPP. Fuera de esos casos, la actuación del agente discurre al filo de la navaja y es muy probable que pueda ser calificada de excesiva por comprometer derechos fundamentales más allá de lo autorizado, y que la información recabada de tal modo carece de eficacia probatoria; todo ello sin perjuicio de la responsabilidad (civil o incluso penal) en la que pudiera incurrir el infiltrado, pues está claro que al desbordar los límites de la autorización ya no queda protegido por la cláusula de exención recogida en el apartado 9 del art. 110 de la LPP.

En lo que respecta al derecho de defensa, las limitaciones se centran particularmente en la

órbita de los derechos que operan como garantías instrumentales de aquel, estos son, los derechos a ser informado de la acusación, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable⁹.

El problema viene dado por el hecho de que las conversaciones sostenidas entre el agente encubierto y los investigados es, desde la perspectiva de su utilidad, bastante similar a un interrogatorio –de hecho, doctrinalmente se les califica como «diálogos similares a interrogatorios» (Zafra, 2010, p. 209), en tanto que de ellas pueden aflorar informaciones incriminatorias respecto a delitos pasados, presentes o incluso de planes delictivos futuros, o a la localización de objetos que pueden servir como fuentes o medios de prueba para desvirtuar la presunción de inocencia;¹⁰ y hay que tener en cuenta que, lógicamente, el infiltrado no comunica al investigado los hechos sospechosos que han determinado la investigación, ni le advierte sobre los derechos que le asisten a guardar silencio, a no declarar contra sí mismo y a no confesar su culpabilidad.

La utilidad y eficacia procesal de la información que se obtiene del propio investigado como fuente de prueba es quizás el punto más álgido en el debate sobre el alcance legítimo de esta técnica de investigación, pues si se permitiera que el contenido de las declaraciones autoinculpatorias obtenidas en estas circunstancias accediera al proceso penal, y que la declaración de culpabilidad del investigado que la prestó pudiera

fundamentarse exclusivamente en ello, el contenido esencial del derecho fundamental a la defensa quedaría absolutamente anulado. De ahí que, en contra de lo que defiende un sector de la doctrina,¹¹ parece más razonable entender que la utilidad de la información de signo incriminatorio recabada a través de engaño quede limitada al ámbito investigativo, es decir, podría ser empleada como una vía para obtener otros medios de prueba, pero los soportes que la contengan (grabaciones, por ejemplo) no deberían ser aportados directamente al juicio (López-Fragoso, 1991; Alonso, 2003).

El principio de proporcionalidad como garantía de racionalidad en la regulación y aplicación de la medida. La regulación cubana a examen

La tensión que se ocasiona a los citados derechos fundamentales obliga a los poderes públicos a esforzarse por alcanzar ese delicado equilibrio entre dos intereses igualmente relevantes: la reacción estatal eficaz frente a una fenomenología criminal cada vez más peligrosa y compleja, y la prohibición de lograr tal finalidad a través de actuaciones arbitrarias y lesivas para aquellos derechos subjetivos constitucionalmente reconocidos a todos los seres humanos. Y la doctrina coincide en que el instrumento idóneo para conseguir (o acercarse bastante a) ese equilibrio es el principio de proporcionalidad, en tanto mecanismo con cierta capacidad para garantizar un control que prevenga arbitrariedades y fije los límites de la intervención estatal frente al contenido esencial de los derechos fundamentales de los

ciudadanos investigados en un proceso penal; de ahí que, en caso de dudas sobre la proporcionalidad de una actuación restrictiva de aquellos, esta debe descartarse y privilegiar los derechos fundamentales en juego en aras de garantizar de modo preferente el valor superior de la libertad (González-Cuellar, 1990).

Conforme a la opinión de un relevante sector de la doctrina, el principio de proporcionalidad se asienta sobre dos presupuestos: el principio de legalidad (presupuesto formal) y el principio de justificación teleológica (presupuesto material); y las exigencias que componen su contenido se distinguen, según su naturaleza, en intrínsecas (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto) y extrínsecas (judicialidad y motivación)¹². No es este el lugar para entrar a analizar en profundidad el contenido de cada una de estas exigencias, respecto a las que existe un volumen doctrinal amplio; más útil resulta explicar su incidencia de cara a la regulación relativa a los presupuestos de la autorización y ejecución de esta técnica investigativa al hilo del art. 110 de la LPP.

A) Presupuesto del juicio de proporcionalidad: legalidad y justificación teleológica

En términos generales puede decirse que la regulación de la técnica de investigación comentada en el ordenamiento procesal penal cubano satisface los presupuestos del principio de proporcionalidad: con su regulación legal se cumple ya el requisito formal de *legalidad*; y su

justificación teleológica parte del entendimiento –deducible de su naturaleza de «técnica especial de investigación»– de que su ámbito aplicativo se limita a aquellas manifestaciones delincuenciales especialmente graves y complejas, frente a las que se muestran ineficaces los medios tradicionales de investigación, cuya prevención y enfrentamiento eficaz es un fin legítimo en la medida en que garantiza la paz social y la integridad de los ciudadanos, de modo que las investigaciones encubiertas también se ajustan al presupuesto material exigible para la legítima restricción de derechos fundamentales.

B) Exigencias de proporcionalidad intrínsecas

En cuanto a sus requisitos o exigencias intrínsecas, la *idoneidad* de la investigación encubierta supone que, atendidas las particularidades del hecho (gravedad y prueba difícil) esta técnica investigativa se revele como el medio más adecuado, del que cabe esperar mayor eficacia, para esclarecer el hecho investigado y obtener pruebas que permitan enjuiciar a los partícipes (Gascón, 2001; Zafra, 2010). El requisito de *necesidad* o *subsidiariedad* –orientado a optimizar la eficacia de los derechos fundamentales– exige valorar que, dentro de todas las alternativas de investigación idóneas para alcanzar el fin que se persigue, es la infiltración policial la menos gravosa para los derechos fundamentales de los investigados¹³. Por último, la *proporcionalidad en sentido estricto* viene a ser el punto de cierre

dentro del conjunto de criterios intrínsecos que procuran prevenir arbitrariedades; de modo que, constatada la idoneidad y necesidad del empleo del agente encubierto en el caso concreto, todavía habrá que ponderar los intereses en juego con el propósito de evitar que la aplicación de esta técnica de investigación resulte excesiva y, por tanto, ilegítima. Como elementos a valorar en este nivel de análisis se señalan: la existencia de *indicios de criminalidad suficientes* (esta técnica no puede aplicarse con un carácter prospectivo general), la *gravedad del hecho* (que no debe ser evaluada únicamente en términos de pena numérica abstracta, sino también el peligro de reiteración, la alarma social o el interés público en el éxito del proceso), *duración de la infiltración* (ha de ser el lapso estrictamente necesario), las *prerrogativas concedidas al agente* y el *destino de la información obtenida*.

En sede de investigación encubierta deviene especialmente importante que estas exigencias sean evaluadas no sólo al momento de adoptar esta medida, sino también durante toda la actuación del agente encubierto (Zafra, 2010); y en este punto hay que reconocer que es muy positiva la proyección que asumió el legislador de 2019 al sujetar la autorización de esta técnica a los requisitos de *idoneidad* y *necesidad*, y al exigir que se mantengan esa obligada dosis de proporcionalidad en la actuación del agente durante todo el tiempo que dure la infiltración (*cfr.* apartados 1 y 9 del art. 110 de la LPP).

Por otro lado, en la regulación de esta medida también se contemplan aspectos que dan pistas sobre la necesidad de observar la exigencia de *proporcionalidad en sentido estricto*. Respecto a los *indicios suficientes de criminalidad*, está claro que estos deben aparecer explicitados tanto en la solicitud que formula el instructor al fiscal, como en el auto que este dicta autorizando su empleo, cuya motivación abarca, entre otros aspectos, lo relacionado con «las particularidades del hecho investigado, sus participantes y su peligrosidad» (Art. 110.2 de la LPP); y también se regula en términos aceptables el plazo de ejecución de esta técnica y su control, que en principio no puede exceder de seis meses, salvo prórroga excepcional autorizada por el Fiscal General de la República, y sin que en ningún caso pueda exceder lógicamente del plazo de duración de la fase investigativa del proceso penal (Art. 110.5 de la LPP).

El legislador, con buen criterio, hace referencia a la *gravedad, connotación u organización* de la actividad delictiva investigada como elementos legitimadores de la aplicación de esta técnica; lo cual se relaciona, también, con las ya comentadas exigencias de idoneidad y necesidad. La conclusión que cabe extraer de esto es que el empleo de agentes encubiertos no puede «normalizarse» frente a cualquier delito, es decir, no puede convertirse en un medio de investigación generalizado para asegurar la eficacia del proceso penal frente a cualquier manifestación de la delincuencia tradicional. Debe quedar muy claro, desde el

inicio, que el hecho objeto de investigación es extraordinario (justamente por su *gravedad, connotación u organización*), y que extraordinaria ha de ser la técnica de investigación que se utilice para esclarecerlo y probarlo de modo eficaz.

Para despejar este «riesgo de normalización», quizás habría sido conveniente que se hubiera introducido una referencia legislativa adicional, que aludiera a la dificultad probatoria de los hechos a cuya investigación se aplica la técnica, frente a los que otros métodos tradicionales de investigación resultarían ineficaces; y, asimismo, la inclusión de un umbral punitivo como punto de referencia para «objetivar» la gravedad de los hechos. Conforme a las previsiones del CP cubano, las penas de hasta 5 años de privación de libertad pueden ser subsidiadas por variantes que no conllevan al encierro permanente, por lo que quizás habría sido razonable restringir la aplicabilidad de estas técnicas de investigación excepcionales a la investigación de delitos cuyo límite de pena máximo excediera los 5 años de prisión.

En cuanto a las *prerrogativas atribuidas al infiltrado* no se ofrecen muchas luces, y ello posiblemente se deba a que este es un aspecto dinámico, evaluable conforme a las necesidades investigativas que se presenten en el caso concreto; no obstante, habría sido conveniente que se mencionaran, a modo orientativo, cuáles son las acciones que habitualmente se autorizan al agente, pues ello

habría revestido a esta figura de mayores dosis de la seguridad jurídica (imprescindible cuando están en juego derechos fundamentales) en la medida en que permitiría deslindar aquellas actuaciones que se entienden abarcadas por la autorización de esta técnica de aquellas otras que comportan un exceso y que, para que resulten válidas, precisan de una autorización adicional (una intervención telefónica, por ejemplo).

No obstante, lo que sí no debe ofrecer dudas es que el ámbito de actuación del infiltrado, conforme a un plan previamente diseñado, debe quedar reflejado tanto en la solicitud como en la resolución autorizante de la medida: al «alcance de su aplicación» hace referencia expresa el art. 110.2 de la LPP, lo que redundará en garantía tanto para el imputado como para el agente. Desde la perspectiva del imputado, esta exigencia se erige en presupuesto para controlar la legitimidad de la actuación del agente y, en su caso, para impugnar la prueba obtenida en situaciones de exceso, conforme lo permite el apartado 6 del art. 110 de la LPP en relación con el art. 94-c de la Constitución de la República. Y el agente también se ve protegido si su actuación queda bien delimitada, pues no hay que olvidar que este opera sobre «arenas movedizas» y que su responsabilidad por las eventuales afectaciones que pueda ocasionar a bienes jurídicos únicamente quedará excluida si, y solo si, no se excede de lo autorizado.

Por último, parece bastante claro que el destino de la información obtenida no es otro

que el expediente de fase preparatoria (Art. 110.6 de la LPP), por lo que conviene remarcar la necesidad de incorporar al protocolo de diligencias de investigación absolutamente toda la información recabada que pueda resultar útil para establecer el real alcance del hecho y de la posible responsabilidad de los investigados, tanto lo que perjudica como lo que beneficia – en respeto al principio de objetividad que rige la actuación del fiscal y de los órganos encargados de investigar los delitos (Art. 1 de la LPP) para que el juez pueda apreciar el material probatorio con absoluta libertad y sin sesgos cognitivos que comprometan la presunción de inocencia.

C) Exigencias de proporcionalidad extrínsecas

La exigencia de fundamentación respecto a la solicitud de autorización de una investigación encubierta –que también alcanza, como es lógico, a la resolución que acuerde su puesta en marcha–, es otro de los aspectos positivos de la regulación de esta técnica especial (110.2 de la LPP). El legislador cubano cumple así con uno de los requisitos extrínsecos de proporcionalidad: la *motivación*, elemento indispensable en la adopción de medidas restrictivas de derechos fundamentales en tanto garantiza la plasmación (y, por lo tanto, el control) de las exigencias de idoneidad, proporcionalidad y proporcionalidad en sentido

estricto que forman parte del contenido intrínseco del juicio de proporcionalidad.

No puede decirse lo mismo, sin embargo, de la segunda de las exigencias extrínsecas, relacionada con el sujeto procesal habilitado para autorizar la investigación encubierta. Y es que, pese a las limitaciones que esta medida ocasiona a los derechos fundamentales de los investigados, la *jurisdiccionalidad* no ha sido concebida como un presupuesto de legitimidad de investigación encubierta.

Esta opción legislativa guarda coherencia con la línea general seguida en el modelo procesal penal cubano, en el que la Fiscalía – que ostenta la doble función de ejercitar la acción penal pública y velar por el respeto a los derechos fundamentales de los ciudadanos– es el órgano encargado de autorizar aquellos actos de coerción procesal restrictivos de tales derechos (así, por ejemplo, autoriza el registro domiciliario, y, peor aún, la medida cautelar de prisión provisional). La crítica que sigue es, por tanto, común a este aspecto del modelo procesal penal, que ojalá sea definitivamente resuelto en la reforma que ahora está en marcha.

El hecho de que la autorización de la investigación encubierta quede excluida de todo control judicial viene a ser el «punto flaco» de un esquema regulatorio que, por lo demás, parecía superar el *test* de proporcionalidad. Que sean los propios sujetos responsabilizados con la ejecución y control de la investigación penal preparatoria del juicio oral quienes decidan sobre la procedencia de un acto de

investigación que invade frontalmente derechos fundamentales es, según entiendo, de difícil compatibilización con el ideal del debido proceso expresamente reconocido en los arts. 94 y 95 de la Constitución de la República de Cuba.

Y es que, al margen del modelo procesal adoptado, no se debe pasar por alto que la tutela de los derechos fundamentales ha de quedar reservada a la jurisdicción, de modo que la autorización de diligencias investigativas que impliquen la restricción de aquellos ha de corresponder a los jueces. El argumento que subyace a esta posición es, que dentro del esquema procesal, son los órganos judiciales los únicos que gozan de imparcialidad, de ahí que se critiquen con fuerza aquellos ordenamientos procesales en los que se deja en manos del Ministerio Público las facultades de autorizar actos que puedan comprometer derechos fundamentales, pues si bien es cierto que la Fiscalía es una parte pública, es parte al fin y ello le quita por propia definición el carácter objetivo y desprejuiciado que caracteriza la actuación de los tribunales¹⁴.

La quiebra del monopolio judicial sobre la autorización de este tipo de medidas de investigación puede conducir a que el *test* de proporcionalidad que debe ser superado para acordar su empleo pueda relegarse para dar preponderancia a los intereses operativos y las urgentes necesidades de esclarecimiento que, con mayor o menor medida, están presentes en todos los casos. La experiencia pone de

manifiesto que la Fiscalía no siempre evalúa con la profundidad y meditación requeridas los presupuestos que habilitan la imposición y el sostenimiento de la cautela de prisión provisional (pese a que se trata de una decisión que implica una restricción material del bien jurídico más importante después de la vida), y ante la solicitud de modificación por parte de la defensa, en ocasiones se resuelve «en bloque» y sin mayor esfuerzo argumental con frases apodícticas, como la muy conocida: «no han cambiado los motivos que originaron su imposición», sin que esos motivos conecten con el más mínimo razonamiento sobre la concurrencia en el caso del *fumus comissi delicti* y el *periculum libertatis*; así que no hay razones para pensar que las valoraciones van a ser más profundas de cara a la aplicación de esta técnica de investigación especial, en la que los derechos fundamentales en juego son de menor relevancia que el derecho a la libertad ambulatoria. Pero aún es pronto para extraer conclusiones en este sentido. El tiempo dirá.

Notas:

* El presente trabajo se inscribe dentro del Grupo de Investigación “El Derecho frente a los nuevos cambios sociales”, del Departamento de Derecho de la Universidad de Matanzas, Cuba; y es resultado de las acciones desarrolladas en el marco del del Proyecto de Investigación I+D+i “Corrupción y delincuencia económica. Estrategias preventivas y reactivas en el contexto de actualización del modelo socioeconómico cubano” (Ref. P7751MT001-001).

¹ Vid. *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Extraordinaria, No. 27, de 18 de noviembre de 2019.

² En el único Por Cuanto del DL 389/2019 se alude a la necesidad de “reforzar el ordenamiento penal interno, en lo pertinente a lo prescrito en los tratados internacionales en vigor para el país”; y el Estado cubano ha firmado y ratificado las principales iniciativas internacionales de alcance global que trazan las pautas para prevenir y enfrentar las manifestaciones delincuenciales más peligrosas y preocupantes de nuestros días. Así, la *Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas* (Convención de Viena, 1988) se firmó el 7 de abril de 1989, y fue ratificada el 12 de junio de 1996; la *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia organizada Transnacional* (Convención de Palermo, 2000) se firmó el 13 de diciembre del año 2000, y se ratificó el 7 de febrero de 2007; y la *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción* (Convención de Mérida, 2003) se firmó el 9 de diciembre de 2005 y fue ratificada el 9 de febrero de 2007.

³ La terminología empleada por el legislador cubano guarda coherencia con el objeto de regulación, que es la técnica de regulación en sí; pues como bien acota Expósito López, “el agente encubierto es un «instrumento al servicio de una técnica de investigación propia de la fase de instrucción del proceso penal: la infiltración policial»”. Vid. Expósito López, Lourdes, “El agente encubierto”, en *Revista de Derecho UNED*, No. 17, 2015, p. 257.

⁴ Esos peligros son los que justifican que la participación como agente en una investigación encubierta sea absolutamente voluntaria, tal y

como se aclara en el art. 110.7 *in fine* de la LPP. *Vid.*, al respecto,

⁵ Respecto a los argumentos que se emplean para negar legitimación a los simples particulares para actuar como agentes encubiertos, *vid.* Zafra Espinosa de los Monteros, Rocío, *El policía infiltrado. Los presupuestos jurídicos en el proceso penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 233-234; Expósito López, Lourdes, *El agente...cit.*, p. 61; Carrizo González-Castell, Adán, *La infiltración...cit.*, pp. 518-519.

⁶ La habilitación legal de esta técnica de investigación y la autorización para ser aplicada en el caso concreto provocan que los actos formalmente constitutivos de delito que ejecute el agente encubierto, siempre que no se exceda, quedan cubiertos por la causa de justificación específica que se contemplada en el art. 110.9 de la LPP.

⁷ Pueden verse afectados otros derechos fundamentales, especialmente vinculados al derecho a la intimidad, es el caso de la inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones.

⁸ En esta línea, González-Castell, Adán, *La infiltración...cit.*, p. 522, afirma que “la ocultación de la condición del agente determina por sí sola una restricción del derecho a la intimidad de los miembros de la organización investigada ya que, de otra manera el agente no habría tenido acceso a datos, situaciones y confidencias que desde nuestro punto de vista forman parte del derecho a la intimidad de las personas, entendido en un sentido amplio como el poder de control sobre las informaciones que son relevantes para cada sujeto”. Un análisis detallado de las restricciones legítimas que sufre el derecho a la intimidad con motivo de la aplicación de la técnica investigativa del agente encubierto puede verse en Zafra

Espinosa de los Monteros, Rocío, *El policía...cit.*, pp. 178-185.

⁹ Sobre la instrumentalidad de estos derechos respecto al más general de defensa, *vid.* Gimeno Sendra, José V., “El derecho de defensa”, en Gimeno Sendra, José V., *Constitución y proceso*, Tecnos, Madrid, 1988, pp. 100 y ss.; Asencio Mellado, José M., *Prueba prohibida y prueba preconstituída*, Trivium, Madrid, 1999, pp. 122 y ss.; Planchadell Gargallo, Andrea, *El derecho fundamental a ser informado de la acusación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 80 y ss. De otra opinión, defendiendo la autonomía del derecho a la no autoincriminación, Ormazabal Sánchez, Guillermo, *El derecho a no incriminarse*, Civitas, Madrid, 2015, pp. 222 y 223.

¹⁰ También pueden obtenerse otras informaciones útiles para la investigación, como datos que permitan determinar la identidad de nuevos sospechosos o la ubicación de ganancias delictivas decomisables; pero estas parecen estar más alejadas de la órbita de protección del derecho a no incriminarse en la medida en que por sí mismas no poseen contenido inculpatario.

¹¹ Este sector de opinión, que parte de admitir ciertas limitaciones al derecho de defensa, entiende que la autorización de esta técnica de investigación posee la suficiencia necesaria para conceder validez probatoria a las declaraciones de signo inculpatario obtenidas a través de ella; y argumenta que el engaño inherente a la infiltración no excluye la libertad ni la espontaneidad de la declaración. En esta línea, *cfr.* Gascón Inchausti, Fernando, *Infiltración policial...cit.*, pp. 108-109 y 242-243; Gómez de Liaño Fonseca-Herrero, Marta, *Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación*, Colex, Madrid, 2004, pp. 220-221; Zafra Espinosa de los

Monteros, Rocío, *El policía...cit.*, pp. 215 y 216. Esta última autora, en aras de establecer algún límite, defiende que la validez procesal de estos “diálogos” queda sujeta a que “el infiltrado no conduzca la conversación hacia determinados puntos que determinen así una confesión” (p. 216).

¹² La explicación teórica sobre los presupuestos y requisitos (o exigencias) vinculados al principio de proporcionalidad presenta determinados matices, en correspondencia con la postura asumida por los diferentes autores. En este trabajo se sigue, por su claridad metodológica, la línea explicativa adoptada por González-Cuéllar Serrano, Nicolás, *Proporcionalidad...cit.*, pp. 69 y ss.

¹³ Hay que tener en cuenta que otros medios de investigación restrictivos de derechos fundamentales (como el registro domiciliario, por ejemplo) resultan ser menos intensos y, de acuerdo a la comentada exigencia de proporcionalidad, pueden merecer una aplicación prioritaria de cara a las características propias del hecho objeto de investigación. En este sentido la doctrina destaca que la utilización del agente encubierto normalmente se justifica en aquellos supuestos en los que la mecánica delictiva se caracteriza por el hermetismo, la existencia de códigos de silencio entre sus miembros, la deslocalización del escenario delictivo, etc.; frente a lo cual devienen inidóneas (por ineficaces) otras diligencias investigativas. Cfr. Gascón Inchausti, Fernando, *Infiltración policial...cit.*, pp. 129-131; Gómez de Liaño Fonseca-Herrero, Marta, *Criminalidad organizada...cit.*, pp. 209-210; Zafra Espinosa de los Monteros, Rocío, *El policía...cit.*, p. 383.

¹⁴ La evolución del proceso penal, enrumbado cada vez más por los senderos del modelo acusatorio adversarial, se aleja de la concepción original

propia del sistema inquisitivo reformado que, como apunta Bovino, consolidó un Ministerio Público definido “más que como parte en el procedimiento, como órgano de persecución objetivo e imparcial, a semejanza de los jueces, con una tarea presidida por la misma meta, colaborar en la averiguación de la verdad y actuar el derecho penal material, con la obligación de proceder tanto en contra como a favor del imputado”; de modo que el denominado principio de objetividad fiscal resulta incompatible con un modelo adversarial en el que cada parte representa un interés concreto frente a un tercero imparcial (juez). Vid. Bovino, Alberto, *Problemas del Derecho Procesal Penal contemporáneo*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998, pp. 29-30. En esa línea, también, Ahumada, Carolina; “El fin del principio de objetividad y los nuevos desafíos del Ministerio Público Fiscal”, en *Memorias del XXVI Congreso Nacional de Derecho Procesal*, Santa Fe, 2011, p. 69.

Referencias:

- Ahumada, C. (2011). El fin del principio de objetividad y los nuevos desafíos del Ministerio Público Fiscal. En *Memorias del XXVI Congreso Nacional de Derecho Procesal*, Santa Fe, Argentina.
- Alonso Pérez, F. (2003). *Medios de investigación en el proceso penal (Legislación, comentarios, jurisprudencia, formularios)*, 2ª Ed. Madrid: Dykinson.
- Asencio Mellado, J. M. (1999). *Prueba prohibida y prueba preconstituida*. Madrid: Trivium.
- Bovino, A. (1998). *Problemas del Derecho Procesal Penal contemporáneo*. Buenos Aires: Editores del Puerto

- Cafferata Nores, J. I. (2003). *La prueba en el proceso penal*. Buenos Aires: Depalma.
- Carrizo González-Castell, A. (2017). La infiltración policial en España como medio de investigación en la lucha contra la corrupción. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 3 (2), pp. 511-536.
- Del Pozo Pérez, M. (2006). El agente encubierto como medio de investigación de la delincuencia organizada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal española. *Criterio Jurídico*, 6.
- Expósito López, L. (2015). El agente encubierto. *Revista de Derecho UNED*, 17, 251-286.
- Gascón Inchausti, F. (2001). *Infiltración policial y agente encubierto*. Comares: Granada.
- Gimeno Sendra, J. V. (1988). El derecho de defensa. En Gimeno Sendra, J. V., *Constitución y proceso* (pp. 69-84). Madrid: Tecnos
- Gómez de Liaño Fonseca-Herrero, M. (2004). *Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación*. Madrid: Colex.
- González-Cuéllar Serrano, N. (1990). *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex.
- López-Fragoso Álvarez, T. (1991). *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*. Madrid: Colex.
- Montoya, M. D. (2001). *Informantes y técnicas de investigación encubiertas. Análisis constitucional y procesal penal*, 2ª Ed. Buenos Aires: Ad-hoc.
- Ormazabal Sánchez, G. (2015). *El derecho a no incriminarse*. Madrid: Civitas.
- Planchadell Gargallo, A. (1999). *El derecho fundamental a ser informado de la acusación*. Valencia: Tirant lo Blanch, Valencia.
- Zafra Espinosa de los Monteros, R. (2010). *El policía infiltrado. Los presupuestos jurídicos en el proceso penal español*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Conflicto de intereses:

El autor declara que no existen conflictos de intereses.

Fecha de enviado: 24/08/2020

Fecha de aceptado: 04/09/2020